

REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANO II • NÚMEROS 7/8  
JULHO – DEZEMBRO 2012  
NÚMERO ESPECIAL LUSO-BRASILEIRO

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

*direção*

JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA • LUÍS SILVA MORAIS

*presidência do conselho científico*

EDUARDO PAZ FERREIRA • MANUEL SEBASTIÃO

*presidência do conselho de redação*

PAULO DE SOUSA MENDES



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL

  
ALMEDINA



AUTORIDADE DA  
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano II • Números 7/8

julho – dezembro 2012

Número Especial Luso-Brasileiro

**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%)

MARÇO 2012

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 infrator.

# ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 19 DOCTRINA
- 21 **Doutrina Geral**
- 23 Alexander Italianer – *The European Commission’s New Procedural Package: Increasing Interaction With Parties and Enhancing the Role of the Hearing Officer*
- 35 Peter Freeman CBE, QC – *The UK experience: The Grocery Supply Code of Practice*
- 43 Paula Vaz Freire – *O poder de compra e as restrições verticais determinadas pela procura*
- 63 Victor Calvete – *Entidades administrativas independentes: Smoke & Mirrors*
- 115 Ana Amante/João Vareda – *Switching Costs in the Portuguese Telecommunications Sector: Results from a Customer Survey*
- 137 **Dossier Temático I**  
*Direito da Concorrência – Uma perspetiva brasileira*
- 139 Fernando Herren Aguillar/Diogo R. Coutinho – *A evolução da legislação antitruste no Brasil*
- 161 Vicente Bagnoli – *Um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – Abuso de posição dominante*
- 199 Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo – *A eficácia jurídica da norma de preço abusivo*
- 223 Vinícius Marques de Carvalho/Ricardo Medeiros de Castro – *Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspetiva brasileira: Uma avaliação crítica*
- 243 **Dossier Temático II**  
*Concentração de empresas*
- 245 Pedro Costa Gonçalves – *Controlo de concentração de empresas no direito português (uma visão jus-administrativista)*
- 311 Ana Paula Martinez – *Histórico e desafios do controle de concentrações económicas no Brasil*
- 347 **Dossier Temático III**  
*Direito Penal*
- 349 Luís Greco – *Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?*

- 375 Paulo de Sousa Mendes – *A derrogação do segredo bancário no processo penal*
- 401 Felipe Hochscheidt Kreutz – *O segredo bancário no processo penal*
- 437 Madalena Perestrelo de Oliveira – *As alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito: o fim da era do sigilo bancário?*
- 463 **LEGISLAÇÃO**
- 465 **Legislação nacional**
- 465 Legislação nacional de regulação – julho a novembro de 2011
- 471 **JURISPRUDÊNCIA**
- 473 **Comentário de Jurisprudência da União Europeia**
- 473 Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, nos Processos C-403/08 e C429/08, *Murphy Football Association Premier League Ltd e o. / QC Leisure e o. e Karen Murphy / Media Protection Services Ltd* – Nuno Cunha Rodrigues
- 483 **Jurisprudência Geral**
- 483 Jurisprudência nacional de concorrência – julho a novembro de 2011
- 487 Jurisprudência nacional de regulação (CMVM) – julho a novembro de 2011
- 491 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – julho a novembro de 2011
- 501 **BIBLIOGRAFIA**
- 503 **Recensões**
- 503 Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, *Regulação Jurídica, Racionalidade Económica e Saneamento Básico*, Renovar, 2011 – Leonardo Maniglia Duarte/Daniel Vieira Bogéa Soares
- 519 Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge/Massachusetts/Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011 – Miguel Nogueira de Brito
- 527 **Novidades Bibliográficas** – julho a novembro de 2011
- 529 **ATUALIDADES**
- 537 **NOTAS CURRICULARES**
- 549 **Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação**
- 551 **Órgãos Sociais**

## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*João Espírito Santo Noronha*

*Luís Silva Morais*

O termo de 2011 marca o segundo ano completo da publicação da C&R. Estes dois anos permitiram uma significativa consolidação do projeto editorial e científico da C&R.

Foi também um importante período em termos de Direito da Concorrência e política da regulação económica a nível mundial (e particularmente na UE, que influencia decisivamente Portugal). De facto, a ideia de que estas duas áreas essenciais se situam numa encruzilhada crítica é, nos nossos dias, largamente consensual. Contudo, o consenso termina aqui. Em consequência de uma crise financeira internacional, que gerou uma crise de dívidas soberanas, agora entrecruzada com uma nova, e

*The end of 2011 marks the second full year of publication of C&R. These two years have allowed a significant consolidation of the editorial and scientific project of C&R. It has also been a momentous period in terms of competition law and policy and economic regulation worldwide (and particularly in the EU, which mostly influences Portugal). In fact, the idea that these two key areas are at a critical crossroad is nowadays widely consensual. However, the consensus stops here. Following an international financial crisis that has generated a sovereign debt crisis, which is now intertwined with a*

talvez mais perigosa, forma de crise do sector bancário, produzindo choques que estão a causar uma espiral de turbulência nas economias da UE, mas também nos EUA, os papéis da política da concorrência e da regulação económica são largamente debatidos e postos em causa. Enquanto a posição prevalecente – pelo menos na UE – parece ser no sentido da continuação de um vigoroso *enforcement* das regras da concorrência, incluindo aquelas que se reportam à intervenção do Estado na economia, não pode negar-se que a persistência, e até o aprofundamento, da crise lança algumas sombras neste domínio. Em paralelo, se a necessidade de uma reformulação global da regulação e da supervisão do sector financeiro é largamente aceite, a extensão e o grau das reformas regulatórias requeridas nesta área, para lidar com os recentes e atuais desequilíbrios, são objeto de grande controvérsia (e, em certa medida, verifica-se um sério risco de perda da oportunidade política para desenvolver essas reformas).

O projeto da C&R assumiu como elemento decisivo proporcionar uma discussão científica e crítica de algumas das matérias mais sensíveis, que, conjuntamente consideradas, conduziram à mencionada encruzilhada da política de concorrência e da regulação económica. Nesse sentido, no decurso destes dois anos, os números

*new and perhaps more dangerous form of crisis of the banking sector, producing shockwaves that are causing turmoil in the economies of the EU but also in the US, the roles of competition policy and of economic regulation are largely debated. While the prevailing position – at least in the EU – seems to be the one that advocates the continuation of a vigorous enforcement of competition rules, including the ones that apply to state intervention, it can not be denied that the persistence and even the deepening of the crisis cast some shadows in this field. At the same time, while the need of a comprehensive overhaul of the regulation and supervision of the financial sector is largely accepted, the extension and degree of the regulatory reforms required in this area in order to address recent and current imbalances are a matter of great controversy (and, to a certain extent, there is a serious risk of losing the political momentum to develop those reforms).*

*The C&R project has made a point of providing a scientific and critical discussion of some of the most sensitive topics that, taken together, lead to the aforementioned crossroad of competition policy and economic*



precedentes da C&R incluíram regularmente dossiers temáticos especiais ou artigos através dos quais foram cobertas matérias como, *v.g.*, o abuso de posição dominante, que pode conduzir a repercussões mais alargadas num contexto de crise, a reforma da regulação e da política das ajudas de Estado, a reforma do enquadramento normativo da cooperação horizontal e vertical entre empresas na UE ou o papel e o enquadramento normativo das entidades reguladoras na UE e para além dela.

Igualmente numa encruzilhada se encontra o movimento de expansão internacional do Direito da Concorrência e da regulação económica, particularmente no que respeita às novas economias emergentes, que, gradualmente, parecem vir a assumir o papel de motor da economia mundial. Tal constituiu um *Leitmotiv* essencial para este número duplo da C&R (n.º 7/8, com o qual encerramos o seu segundo ano de publicação), muito centrado no Brasil.

Considerando as perspetivas do crescimento económico do Brasil e a interação cada vez maior entre as economias portuguesa e da UE, por um lado, e a economia brasileira, por outro, a melhoria e desenvolvimento do sistema jurídico de defesa da concorrência e das estruturas de regulação assumem a maior importância.

Verifica-se já em Portugal que,

*regulation. Accordingly, in the course of these two years the preceding Nos of C&R have regularly included special thematic files or articles through which we have covered, e.g., the abuse of dominant position, which may lead to larger repercussions in a context of crisis, the reform of financial regulation, the reform of the state aid control regime and policy, the reform of the EU framework of horizontal and vertical cooperation between undertakings or the role and framework of independent regulatory agencies in the EU and elsewhere.*

*Also at a crossroad is the movement of international expansion of competition law and economic regulation, particularly as regards the new emergent economies that seem gradually to provide a new powerhouse to the world economy. This has provided a key Leitmotiv to this dual No of C&R (No 7/8, through which we close its second year of publication), which is largely focused in Brazil.*

*Considering the prospects of economic growth in Brazil and the growing interplay between the Portuguese and EU economies and the Brazilian economy the upgrade of the competition law system and of the regulatory*

devido a participações acionistas brasileiras em grupos empresariais portugueses e também em função dos investimentos portugueses no Brasil, o processo de aplicação do Direito da Concorrência e as opções regulatórias no Brasil constituem fatores decisivos a considerar; trata-se de questões que, nos nossos dias, influenciam efetivamente as decisões de investimento em ambos os lados do Atlântico (na sequência dos processos de liberalização e de privatização que ocorreram, quer no Brasil quer em Portugal, embora com ritmos diferentes).

Neste contexto, o presente número duplo (n.º 7/8) da C&R inclui um dossier temático especial relativo a desenvolvimentos do Direito e da política de concorrência no Brasil, concedendo particular atenção aos problemas decorrentes de condutas unilaterais, através do abuso de posição dominante, e à aprovação de uma nova Lei da Concorrência, no final de 2011 (depois de um processo difícil e complexo, que envolveu anteriores vetos presidenciais). Este recente e fundamental desenvolvimento foi especialmente tratado num artigo de Fernando Herren Aguillar e Diogo R. Coutinho, que analisa a evolução da legislação *antitrust* no Brasil.

O nosso enfoque no Brasil estende-se ainda ao segundo dossier temá-

*structures is of the utmost importance. Already in Portugal, on account of shareholdings held by Brazilian groups in Portuguese groups and also due to Portuguese investments in Brazil, competition law enforcement and regulatory options in Brazil are major factors to be taken into consideration; these are questions that, nowadays, actually influence the course of investments in both sides of the Atlantic (in the wake of liberalization and privatization processes that have taken place in Brazil and in Portugal, albeit with different rhythms).*

*In this context, the current dual No 7/8 of C&R comprehends a special thematic file covering developments of competition law and policy in Brazil with a particular attention paid to issues of unilateral conduct through abuse of dominant position and to the adoption of a new Brazilian Competition Act at the end of 2011 (after a difficult and cumbersome procedure which involved previous presidential vetoes). This major and very recent development is specifically covered in an Article of Fernando Herren Aguillar and Diogo R. Coutinho, which analyses the evolution of antitrust legislation in Brazil.*

tico especial incluído neste número duplo do C&R, relativo ao controlo da concentração de empresas, através de um artigo de Ana Paula Martinez, que cobre os principais desafios do controlo de concentrações no Brasil (uma matéria de importância estratégica, no contexto do crescimento económico e da rápida modificação das estruturas económicas no Brasil e na América Latina). Este dossier temático inclui ainda uma análise aprofundada do sistema português do controlo de concentração de empresas, através de um artigo de Pedro Gonçalves. Assim, tal dossier temático permite-nos obter uma perspectiva analítico-comparativa, ainda que indireta, do controlo da concentração de empresas no Brasil e em Portugal, lançando as bases para futuros exercícios de comparação, de alguma forma justificados pela proximidade no tempo das reformas do Direito da Concorrência em ambos os lados do Atlântico (a reforma da lei brasileira da concorrência, concluída no final de 2011, e a correspondente reforma da lei portuguesa, que se espera venha a ocorrer no início de 2012, e que será, naturalmente, objeto de análise em futuros números da C&R).

Outra área relativa ao Direito e à política da concorrência que pode também ser considerada numa encruzilhada corresponde à definição

*Our focus in Brazil also extends to the second special thematic file included in this dual No of C&R on concentration control, through an article of Ana Paula Martinez which addresses the challenges of concentration control in Brazil (a matter of indisputable strategic relevance in a context of economic growth and rapid change of economic structures in Brazil and Latin America). This thematic file comprehends an in-depth analysis of the Portuguese system of concentration control, as well, through an article of Pedro Gonçalves. It, therefore, allows us, albeit indirectly, an analytical comparative perspective of concentration control in Brazil and in Portugal, paving the way to future exercises of comparison that are somehow justified by the almost coincident timing of reform of competition law in both sides of the Atlantic (the reform of the Brazilian Competition Act concluded at the end of 2011 and the corresponding reform of the Portuguese Competition Act to be expected at the beginning of 2012 and which will be naturally dealt with in future Nos of C&R).*

*Another area concerning competition law and policy which may be currently*

de condições ótimas do *enforcement* das regras da concorrência, compreendendo o que vem sendo denominado em moldes muito genéricos como *due process*, baseado em mecanismos de escrutínio e de ponderação dos atos em cada uma das fases processuais e numa transparência acrescida dos respetivos procedimentos (particularmente no que respeita aos sistemas do Direito da Concorrência de tipo administrativo, como se verifica no caso da UE e em Portugal). Na realidade, um escrutínio mais exigente, nesse plano, dos comportamentos anticoncorrenciais – com relevância acrescida em tempo de crise, no qual as distorções que estes provocam podem ser significativamente ampliadas – deve encontrar-se assente em sólidas bases de *due process*.

No que respeita a esta área decisiva – e considerando os desenvolvimentos ocorridos ao nível da UE no último trimestre de 2011, designadamente a adoção, em 17 de outubro de 2011, de uma recomendação da Comissão sobre *Boas Práticas na condução de procedimentos relativos aos artigos 101.º e 102.º do TFUE (Antitrust Best Practices)*, e a decisão do Presidente da Comissão, de 13 de outubro de 2011, sobre a função e os termos de referência do *hearing officer*, em certos procedimentos de concorrência – este número duplo da C&R inclui, na sua

*considered at a crossroad relates with the optimal conditions of enforcement of competition rules, involving what has been rather loosely termed as due process, based on proper checks and balances at every step of procedures and on enhanced transparency of such procedures (particularly as regards systems of enforcement of competition law of an administrative type, as it is the case of the EU system and of the Portuguese system). In fact, a more demanding antitrust scrutiny of anticompetitive behaviour – of accrued relevance at a time of crisis when the distortions arising from that behaviour may be greatly magnified – should be anchored in solid forms of due process.*

*As regards this decisive area, and considering fundamental developments occurred at EU level in the last quarter of 2011, namely the adoption on 17 October of 2011 of an European Commission Notice on Best Practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 of the TFEU (‘Antitrust Best Practices’) and a Decision of the President of the Commission of 13 October 2011 on the function and terms of reference of the hearing officer in certain competition*

secção de doutrina geral, um artigo de grande atualidade do Diretor-Geral da Concorrência da Comissão Europeia, Alexander Italianer, elaborado especialmente para a C&R, e que cobre esses desenvolvimentos (cujas repercussões não se limitam à esfera de aplicação do Direito da Concorrência na UE e de modo inevitável influenciarão aspetos relevantes dos sistemas de aplicação do Direito da Concorrência, em vários Estados-membros da UE).

Outros artigos da secção de doutrina geral abordam quer matérias de Direito da Concorrência, quer de regulação económica de natureza transversal. Um dos temas abordados – que tem sido recorrentemente analisado nos números anteriores da C&R, considerando o nível de controvérsia que suscita e o facto de se encontrar em transição, num período em que todas as estruturas regulatórias estão, de alguma forma, a ser repensadas – é o que corresponde às entidades administrativas independentes, através das quais são prosseguidas funções regulatórias (cuja sindicabilidade, e até a legitimidade, são largamente debatidas no presente, sendo frequentemente expostas, neste domínio, visões contrastantes).

Outros temas abordados na secção de doutrina geral incluem as restrições verticais e questões relativas ao funcionamento do sector português

*proceedings, this dual No of C&R includes in its General Doctrine Section a most timely article by the Director-General of Competition of the Commission, Alexander Italianer, which was specifically written for C&R and covers those developments (whose repercussions are not limited to the EU sphere of enforcement of competition rules and are bound to influence relevant aspects of the enforcement systems in several Member States of the EU).*

*Other articles of the general doctrine section cover both competition law topics and regulatory topics of a transversal nature. One of the themes covered – that has been recurrently analysed in preceding Nos of C&R given the level of controversy it stirs and the fact that it is in flux at a time all regulatory structures are somehow being rethought – is the one corresponding to independent administrative entities through which regulatory functions are pursued (whose accountability and even legitimacy is widely discussed nowadays with contrasting views being put forward in this domain).*

*Other themes dealt with in such general doctrine section comprehend both vertical restraints and issues pertaining*

das telecomunicações (uma área crítica de interação entre regras de concorrência e de regulação sectorial). Por último, nesta secção de doutrina geral é ainda abordado um aspeto extremamente interessante do sistema de defesa da concorrência do Reino Unido relativo a investigações de mercado versando sobre certos sectores económicos, em particular levadas a cabo pela *Competition Commission* (CC), matéria que é coberta num interessante artigo de Peter Freeman (anterior Presidente dessa Comissão), analisando uma recente investigação do CC na área de retalho alimentar.

Um terceiro dossier temático especial incluído neste número duplo da C&R respeita ao Direito Penal, em conexão com questões de regulação económica (particularmente as que respeitam ao sigilo bancário e ao branqueamento de capitais). O dossier integra um importante contributo de Luís Greco sobre bens jurídicos coletivos e o princípio de *ultima ratio*, que interessa para a compreensão das fronteiras entre o Direito Penal e outros domínios do Direito Sancionatório. Quanto ao enfoque nas questões de sigilo bancário, em confronto com os interesses que podem justificar a sua derrogação no processo penal, o artigo de Paulo de Sousa Mendes analisa o novo regime legal na ordem jurídica portuguesa

*to the functioning of the Portuguese telecommunication sector (a critical area of interplay between competition and sectoral regulation rules). Finally, also in this Section, a most interesting trait of the UK competition system involving market investigations, in particular economic sectors undertaken by the UK Competition Commission ('CC'), is covered through an interesting article by Peter Freeman (former Chairman of such Commission) which analyses a recent market investigation of CC into grocery retailing.*

*A third Special Thematic File included in this dual No of C&R concerns criminal law, connected with issues of economic regulation (particularly the ones that concern banking secrecy and money laundering). This thematic file includes an important contribution of Luís Greco, concerning collective legal goods and the ultima ratio principle, which are relevant to apprehend the boundaries between criminal law and other punitive legal domains. Focusing on the issues of banking secrecy with the underlying conflicting interests at stake, the article of Paulo de Sousa Mendes refers to the new legal framework in Portugal (of vital importance for*

(de vital importância para a regulação económica, em vários domínios). Este dossier inclui ainda outras análises de grande alcance e interesse sobre o mesmo tópico de Autores portugueses e brasileiros, neste último caso também compreendidas no contexto da ativa cooperação científica com o Brasil, que este número duplo da C&R corporiza e que se pretende aprofundar em etapas subsequentes do projeto da C&R (sendo uma dessas etapas, em 2012, o lançamento editorial deste número da C&R no Brasil).

Numa altura em que a C&R inicia o seu terceiro ano de publicação, novos desenvolvimentos em perspectiva vão certamente requerer a nossa atenção (e, como sempre, mediante abordagens que procurem pôr em confronto, num espírito aberto de discussão crítica e científica, diferentes visões e perspectivas). Neste quadro, podemos salientar quatro desenvolvimentos que seguramente serão de algum modo abordados em futuros números da C&R:

(i) O Direito português da Concorrência na sequência da reforma de 2012 do regime de defesa da concorrência; (ii) O Direito e a política da concorrência da UE na sequência da adoção, em dezembro de 2011, após extensa consulta pública, de um novo enquadramento das regras sobre auxílios de Estado em matéria

*an effective enforcement of economic regulation in various domains). This thematic file comprehends other relevant and noteworthy analyses, by Portuguese and Brazilian authors, also in the context, in this latter case, of the active scientific cooperation with Brazil that this whole dual No of C&R epitomises and that we want to foster in subsequent steps of the C&R project (one of those steps, in 2012, being the editorial launch of this No of C&R in Brazil)*

*At a time C&R enters its third year of publication, new prospective developments will certainly require our attention (and, as always, trying to bring together, within an open spirit of critical and scientific discussion, differing views and perspectives). Among these, we may underline four areas which will certainly be dealt with in future Nos of C&R:*

*(i) Portuguese competition law in the wake of the 2012 reform of the Portuguese Competition Act; (ii) EU competition law and policy in the wake of the adoption in December 2011, after extensive public consultation, of a revised framework of EU state aid rules for the assessment of public compensation for services of general*

de avaliação de compensações públicas por serviços de interesse económico geral (SIEG), e considerando iniciativas esperadas da Comissão em matéria de *private enforcement* do Direito da Concorrência (embora de natureza e contornos mais limitados do que se poderia esperar no contexto das discussões previamente mantidas neste domínio); (iii) A crescente interação entre o Direito e a política da concorrência e a política económica na UE e os domínios correspondentes na América Latina (uma interação que poderá vir a funcionar nos dois sentidos, pelo menos em certas áreas), prosseguindo e aprofundando o debate científico iniciado neste número duplo da C&R; (iv) Os desafios com que se encontram confrontados certos domínios da regulação económica, em particular, *inter alia*, a regulação do sector financeiro ou do sector da comunicação social.

Para prosseguir estes objetivos contamos com a comunidade em expansão do conjunto dos nossos leitores e com a rede de especialistas oferecendo contributos científicos para a C&R, em Portugal, na UE, nos EUA, no Brasil e na América Latina (que planeamos expandir ainda mais, tendo presentes os desafios em perspectiva em África, nomeadamente nos países de expressão portuguesa, e na Ásia).

Finalmente, numa nota conclusiva – que comporta até certo ponto

*economic interest (SGEI), and considering expected initiatives of the Commission in the field of private enforcement of competition law (albeit of a more limited nature that could be expected in the context of the previous discussions in this area); (iii) The growing interplay between EU competition law and policy and economic policy and Latin America corresponding domains (an interplay which may work both ways at least in certain fields), carrying on and further developing the scientific debate initiated in this dual No of C&R; (iv) the challenges lying ahead of certain domains of economic regulation, particularly, inter alia, the regulation of the financial sector or media regulation.*

*For that purpose, we count on the growing community of our Readers and of the network of scientific contributors in Portugal, the EU, the USA, Brazil and Latin America (that we plan to expand even further bearing in mind regulatory challenges lying ahead in Africa, namely in States of Portuguese official language, and in Asia).*

*Finally, a last concluding note should be made – which carries also to some extent a symbolic element in a*



um elemento simbólico num número duplo largamente dedicado ao Brasil –, impõe-se destacar que, doravante, a C&R passará a seguir as regras do novo acordo ortográfico da língua portuguesa, o qual nos integra numa vasta comunidade de crescente importância económica e estratégica.

*dual No largely dedicated to Brazil – to emphasize that henceforth C&R will follow the rules of the new Orthographic Agreement on the Portuguese language that binds us together in a great community of growing economic and strategic importance.*



# C&R

## DOCTRINA

*Doutrina Geral*

*Dossier Temático I*

*Direito da Concorrência – Uma perspectiva brasileira*

*Dossier Temático II*

*Concentração de empresas*

*Dossier Temático III*

*Direito Penal*



# DOCTRINA GERAL



# THE EUROPEAN COMMISSION'S NEW PROCEDURAL PACKAGE: INCREASING INTERACTION WITH PARTIES AND ENHANCING THE ROLE OF THE HEARING OFFICER

*Alexander Italianer\**

*ABSTRACT: This article outlines how the European Commission strives to enhance transparency and procedural fairness as an integral part of its enforcement of the EU competition rules. In particular, it describes the key elements of the recently adopted "procedural package", namely Antitrust Best Practices, Best Practices on the submission of economic evidence and the revised Terms of Reference of the Hearing Officer.*

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. The EU antitrust enforcement system. 2.1. The Commission as public enforcer. 2.2. A full set of procedural rights. 2.3. Checks and balances at every step of the procedure. 3. Further enhancing transparency and predictability of proceedings. 3.1. Antitrust Best Practices. 3.2. Best Practices on the submission of economic evidence. 3.3. The Terms of Reference of the Hearing Officer. 4. Conclusion.

## 1. INTRODUCTION

Competition authorities have a duty to remove impediments to competition, ensuring timely outcomes for markets and consumers. The result matters, but what matters equally is the manner in which the results are achieved. Indeed, competition agencies' actions gain additional legitimacy from the transparent way in which an agency acts and the degree to which an agency is perceived to be fair in applying its procedures.

---

\* Director-General, DG Competition, European Commission.

This article addresses the way in which the European Commission as competition enforcer strives to enhance transparency and procedural fairness as an integral part of its enforcement practices. This has led to the adoption on 17 October 2011 of a Notice on Best Practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU (Antitrust Best Practices)<sup>1</sup>, Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases (“Best Practices on the submission of economic evidence”)<sup>2</sup>, as well as a Decision of the President of the European Commission of 13 October 2011 on the function and terms of reference of the hearing officer in certain competition proceedings (“Terms of Reference of the Hearing Officer”).<sup>3</sup>

The so-called procedural package is the product not just of the Commission’s commitments to improve its procedures, but is also the result of discussions with stakeholders. The Commission listened to their suggestions and many are reflected in the final texts. The Commission also tested the draft Best Practices for nearly a year and further fine tuned them over this period. The outcome enhances transparency and procedural guarantees while maintaining the overarching need for efficient processes.

The Commission undertook this exercise because it wanted to improve the transparency of its procedures, so that parties to its cases know clearly what to expect and understand the path that these cases follow, step by step and from an early stage. Experience shows that more interaction with parties enhances fact-finding, making the Commission a more proficient agency. In particular, this interaction gives a better understanding of the products, the players and the markets at hand. It also helps the Commission to avoid factual errors or to ensure their swift rectification.

An important part of this package also concerns the strengthening of the role of the Hearing Officer as the guardian of procedural rights throughout the entirety of our antitrust and merger proceedings.

The Best Practices on the submission of economic evidence give parties a better idea of what is expected when they submit economic data and thereby facilitates its assessment by the Commission.

---

1 OJ C308, 20.10.2011, p. 6.

2 <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

3 OJ L275, 20.10.2011, p. 69.



This article is divided into two principal sections: (1) a broad overview of the EU competition enforcement system; and (2) the specific details of the procedural package.

## 2. THE EU ANTITRUST ENFORCEMENT SYSTEM

### 2.1. The Commission as public enforcer

In the EU competition law enforcement system, the Commission acts as public enforcer. It investigates and decides on the case by administrative decision, subject to full judicial review by the General Court, with a final appeal possible before the Court of Justice of the EU.

As regards the enforcement of Articles 101 and 102 TFEU<sup>4</sup>, the Commission investigates potential infringements of competition rules and adopts binding decisions, including the imposition of fines. These decisions are subject to judicial review on all points of fact and law. The EU Courts can perform an unlimited review of the evidence, of the factual findings and of the legal qualification of this evidence. They may also annul, increase or reduce the amount of the fines imposed by the Commission.

This system is sound and fair. It is anchored in the rule of law and the respect of the rights of parties at all stages of the procedure.

In the recent *Menarini* judgment<sup>5</sup>, the European Court of Human Rights ruled on an antitrust case in which the Italian competition authority had imposed a fine. The Italian competition authority is - like the European Commission - an integrated authority that adopts decisions imposing fines, subject to a two-tier judicial control. While every system has its particularities, the institutional set-up of the case was therefore very similar to the EU system.

The Court ruled that Article 6 ECHR was complied with, in particular in view of the fact that: (i) the decisions of the administrative competition authority were subject to judicial review in which it was assessed whether the competition authority had used its powers appropriately; and (ii) with

---

4 Treaty on the Functioning of the European Union, which entered into force on 1 December 2009. Article 101 TFEU covers restrictive agreements and Article 102 TFEU addresses abuses of dominant position.

5 Judgment of the ECtHR of 27 September 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italy*, Application No 43509/08.

respect to fines, the court could verify the suitability of the sanction and had the power to change the amount imposed.

Given that the EU system of competition enforcement is very similar, this judgment confirms the legitimacy of administrative systems, a model followed by many EU competition agencies. It also corroborates the case law of the European Court of Justice which has repeatedly found the EU system of competition enforcement to fulfil the requirements of Article 6 ECHR on the right to a fair trial.<sup>6</sup>

With regards to merger control, the EU Merger Regulation<sup>7</sup> also provides for a regime of integrated public enforcement, whereby the Commission is vested with exclusive jurisdiction to review and decide upon concentrations notified to it of an EU dimension<sup>8</sup>, subject to the control of the Courts of the European Union.

## 2.2. A full set of procedural rights

In the EU system, there are detailed enforcement procedures which ensure that the parties are able to fully defend themselves and have a high level of procedural guarantees.<sup>9</sup> Over and above the statutory provisions governing the procedures, general principles of law including fundamental rights apply.

During the investigation phase, parties in antitrust proceedings have several key rights, including the right not to self-incriminate and the right to be informed of whether they are potentially suspected of having committed an infringement.

---

6 Case T-54/03 *Lafarge SA v. Commission*, [2008] ECR II-120, in particular para 39, Case T-348/94 *Enso Espanola SA v. Commission* [1998] ECR II-1875, paras 55-65, Case T-154/94 *Aristrain v. Commission* [1999] ECR II-645, paras 30 to 41. The Charter of Fundamental Rights of the European Union does not provide for additional rights in this regard: Declaration 1 annexed to the Lisbon Treaty specifies "[t]he Charter of Fundamental Rights of the European Union, which has legally binding force, confirms the fundamental rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States."

7 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (OJ L 24, 29.1.2004, p. 1).

8 Those concentrations that met the turnover thresholds of Article 1(2) and (3) of the EU Merger Regulation or that are referred to the Commission by Member States pursuant to Articles 4(5) and 22 thereof.

9 See further Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 04.01.2003, p.1, the EU Merger Regulation, *ibid* at footnote 7 above, Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty OJ L 123, 27.04.2004, p. 18 and Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 133, 30.4.2004, p. 1.

Once the investigation is complete and the Commission reaches a preliminary position that the parties may have infringed Article 101 and/or 102 TFEU or that a proposed concentration may significantly impede effective competition in the EU, the parties have the right to be heard. Indeed, the Commission cannot base a decision on objections that the parties have not had the opportunity to comment upon. Parties receive a Statement of Objections – i.e. a written formal document setting out the Commission’s objections to their conduct, the reasons for these objections and the evidence on which these objections are founded. The parties have the right of access to the Commission’s investigation file in order to enable them to prepare their written and oral defence. This consists of the right to submit comments in writing on the Commission’s objections. Parties can raise any point they deem appropriate, including contesting facts or evidence relied on and can submit any expert opinion they like to produce.

Parties also have the right to a formal Oral Hearing – chaired by the Hearing Officer, who is an independent official – at which the parties can further develop their defence.

Finally, if the Commission ultimately adopts a prohibition decision, it must be fully reasoned, so that parties are able to exercise their right of appeal to the European Courts.<sup>10</sup>

### **2.3. Checks and balances at every step of the procedure**

Over and above the fundamental procedural rights which are entrenched in law, the Commission has comprehensive internal checks and balances to ensure a sound outcome in its cases.

Within the European Commission, the Directorate-General for Competition is primarily responsible for enforcing Articles 101 and 102 TFEU and the EU Merger Regulation.

Within DG Competition a number of safeguards have been put in place: (a) there is a priority examination of antitrust cases under which case teams submit their proposed course of action to in-house scrutiny from an early stage to assess whether cases merit further examination; (b) a case coordination unit provides case support throughout proceedings; (c) the Chief Economist advises on whether cases are economically sound; and (d) peer review panels

---

<sup>10</sup> Pursuant to Article 296 TFEU, a decision must state the reasons on which it is based. In cases where a decision has been inadequately reasoned, the EU Courts must raise this point even if the applicant does not do so, see e.g. Case C-166/95P *Commission v Daffix* [1997] ECR I-983, para 24.

are set up in complex merger and antitrust cases in order to provide a “fresh pair of eyes”, advising on coherence, economic, legal and procedural issues.

DG Competition investigates cases under the leadership of the Commissioner responsible for competition – and decisions are taken by the College of 27 Commissioners, who are independent of national and business interests. The Commission Legal Service, attached directly to the President, advises the College on the legality of each draft decision and is involved at key steps of the case.

The Hearing Officer is specifically tasked with safeguarding procedural rights. Before adopting decisions, the Commission hears Member States’ competition experts in the Advisory Committee. Prior to a draft decision being submitted to the College, other Commission departments responsible for economic policy and the relevant sector at issue in a case are consulted. When the Competition Commissioner submits a draft decision to the College of Commissioners, the opinion of the Legal Service and other Directorate-Generals, the Hearing Officer and the Advisory Committee are included in the file.

The Commission considers that the EU enforcement system is constitutionally sound and ensures a high standard of procedural rights. However, in every system improvements can always be made.

To that end, the Commission reviewed its case handling and enforcement procedures and has requested stakeholders’ input. As a result, it has decided that some adjustments are necessary and adopted the so-called procedural package which will be described in the next section.

### **3. FURTHER ENHANCING TRANSPARENCY AND PREDICTABILITY OF PROCEEDINGS**

The package adopted by the Commission has two key aspects: (i) Antitrust Best Practices and Best Practices for the submission of economic evidence to enhance the transparency and predictability of proceedings, in particular by increasing interaction with the parties; and (ii) revised Terms of Reference for the Hearing Officer which will strengthen the mechanisms for safeguarding procedural rights.

#### **3.1. Antitrust Best Practices**

The Antitrust Best Practices enhance the transparency and predictability of Commission proceedings under Articles 101 and 102 TFEU. Best Practices

on the conduct of merger proceedings were adopted in January 2004<sup>11</sup> and have increased understanding of the merger review process, leading to greater efficiency and a high degree of predictability and transparency. It was therefore a natural step for the Commission to consider that antitrust proceedings would also benefit from the introduction of similar measures.

The Antitrust Best Practices enhance transparency and predictability through a number of key innovations.

The Antitrust Best Practices provide for the first time a guide on how proceedings take place before the Commission, from the investigation phase, to the different types of decisions which may be taken. This gives parties and other stakeholders a clear picture of what to expect at each stage of antitrust procedures. It also gives guidance as to how commitment proceedings, that were introduced in 2004, work in practice, so that parties know how best to proceed if they are contemplating offering commitments.

Key stages in proceedings, namely the opening of cases, the sending of a Statement of Objections, the closure of proceedings and the adoption of a decision will now be made public, either by press release or an announcement on DG Competition's website.<sup>12</sup> The Commission also commits to systematically publish all its decisions rejecting complaints (or a summary thereof) so that stakeholders have a more accurate picture of the grounds for rejection.<sup>13</sup>

The Antitrust Best Practices enhance the opportunities for parties to interact with the Commission services in the course of competition proceedings from an early stage and allow them to be better informed of the state of play of proceedings. In particular, State of Play meetings with parties will occur at key points in the proceedings, namely shortly after the opening of formal proceedings, at a sufficiently advanced stage in the investigation and once the Statement of Objections is issued.<sup>14</sup> Specific State of Play meetings are also foreseen in commitment proceedings, cartel proceedings

---

11 <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html>.

12 Paragraphs 20, 91, 76 and 147 of the Antitrust Best Practices ("BP").

13 Paragraph 150 of the BP.

14 Paragraphs 63 and 64 of the BP.

and for complainants in cases where the Commission has formally opened proceedings but intends to reject the complaint.<sup>15</sup>

Such State of Play meetings help to ensure that the Commission is aware of the parties' arguments from an early stage, thereby enabling it to develop a fuller understanding of the markets and practices in question. This is underscored by the Commission's commitment to formally open proceedings earlier and to disclose key submissions of complainants or third parties prior to the Statement of Objections being issued.<sup>16</sup>

The Antitrust Best Practices also introduce changes with respect to interaction with parties on fines. A more detailed section on fines is now included in the Statement of Objections.<sup>17</sup> This is a major novelty intended to provide greater clarity and to encourage parties to come forward with arguments in this respect early on. The Commission commits to provide, over and above what is legally required, the parameters for the calculation of possible fines. These would not be the actual fine amounts, but elements such as relevant sales figures to be taken into account, as well as the years that will be considered for the duration of each company's participation. The Commission has also clarified that parties can present their arguments on matters related to the calculation of fines at the Oral Hearing. This will open a channel for dialogue between parties and the Commission prior to a final decision and give them a better and earlier idea of how the Commission calculates the fines that may later be imposed on them. This exchange of information process should help the Commission ensure that the parameters on which it bases its fine calculations are factually correct. Finally, greater transparency is introduced with regard to 'Inability to Pay' requests, by clarifying at what stage such claims may be made and how and when they are assessed by the Commission. This should provide useful guidance to undertakings on the Commission's policy in this respect which has evolved in recent cases.

### **3.2. Best Practices on the submission of economic evidence**

Another measure which has been taken to improve interaction with parties is the adoption of Best Practices on the submission of economic evidence.

---

<sup>15</sup> Paragraphs 65, 119, 121, and 132 of the BP.

<sup>16</sup> Paragraph 17 and paragraphs 71 to 74 of the BP.

<sup>17</sup> Paragraphs 84 to 90 of the BP.

The increasing importance of economics in complex cases means that the Commission often makes requests for substantial economic data during its investigation. Parties frequently submit arguments based on complex economic theories and sometimes they provide empirical analysis in support. In order to streamline the submission and assessment of such economic evidence, DG Competition has prepared Best Practices in this area too, outlining the criteria that economic and econometric analysis submitted to the Commission should fulfil.

This document also explains the practice of DG Competition's case team and of the Chief Economist team when interacting with parties which submit economic evidence.

### **3.3. The Terms of reference of the hearing officer**

To the extent that parties have a concern about the effective exercise of their procedural rights, they can call on the Hearing Officer to resolve these issues.

The Hearing Officer is a key interlocutor who has guaranteed the right to be heard in the Commission's antitrust and merger proceedings since 1982. He or she is independent from DG Competition and plays a crucial role as independent arbiter in disputes between the case handling services and parties.

However, in the past, this role was limited to the stages in proceedings that follow the sending of the Statement of Objections. The Commission decided that the role of the Hearing Officer should be extended to reinforce the overall protection of procedural fairness.

To that end, revised Terms of Reference of the Hearing Officer were adopted which re-affirm and strengthen the role of the Hearing Officer as the guardian of procedural rights.

Crucially, the Hearing Officer has new functions throughout competition proceedings, including in the investigation phase and in the context of commitment decisions.<sup>18</sup> This means that parties now have a right of independent review of their procedural claims over the entire process.

From the earliest stage, the use of investigative measures in antitrust proceedings (a request for information or an inspection) triggers the right of an undertaking to be informed of its procedural status, that is, whether it is

---

<sup>18</sup> Articles 4 and 15 of the Terms of Reference ("ToR") respectively.

potentially suspected of having committed an infringement. Should this not be followed, the Hearing Officer now has an express power to intervene.<sup>19</sup>

A significant development concerning the investigation phase is to allow the Hearing Officer to resolve legal professional privilege issues (“LPP”). The principle of LPP has been recognised by the EU Courts as a matter of fundamental rights.<sup>20</sup> In essence, the Commission may not during its inspections copy documents that benefit from legal privilege (attorney-client privilege). This means that inspection teams may bring back documents for which privilege is claimed, in sealed envelopes. The matter must then be resolved without the documents having been seen by DG Competition. A party that claims this privilege can now ask the Hearing Officer to review the document and formulate a view on whether it is privileged or not.<sup>21</sup> This would apply not just in antitrust inspections, but also to inspections and investigatory measures in cases potentially involving the imposition of fines under the Merger Regulation. Where a consensual solution cannot be reached in the first phase, the Hearing Officer can produce a reasoned recommendation to the Commissioner on the LPP issues raised. If the matter is not resolved on this basis, the Commission will examine it further. Where appropriate, it may adopt a decision rejecting the claim. The new role of the Hearing Officer in this context should go a long way to facilitating disputes about such claims and avoid unnecessary litigation.

Parties will also be able to call upon the Hearing Officer if they feel that they should not be compelled to reply to questions that might force them to admit to an infringement.<sup>22</sup> The Hearing Officer is given a new role with regard to disputes about extensions of the deadline to reply to decisions requiring information in antitrust investigations.<sup>23</sup>

Following the issuing of the Statement of Objections, the Hearing Officer will continue to play a key role as the guarantor of the right to be heard.

---

19 Article 4(2)d) ToR.

20 Case 155/79 *AM&S Europe Limited v Commission* [1982] ECR 1575; Order in Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1990] ECR II-163; Joined cases T-125/03 and T-253/03 *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission* [2007] ECR II-3523, as confirmed by Case C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission*, judgment of 14.9.2010.

21 Article 4(2)a) ToR.

22 Article 4(2)b) ToR.

23 Article 4(2)c) ToR.



The new terms of reference clarify the Hearing Officer's dispute resolution role with regard to parties' access to the Commission's file.<sup>24</sup> The Hearing Officer will continue to verify that only the objections on which parties had an opportunity to comment are relied upon by the Commission in the decision.<sup>25</sup>

Moreover, the revised mandate strengthens the key role of the Hearing Officer regarding the conduct of the Oral Hearing, for example, by empowering him or her to take all appropriate measures to prepare the Hearing, such as circulating a list of participants in due time or indicating beforehand the focal areas of debate. This should help parties to develop their arguments effectively at the Hearing. The essential function of the Hearing is also underlined, that is, an opportunity for the parties to exercise their rights of defence by developing their arguments orally.<sup>26</sup>

The remit of the reports which the Hearing Officer prepares for the Competition Commissioner and the College is extended to cover the effective exercise of procedural rights throughout proceedings. These reports are a crucial means to ensure the systematic follow-up of procedural issues raised during proceedings.<sup>27</sup>

The Hearing Officer also continues to have the right to make observations on substance on any matter arising out of any competition proceeding to the Competition Commissioner. This includes the right to suggest further investigative measures in antitrust proceedings.<sup>28</sup> This complements the other checks and balances within the Commission's enforcement system. Under the new Terms of Reference, the reporting obligations of the Hearing Officer regarding their core function – safeguarding the effective exercise of procedural rights – and further observations are more clearly separated. This is linked to the fact that the fundamental mission of the Hearing Officer remains in place the Hearing Officer is a guarantor of procedural rights he or she will not act as a judge on the substance of the case.

---

24 Articles 7 and 8 ToR.

25 Article 27(1) of Regulation 1/2003.

26 Articles 10 to 13 and Recitals 18 to 20 ToR.

27 Articles 14(1), 16 and 17 ToR.

28 Article 14(2) ToR.

The revised terms of reference explicitly specify for the first time that the Hearing Officer shall act independently in performing his duties.<sup>29</sup> This was always the case in practice, but is now explicitly recognised in the text.

Finally, the new extensive role of the Hearing Officer means that he or she will be able to look into all major types of Commission proceedings. This is not just the case for proceedings that run towards prohibition decisions with or without fines (for substantive and procedural infringements), but also for antitrust commitment procedures, where the Hearing Officer is given a new role similar to that which already exists for cartel settlement procedures. In both types of procedures, parties can call upon the Hearing Officer at any time in relation to the effective exercise of their procedural rights.<sup>30</sup>

#### 4. CONCLUSION

The new package of Best Practices and the revised role of the Hearing Officer underline the Commission's commitment to listen to stakeholders and to improve its procedures where appropriate.

The Commission's competition enforcement system complies with fundamental rights and provides for a high level of procedural guarantees, but at the same time is sufficiently flexible to allow for constructive criticism and change.

The new procedural package is the result of in-depth internal reflections, taking into account broad stakeholder input. It increases the transparency of the Commission's procedures while maintaining efficiency and will thereby help to enhance the legitimacy of the Commission's actions. It is for our stakeholders to use and benefit from the new provisions in a considered manner.

Transparent and fair procedures benefit not just the parties, but are crucial for an effective and credible competition regime.

---

29 Article 3(1) ToR.

30 Article 15 ToR.

# THE UK EXPERIENCE: THE GROCERY SUPPLY CODE OF PRACTICE\*

*Peter Freeman CBE, QC\*\**

*ABSTRACT: This paper deals with one aspect of competition in the supply of grocery products, namely the relationship between grocery retailers and their suppliers, and focuses in particular on the new UK Grocery Supply Code of Practice, known as the "GSCOP".<sup>1</sup>*

**SUMMARY:** 1. Background. 2. Suppliers and Retailers – what was the issue? 3. What the CC found. 4. The CC's Conclusion. 5. The GSCOP. 6. The Ombudsman/Adjudicator. 7. What happened then. 8. Why not use 'ordinary' competition law? 8. Conclusion.

## **1. BACKGROUND**

One of the central functions of all economies is the task of ensuring the purchase or production of foodstuffs, their processing, distribution and sale to consumers.

In the UK, which has a well-developed agricultural sector but which also imports a significant proportion of its food,<sup>2</sup> the retail sector is also highly

---

\* This paper is an edited version of a talk given at the seminar on "Competition problems and solutions in the relationship between producers and retail chains" organised by the School of Business and Economics at the New University of Lisbon on 21<sup>st</sup> September 2011.

\*\* Former Chairman, UK Competition Commission. Member, Competition Appeal Tribunal. All views expressed are personal to the author.

1 The Groceries (Supply Chain Practices) Market Investigation Order 2009.

2 UK imports of food, feed and drink in 2008 were £31.6 billion compared with exports of £13.2 billion. The UK is 59% self-sufficient in food. Source: DEFRA.

developed.<sup>1</sup> The focus of the UK competition authorities' interest in the groceries sector has over the past decade been on retailing, but supplier/retailer relationships have also been a concern.<sup>2</sup>

A recent major intervention was the market investigation conducted by the UK Competition Commission (CC) into Grocery Retailing.<sup>3</sup> This was made at the instigation of the UK Office of Fair Trading (OFT). It lasted more than two years and covered a wide range of retail competition issues, including planning and zoning restrictions, possible discriminatory or predatory pricing activity, competition at local level and the problem of highly concentrated local markets.

But one important strand of the inquiry was the supply chain. On one view, this should be an irrelevant issue for a competition inquiry – the main question was competition between retailers and how each retailer dealt with its suppliers was not important provided retail competition was effective. If a retailer obtained favourable supply terms, consumers would benefit and suppliers would become more efficient. It could not be in a retailer's economic interest to damage its own supply chain irretrievably.

The CC was very conscious of this view but decided to look at the issues in rather more depth.

## **2. SUPPLIERS AND RETAILERS – WHAT WAS THE ISSUE?**

It was argued strongly by producers and suppliers, both domestic and foreign, that major retailers exercised their buyer power in a way that did damage the supply chain; this created uncertainty, if not outright harm, to producers and suppliers, particularly smaller ones. Smaller retailers and wholesalers claimed that it placed them at a competitive disadvantage.

There was said to be a 'climate of fear' under which suppliers, particularly smaller ones, declined to raise complaints against major retailers for fear of being punished commercially or, in an extreme case, being 'delisted' (i.e. excluded from supply) altogether.

---

1 In 2007 large grocery retailers accounted for some 85% of total grocery sales and the four largest retailers accounted for just over 65% (up from 57% in 2002).

2 See for example the CC investigations into Supermarkets (2000), Safeway plc (2003), Somerfield/Morrison Supermarkets (2005).

3 CC Report April 2008, available on the CC website: [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk).

The kinds of practice complained of included demands for payment for marketing campaigns, promotions or product placings; transfer of liability for loss or theft of goods; imposition of retrospective discounts and price changes; changes in credit terms and a host of others.

It was also claimed that not all the benefits obtained by retailers from suppliers were passed on to the consumer and were instead retained by the retailers.

The larger retailers' general response was that these complaints were ill-founded; they treated suppliers well and efficient suppliers would always prosper. Suppliers were rarely delisted, the 'climate of fear' was an exaggeration and any benefits were passed on to consumers.

### **3. WHAT THE CC FOUND**

The CC found these issues to be complex and difficult. On the one hand there was some merit in the retailers' argument that some of these complaints simply reflected suppliers' inability or unwillingness to operate efficiently, and that the retailers were passing on price reductions to consumers.

On the other hand the volume of evidence of particular practices suggested there was some mis-match between the intentions and interests of the supermarket buyers, which were on the whole short term, and the longer term effect on consumers.

The CC received much evidence from retailers, from suppliers both large and small and from representative organisations including those representing primary producers overseas. It assessed data on entry and exit at producer level and the various data series on innovation. It held hearings with interested parties throughout the UK. To reflect the 'climate of fear' one set of witnesses offered to enter the building by a side door and in disguise.

Towards the end of the investigation two major retailers began a 'price war' claiming that they would bear the cost of the price reductions. To validate this claim the CC examined a large number of emails between the retailers and their suppliers sent over a six-week period. This provided an interesting insight into the day-to-day retailer/supplier interaction.

Another part of the retailers' argument was that the existing Code of Practice, which was observed by the four major retailers, was working satisfactorily and there were few complaints under it. This Code had been established following an earlier CC investigation, but had only been in place

a few years. The CC examined carefully the extent to which it was affecting supplier/retailer behaviour.

#### **4. THE CC'S CONCLUSION**

The CC concluded that whilst the existing Code of Practice was having some effect, a large number of the practices identified in its 2000 Report were still going on. The main concerns were in relation to unexpected, retrospective changes to price terms that were already in place and the inappropriate placing of risk on to suppliers by retailers.

An example of the former was the retailer's practice of cutting the price to the supplier after the event if the retailer could not sell the produce it had bought – leaving the supplier with an unexpected liability. An example of the latter was a retailer requiring the supplier to bear the cost of loss or theft of products (known as 'shrinkage') from the retailer's premises, over which the supplier had little control.

The CC did not find evidence of current and immediate harm to consumers from these practices. But it did find that if they went on unchecked they would lead to increased uncertainty, reduced investment and damage to the viability of UK food supply and detriment to consumers. The CC concluded that a new, strengthened Code of Practice was needed, to apply to more retailers, with a proper enforcement mechanism and oversight by a dedicated officer – i.e. an Ombudsman.

These conclusions were not uncontroversial. It was argued by major retailers that controlling the supplier/retailer relationship was futile and possibly harmful; that consumers would pay higher prices as a result; and, somewhat contrarily, that the existing Code of Practice worked well and did not need strengthening. Despite these objections to the CC's conclusions, no appeal was brought against them.

#### **5. THE GSCOP**

The UK System gives the CC direct competence to enact on its own authority measures to correct the adverse effects on competition that it has found. So the CC, after consultation, made an Order to provide for a new Code of Practice – the GSCOP.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> The CC consulted on drafts of the GSCOP Order on 26<sup>th</sup> February 2009 and 29<sup>th</sup> June 2009 and issued a final version of the Order on 4<sup>th</sup> August 2009, to take effect six months later, on 4<sup>th</sup> February 2010.

The essential outline of the GSCOP is as follows: the main thrust of the new Code is to cover more ground than before, to be more specific in its terms and to apply to more retailers. ‘Designated Retailers’ are those whose grocery annual turnover exceeds £1 billion and now covers some dozen companies rather than four.

The Order provides for compliance and training obligations and for the provision of information both to suppliers and to the OFT. At its core is the obligation on retailers to incorporate the Code of Practice into their supply agreements, which is the mechanism by which the Code is to be applied.

The specific terms of the Code provide:

1. A general obligation of fair dealing (not provided by UK common law);
2. A ban on retrospective variations of supply terms;
3. Limitations on changes to supply procedures;
4. Prompt payment of supplier invoices;
5. Limitations on suppliers’ contributions to retailers’ costs;
6. A ban on supplier payments for ‘shrinkage’ (i.e. theft or loss of food, at the retailer’s store);
7. A ban on supplier payments for ‘wastage’ (goods being unfit for sale) unless specifically due to the supplier’s negligence or fault;
8. Limitations on payments for stocking;
9. Compensation for retailer forecasting errors;
10. Limitations on arrangements involving third parties;
11. Limitations on supplier payments for promotions;
12. No unjustified supplier contributions to resolving consumer complaints;
13. A transparent procedure governing the de-listing of a supplier should that be justified.

This is a detailed package of measures with far fewer qualifications and ‘let-outs’ than the previous Code. But the question was, how could it be enforced? If the ‘climate of fear’ was indeed as claimed, then these provisions, as with the previous version, risked being a dead letter.

## **6. THE OMBUDSMAN / ADJUDICATOR**

The CC concluded that private enforcement of the GSCOP was better than nothing, but that oversight and a mechanism for enforcement were needed. It therefore proposed the establishment of an ‘Ombudsman’ to receive complaints and follow them up in a way that would not expose the complainant

to retaliation, and who could enforce complaints with the GSCOP if a breach was established.

The CC is not a tax-raising authority and such a mechanism would require legislation – indeed, primary legislation approved by Parliament – if the voluntary agreement of retailers was not forthcoming.

Again the CC consulted extensively: but the retailers involved would not agree.<sup>5</sup> Equally, supplier organisations were concerned that concessions offered to retailers to make them agree would make the Ombudsman ineffective. So in August 2009, the CC made a formal recommendation to the Government to enact legislation to establish an Ombudsman to oversee and enforce the GSCOP.

## **7. WHAT HAPPENED THEN**

The Government is committed to responding to CC recommendations. In this case, the approach of a general election was a complication but in January 2010 the then Government accepted the recommendation in principle and consulted on aspects of its implementation. This included a) whether the new body should be part of or outside the OFT and b) whether it should have the power to impose penalties.<sup>6</sup>

The general election produced a new coalition government which, after some delay, again endorsed the recommendation (although the ‘Ombudsman’ had become the ‘Adjudicator’) and tabled a draft bill in May 2011.<sup>7</sup> Its terms were examined by the appropriate Select Committee over the summer and the Committee recommended recently that the Bill should proceed, with a few variations.<sup>8</sup> These are essentially that the Adjudicator should be able to have greater access to trade associations and employee whistle-blowers, and that the cost of the Adjudicator should be paid for by a flat-rate imposition on the retailers affected.

---

<sup>5</sup> A draft set of undertakings was published on 28<sup>th</sup> April 2009.

<sup>6</sup> The Government Response: January 2010 URN 10/519. Consultation: February 2010 URN 10/577.

<sup>7</sup> Draft Groceries code Adjudicator Bill Cm 8080 May 2011.

<sup>8</sup> See House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee Announcement no73 and Ninth Report of Session 2010-12 ‘Time to bring on the referee?’ 28<sup>th</sup> July 2011 HC 1224-1.



## 8. WHY NOT USE 'ORDINARY' COMPETITION LAW?

The question arises, why does the situation require a Code of Practice? If, as we have argued, inappropriate treatment of suppliers by retailers is a competition issue with potential adverse effects on consumers, then why do not Articles 101 and 102 apply to control the practices that are unacceptable?

The answer to this is that of course they do apply, but they are a blunt and rather ineffective instrument in this particular situation.

There have of course been allegations of cartel behaviour by retailers extending to their relationships with suppliers. The OFT began an investigation into these allegations – possibly arising from the CC's own investigation – in April 2008 but did not in the end pursue the case.<sup>9</sup> One problem is that it is not necessarily collective or co-ordinated activity which is the issue but rather the practices of individual retailers towards their suppliers. Where the activity is collective it tends to involve suppliers as well as retailers.

In relation to Article 102, such practices fall under the general heading of abuse of buyer power. But whilst it may be possible to show a retailer holding a dominant position in a particular instance, it is harder to establish any general position of dominance (given that in the UK there are four major retailers and many smaller) and equally hard to establish reliably what is or is not an abuse.

Given these limitations, the more general view possible under the UK market investigation regime is particularly appropriate for cases of this kind.

## 9. CONCLUSION

So that is the UK experience which has led to the GSCOP and may be expected to lead to the establishment of an Adjudicator's office to oversee it. The conclusions I would draw from this exercise are these:

1. The view that competition law should not apply to retailer/supplier relationships is doctrinaire and misplaced. It is true that the UK market investigation regime is particularly flexible in regard to possible measures, but the essential basis for the UK's measures is effect on competition and effect on consumers.
2. That said, deciding what to do in cases like this is fraught with difficulty as any measures, to be effective, have to control the operation of the

---

<sup>9</sup> See OFT case closure summary 9<sup>th</sup> November 2010.

buyer/seller relationship in a variety of market situations. For that reason, any Code of Practice has to be carefully crafted and evidence-based i.e. to control specific practices that have been identified as harmful.

3. Although the terms of any Code are important (bland or general provisions are largely worthless) it is the enforcement mechanism that really matters. It must be seen as credible, and suppliers, particularly smaller ones, must be willing to come forward. Providing a means of investigating complaints whilst preserving a sufficient degree of anonymity is the key to the success of these measures.
4. Any measure that requires political agreement takes time to enact, and requires great persistence. Even now, some retailers argued to the Business Select Committee that the CC's 2008 Report was out of date and the issue needed to be investigated again. The Committee did not agree with this view.
5. Finally it would seem that a Code of Practice is preferable to the use of 'standard' competition prohibitions. This is not generally a situation where anti-cartel law is effective; and the application of Article 102 to the abuse of buyer power is cumbersome and problematic. But that does *not* mean that this is not a competition matter. It is just a question of what particular legal framework is available to deal with it.

# O PODER DE COMPRA E AS RESTRIÇÕES VERTICAIS DETERMINADAS PELA PROCURA

*Paula Vaz Freire*

*ABSTRACT: According to Regulation (EU) 330/2010 market share threshold evaluation must consider both sellers' and buyers' market share. Vertical restraints driven by buyer power can generate negative effects on competition but can also have positive effects such as production efficiencies, innovation and investment. An economic balance analysis of buyer-driven vertical restraints must consider all those effects in order to determine the net impact on welfare.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Poder de compra: conceito, origem e critérios de aferição. 2. Restrições verticais determinadas pela procura. 3. Efeitos sobre o bem-estar. 3.1. Efeitos negativos. 3.2. Efeitos positivos. 4. Aplicabilidade do critério do balanço económico às restrições verticais determinadas pela procura.

## INTRODUÇÃO

Nos termos do artigo 3.º do Regulamento 330/2010<sup>1</sup> estabelece-se uma presunção de legalidade dos acordos verticais quando as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não excedam, cada uma delas, o limiar de 30%<sup>2</sup>. Presume-se, portanto, que, quando a quota de mercado não excede o referi-

---

1 Regulamento (UE) N.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, J.O. L102/1, 23.4.2010.

2 A quota de mercado do fornecedor é calculada com base no valor das vendas no mercado onde transaciona os produtos contratuais, e a quota de mercado do comprador é calculada com base no valor das compras no mercado onde adquire os referidos produtos (art. 7.º do Reg. 330/2010). Orientações relativas às restrições verticais, J. O. C 130, 19.5.2010, parágrafos (23), (86) a (95).

Considera-se que, em regra, os acordos entre empresas concorrentes com uma quota de mercado inferior a 15% não se encontram abrangidos pelo artigo 101.º, n.º 1, do TFUE (Comunicação de minimis, J.O. C 368, 22.12.2001).

do limiar de isenção, os acordos a que respeita o regulamento preenchem as condições previstas no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, sendo-lhes por isso inaplicável a proibição genérica contida no n.º 1 deste artigo.

O regulamento de isenção por categoria anteriormente aplicável ao mesmo tipo de acordos previa a aplicabilidade do benefício de isenção quando a quota de mercado do fornecedor não excedesse 30% do mercado relevante no qual este efetuasse a venda dos bens ou serviços contratuais<sup>3</sup>. Ainda no âmbito deste regime, a posição ocupada pelo comprador no mercado relevante somente deveria ser levada em conta nos acordos verticais contendo obrigações de fornecimento exclusivo prevendo-se, relativamente a estes, que o regulamento de isenção seria aplicável apenas quando a quota de mercado do comprador não fosse superior a 30% do mercado relevante de aquisição dos bens ou serviços contratuais<sup>4</sup>.

Em síntese, o novo regime jurídico evidencia a necessidade de analisar os efeitos associados aos acordos que contenham restrições verticais procedendo a uma ponderação tanto do poder de mercado do vendedor como do comprador.

A alteração ora introduzida reflete o reequacionar da ideia, inicialmente dominante, de que as restrições contratuais de âmbito vertical eram, em regra, impostas pela oferta, isto é, por poderosos produtores/fornecedores sobre agentes destituídos de poder de mercado situados a jusante. Com efeito, a constatação, cada vez mais frequente, da presença de poder de mercado do lado da procura (poder de compra), designadamente em determinados sectores de venda a retalho tais como a distribuição alimentar, tem orientado a doutrina para a análise dessas situações e chamado a atenção das instâncias de defesa da concorrência<sup>5</sup>, determinando alterações normativas neste domínio.

Neste contexto, importa perceber em que consiste o poder de mercado dos compradores, quais os fatores que estão na sua origem e, sobretudo, proceder a uma análise dos efeitos que o exercício desse poder gera sobre o bem-estar.

---

3 Artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) N.º 2790/1999 da Comissão de 22 de Dezembro de 1999 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, J.O. L 336/21, 29.12.1999.

4 Artigo 3.º, n.º 2 do Regulamento (CE) N.º 2790/1999.

5 OCDE, 2009; UK Competition Commission, 2008; Autoridade da Concorrência, 2009.

## 1. PODER DE COMPRA: CONCEITO, ORIGEM E CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO

O poder de compra pode ser definido como a capacidade de um comprador fixar, com lucro, o preço abaixo do preço normal de venda do fornecedor ou obter termos de troca mais favoráveis do que os termos normais do fornecedor<sup>6</sup>. Trata-se, portanto, de alcançar condições, relativas ao preço ou de outros aspectos que não o preço, mais favoráveis do que aquelas que seriam expectáveis numa dada situação concorrencial. Isso significa que o exercício de poder de compra se pode traduzir na obtenção de preços mais baixos ou descontos, mas também que o comprador pode usar o respetivo poder negocial para impor restrições contratuais aos fornecedores (restrições verticais determinadas pela procura).

O poder de mercado por parte da procura pode ter origem na existência de um único comprador (monopsónio) ou um número limitado de compradores (oligopsónio). Na sua base também poderão estar acordos de compras através dos quais agentes de menores dimensões se agrupam a fim de reproduzirem os resultados obtidos em monopsónio. O poder de compra pode ainda assentar noutros fatores, tais como, a reputação do comprador no mercado a jusante.

Em virtude da estrutura de mercado do lado da procura, de acordos de compra ou de outros factores, os compradores detêm, portanto, a capacidade de, através da respetiva conduta, influenciarem o preço e/ou as condições da transação exercendo essa influência tanto sobre contextos de oferta concorrencial como em contextos de concorrência imperfeita do lado da oferta.

No primeiro caso, isto é, quando uma estrutura concorrencial do lado da oferta coexista com a ausência de atonicidade do lado da procura assiste-se ao exercício de poder de monopsónio ou de oligopsónio. Por seu turno, nos mercados caracterizados por estruturas concorrenciais imperfeitas, tanto do lado da oferta como do lado da procura, o exercício de poder de compra pode ser entendido como um contrapoder (poder de compensação) ao poder de

---

6 Cheng, 2007: 19; AdC, 2009: 100-101.

A análise do poder de compra começou por ser feita a partir das estruturas de monopsónio entendidas, nos seus efeitos, como uma simetria invertida do modelo de monopólio. Na atualidade, a teoria económica acolhe um conceito mais amplo de poder de compra entendido enquanto o poder negocial que um comprador exerce junto dos fornecedores, e que lhe permite obter condições de troca mais favoráveis. Também sobre o conceito e efeitos do poder de compra obtido em virtude de operações de concentração: Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas. J. O. C 031, 05/02/2004, pp. 5-18, pontos 61 a 67.

mercado dos vendedores. Como é sabido, os incentivos à maximização de rendas impelem o monopolista ou os oligopolistas a praticarem preços acima dos custos marginais. Ora, os compradores com poder de mercado exercerão pressão para que aqueles diminuam os preços. Este abaixamento dos preços – que tem como limite o nível concorrencial de igualização do preço ao custo marginal – traduzir-se-á numa erosão das rendas monopolísticas e num aumento de bem-estar dos consumidores quando aquela redução é repercutida nos preços finais de venda<sup>7</sup>.

A determinação da presença de poder de compra faz-se, em regra, a partir de um critério quantitativo, isto é, atendendo à *quota de mercado*. No entanto, deve fazer-se um apuramento deste critério considerando diversos prismas, designadamente, (i) a quota de mercado de um comprador no total do mercado do produto; (ii) a quota de um comprador no total das vendas de um fornecedor; (iii) a quota de mercado de um comprador num dado mercado geográfico. Enquanto que a partir da primeira metodologia será possível realizar comparações entre diversos mercados nacionais, o recurso à segunda possibilitará determinar diferenças de poder de compra exercidas num mesmo mercado. Por seu turno, a análise do poder de compra num contexto geograficamente delimitado permitirá aferir em que medida o comprador funciona como uma porta de entrada no mercado, essencial para a comercialização dos produtos do fornecedor (efeito de “gatekeeper”)<sup>8</sup>.

A dimensão do comprador pode não ser o único critério de aferição da presença de poder de compra, devendo também ser tida em conta a *flexibilidade ou capacidade de adequação da estrutura produtiva do fornecedor*, a *natureza dos bens transacionados* e o *tipo de relações contratuais* em presença. Assim, se um fornecedor pode ajustar a sua produção de forma rápida e sem custos significativos em consequência da perda ou da alteração de um importante canal de escoamento não estaremos perante uma forma de exercício de poder de compra relevante para a configuração do ambiente concorrencial. O mesmo

---

7 A teoria do contrapoder da procura (countervailing power) de Galbraith assume que os preços mais baixos obtidos pelos grandes compradores nos mercados a montante se traduzem em preços também mais baixos praticados no mercado a jusante, designadamente, se este for concorrencial. Galbraith, 1952 e Galbraith, 1954.

8 Quando a concorrência é limitada numa dada área geográfica o comprador detém um importante “gatekeeping power” relativamente aos produtos do fornecedor, isto é, o poder de controlar o respetivo acesso ao mercado.

se dirá quanto se esteja em presença de relações contratuais de curto prazo ou que têm por objecto uma única transação pois, nestes casos, a substituição do comprador afigura-se mais facilitada. Inversamente, a presença de vinculações contratuais de longo prazo dificultará essa substituição ao mesmo tempo que pode determinar significativas perdas, para o fornecedor, associadas a investimentos específicos.

Os efeitos do exercício de poder de compra, sobre o preço final do bem e sobre as estruturas concorrenciais dos mercados em presença, irão portanto depender (i) do grau de concorrência no mercado a que pertence o seu detentor e nos mercados adjacentes; (ii) das características da curva da procura do bem final; e (iii) da configuração das relações contratuais entre o comprador e os fornecedores<sup>9</sup>.

Em síntese, uma empresa de grande dimensão retira vantagens concorrenciais desse facto. Algumas delas decorrem de reduções de custos associadas à sua escala, outras advêm do poder negocial de que é detentora. O exercício deste poder permite-lhe obter reduções de preços e determinar restrições verticais com as quais os respectivos fornecedores se devem conformar, as quais merecem uma atenção mais detalhada.

## 2. RESTRIÇÕES VERTICAIS DETERMINADAS PELA PROCURA

Como se fez notar, o poder de compra é exercido com duas finalidades genéricas: (a) obter dos fornecedores preços mais baixos, e (b) obter condições de troca – não relativas ao preço unitário – mais vantajosas por via do aumento dos custos económicos dos fornecedores e dos rivais<sup>10</sup>. No primeiro caso o exercício daquele poder corporiza-se na obtenção de descontos, isto é, na aquisição de bens a preços relativamente mais baixos obtendo o comprador uma vantagem concorrencial consubstanciada naquele diferencial de preço. Para além destes diferenciais de preços, o exercício do poder de compra pode traduzir-se na obtenção de outras condições de troca mais favoráveis que permitam ao comprador alcançar vantagens financeiras diretas ou indiretas.

---

9 Inderst & Mazzarotto, 2008.

10 União Europeia, 2011: 24.

O poder do comprador formaliza-se, neste caso, através de *restrições verticais determinadas pela procura*<sup>11</sup>, isto é, de condições contratuais aceites pelos fornecedores em virtude da força negocial de um dado comprador<sup>12</sup>.

Aquelas restrições verticais podem assumir a forma de (i) *restrições relativas às condições de compra*, quando se condiciona a aquisição à exclusividade para com o comprador ou a outras limitações na relação do fornecedor para com terceiros através, designadamente, de obrigações de *fornecimento exclusivo*, de *fornecimento mínimo*, de *distribuição exclusiva*, de *compras subordinadas*<sup>13</sup> ou de *reciprocidade de operações*.

Outras restrições verticais determinadas pela procura assumem a forma de (ii) *pagamentos adicionais*, feitos directamente ao comprador ou através de descontos especiais, a fim de aceder ao sistema de distribuição do comprador ou de compensar despesas de promoção ou perdas decorrentes de incumprimento pelo fornecedor. Fazem parte deste tipo de restrições os *pagamentos para integrar listas de fornecedores*, os *custos de referência de novos produtos (entrada em linha)*, os *pagamentos por espaço na prateleira* (“*slotting allowances*”) ou para a *manutenção de um produto nas prateleiras* (“*pay-to-stay fees*”)<sup>14</sup>, os *pagamentos de acesso a campanhas promocionais*, os *descontos retroativos*, etc.

Há também que considerar a imposição de (iii) *cláusulas de não discriminação*, mediante as quais se procura garantir que o fornecedor não atribui melhores termos de troca a outros compradores ou que acompanha o comprador quando este concorre com os rivais. Integram-se neste tipo de restrições as cláusulas de *cliente mais favorecido*, de *compensação de margens*, de *partilha de informação relativa a custos e ao processo produtivo* (“*open book accounting*”).

O exercício do poder de compra pode traduzir-se, igualmente, na imposição de cláusulas contratuais que representem uma (iv) *transferência do risco*. O comprador “alivia” parte do risco económico ou incerteza inerente à sua atividade transferindo-o para o fornecedor quando, nomeadamente,

11 A tipificação a seguir apresentada tem por base Dobson, 2008: 110-111, também acolhida em União Europeia, 2011: 27-28.

12 Nem todas as restrições verticais determinadas pela procura têm como origem o exercício de poder de negocial por um comprador; com efeito, estas podem ser fixadas por razões de interesse mútuo ou por corresponder a usos da atividade comercial, a instrumentos de reforço da cartelização entre fornecedores ou entre compradores, etc. Dobson, 2008: 108-109; União Europeia, 2011: 26.

13 Ver apreciação pela Autoridade da Concorrência da conduta da Sugaldal (Comunicado 20/2009).

14 Sobre as taxas de acesso pagas antecipadamente ver Orientações relativas às restrições verticais J. O. C 130, 19.5.2010, (203) a (208).



contratualiza *prazos de pagamento excessivos*, impõe *atrasos nos pagamentos*, impõe a aceitação de *vendas à consignação* ou de *contratos manifestamente incompletos*<sup>15</sup>.

As restrições verticais determinadas pela procura podem respeitar a (v) *requisitos relativos a serviços adicionais* ou a *inputs específicos* quando o comprador impõe que o fornecedor preste determinados serviços, para além dos normalmente oferecidos ou utilize determinados *inputs* na produção dos seus bens. Neste caso fixam-se obrigações contratuais respeitantes a *condições especiais de entrega*, à *apresentação diferenciada de produtos*, bem como, *acordos de gestão por categoria*<sup>16</sup> e obrigações de *utilização de fornecedores específicos de inputs*.

A conduta de um comprador com poder negocial pode ainda assumir a forma de (vi) *recusa de compra* quando aquele boicota um fornecedor ou limita as compras que efetua junto dele, através da *recusa em negociar*, da *quebra injustificada de uma relação contratual*, ou da *retirada unilateral e não justificada de linha de produtos*. Estas práticas visam, essencialmente, levar o fornecedor a sair do mercado, com o intuito último de aumentar os custos dos rivais.

### 3. EFEITOS SOBRE O BEM-ESTAR

Ao contrário do exercício de poder de mercado por parte dos vendedores, o qual afeta negativamente o bem-estar dos consumidores, do exercício de poder de compra podem resultar aumentos daquele bem-estar. Nesta medida, a análise dos efeitos associados ao poder de mercado dos compradores torna-se mais complexa por reclamar uma cuidada ponderação dos diversos contextos em que esse poder se exerce<sup>17</sup>. Com efeito, os resultados decorrentes do exercício de poder de compra serão, tendencialmente, distintos consoante a estrutura dos mercados em presença e os incentivos a elas associados.

---

15 A celebração de contratos incompletos pode ser eficiente pois a possibilidade de os retalhistas adequarem os termos contratuais (através, por exemplo, de atrasos nos pagamentos sem penalização de juros) reduz os incentivos ao comportamento oportunista dos fornecedores relativamente ao incumprimento de prazos de entrega ou à garantia de qualidade dos produtos; isto expõe os fornecedores ao oportunismo dos retalhistas mas, no entanto, este tende a ser mitigado pela necessidade de manter intacta a respetiva reputação. Arrunada, 2000.

16 Sobre os acordos de gestão por categoria ver Orientações relativas às restrições verticais J. O. C 130, 19.5.2010, (209) a (213).

17 Inderst & Mazzarotto, 2008: 21.

### 3.1. Efeitos negativos

Os contextos de *monopsônio* puro tendem a afetar negativamente o bem-estar dos consumidores em virtude do aumento dos preços. A maximização do lucro pelo monopolista ocorre por via da diminuição dos custos médios, através da diminuição da quantidade adquirida; nestes termos, mesmo que aquele agente pague um menor preço a montante o preço final a pagar pelos consumidores tenderá a ser mais elevado pois uma menor quantidade adquirida traduz-se, no mercado final, numa menor quantidade oferecida a um preço mais elevado<sup>18</sup>. Para além destes efeitos negativos, são ainda de considerar os efeitos nefastos que o exercício de poder de monopsônio pode provocar sobre a estrutura concorrencial no(s) mercado(s) a montante (*efeito de encerramento*).

Aos contextos de *oligopsônio* podem, no entanto, associar-se efeitos tanto de melhoria como de perda de bem-estar dos consumidores. Para a compreensão destes efeitos revelam-se de extrema utilidade as análises relativas ao exercício de poder de compra por parte dos grandes retalhistas. Trata-se, em geral, de mercados em oligopsônio confrontados com mercados concorrenciais ou oligopolistas a montante.

Determinados segmentos do sector do retalho, tais como a distribuição alimentar, evidenciam, com frequência, uma elevada concentração em certos mercados geográficos. Os agentes que os integram apresentam, portanto, uma importante dimensão e um considerável poder de compra<sup>19</sup>. A exploração de economias de escala, a partir da gestão de stocks, a adequação das técnicas de vendas às preferências dos consumidores e a produção e comercialização de marcas próprias (verticalização)<sup>20</sup>, geram e reforçam o poder negocial das grandes cadeias de distribuição alimentar. Como já ficou dito, a criação ou o reforço do poder de negociação da procura pode também ser propiciado pela

---

18 Um monopsonista é, por definição, monopolista no mercado imediatamente a jusante; porém, tanto pode ser também monopolista em sucessivos mercados a jusante, como revender o bem em mercados que apresentem uma estrutura concorrencial. No primeiro destes casos, isto é, quando o monopolista é simultaneamente monopolista no mercado final, o referido efeito negativo sobre os consumidores tenderá a ser maior pois não será amortecido dada a ausência de pressão concorrencial ao longo da cadeia vertical.

19 Inderst & Mazzarotto, 2008.

20 A existência de marcas próprias (marcas brancas) aumenta o poder de negociação uma vez que estas são promovidas como alternativas a produtos com a marca de fornecedores, concorrendo diretamente com elas. Tendencialmente, não será a marca líder a mais afetada mas sim os sucedâneos de reputação inferior que verão as suas quotas diminuídas. Quando os retalhistas se confrontem com uma redução das margens de lucro dos seus produtos ou quando a diminuição de marcas concorrentes possa pôr em perigo a comparações de preços por parte dos consumidores, tenderão a “aliviar” a presença e a promoção daquelas marcas próprias, o que se traduz numa menor pressão negocial sobre os fornecedores de bens concorrentes.

aglutinação de retalhistas de menores dimensões em grupos de compras, de âmbito nacional ou internacional<sup>21</sup>.

Muito frequentemente os grandes retalhistas garantem o fornecimento do mesmo tipo de bens junto de diversos vendedores os quais, por sua vez, não vendem apenas a um único retalhista. O preço de venda praticado por um retalhista dependerá, naturalmente, do respetivo preço de compra, mas também do preço a que o mesmo bem é vendido pelos seus concorrentes, o que influenciará as negociações que o retalhista empreende a montante com os seus fornecedores. Neste quadro, os resultados finais sobre o bem-estar e sobre a concorrência dependerão de uma multiplicidade de fatores, devendo ser perspetivados atendendo à teia de negociações e de estratégias competitivas que se desenvolve entre os vários agentes que, a montante e a jusante, concorrem entre si.

Num contexto em que vários retalhistas de grandes dimensões exercem o seu poder de negociação os ganhos totais, relativos à produção e venda do mesmo tipo de produtos, vão depender, em muito, das *externalidades* geradas a partir de cada uma das negociações bilaterais que se estabelecem, isto é, dos efeitos gerados, no mercado de fornecimento e de retalho, pelo relacionamento entre cada um dos compradores e dos respectivos vendedores. Cada retalhista procurará aumentar a respetiva vantagem competitiva sobre os seus rivais através da obtenção de preços mais baixos ou de soluções contratuais que recorrendo, designadamente, a *restrições verticais* disciplinem a conduta dos fornecedores.

Um comprador com poder negocial procurará obter, junto dos fornecedores, as melhores condições de preço e dos demais termos de troca. Nas transações com novos fornecedores o exercício daquele poder traduz-se na imposição de condições contratuais a que a contraparte terá de *aderir* se quiser concretizar a venda. Quando exista já uma relação contratual a *ameaça credível de quebra* da mesma forçará os fornecedores a renegociarem os termos das transações.

O fornecedor de um grande retalhista sabe que a quebra desta relação contratual pode implicar custos muito significativos, pois terá não só de procurar um canal alternativo de escoamento dos seus produtos como ainda, eventualmente, poderá ter de praticar preços mais baixos e/ou reduzir as quantidades transacionadas. Há também de considerar a hipótese de o retalhista ser

---

21 Autoridade da Concorrência, 2009: 100-101.

monopolista o que isso significa que constitui a única porta de acesso a um dado mercado (“*gatekeeper*”). O encerramento efectivo ou a ameaça encerramento de um canal de escoamento, por parte de um comprador, será tanto mais gravosa quanto maior for a relevância relativa deste no total das vendas, bem como quanto mais expressiva for a realização de investimentos específicos e a assunção de compromissos financeiros conexos com a anterior relação contratual. Nestes casos, a dependência económica do fornecedor relativamente ao comprador amplifica o respetivo poder de compra.

O exercício de poder de compra nestes moldes pode não gerar qualquer efeito negativo sobre os consumidores; por seu turno, os fornecedores serão forçados a aceitar uma diminuição dos seus lucros e/ou a proceder a substituições ineficientes para outros produtos. Se um retalhista obtém melhores termos de troca do que os seus rivais beneficiando, por exemplo de descontos, essa vantagem poderá repercutir-se nos consumidores sob a forma de diminuições de preços. A existir esta repercussão das condições favoráveis de compra, o exercício de poder de compra teria, desde logo, um efeito imediato e virtuoso de acréscimo do bem-estar do consumidor. No entanto, este abaixamento dos preços pode ser responsável por outros efeitos significativos sobre a configuração do ambiente concorrencial conduzindo, designadamente, ao encerramento de mercados.

Assim, quando um grande retalhista obtém um desconto e o repercute, ainda que parcialmente, sobre o preço final aumenta as suas vendas e com isso reforça o respetivo poder negocial<sup>22</sup>. Perante este cenário os retalhistas rivais poderão concorrer diminuindo também os preços, mas em face de um crescente poder de compra dos grandes retalhistas e da sistemática obtenção de condições de troca (cada vez) mais vantajosas por parte destes, os retalhistas de menores dimensões poderão ser empurrados para fora do mercado. Como é fácil de alcançar este cenário determina não só a saída do mercado de agentes anteriormente instalados como impõe também elevadas barreiras de entrada, ou seja, determina fortes limitações de acesso ao mercado por parte de potenciais novos agentes económicos.

O exercício de poder de compra terá sempre como efeito ou objetivo colocar os rivais numa posição de desvantagem concorrencial. De facto, um agente com poder de compra pode usá-lo *estrategicamente* com o intuito

---

22 O exercício de poder de compra representa um fator adicional e cumulativo de diferenciação entre rivais ao permitir, por parte daqueles que o exercem, o sucessivo reforço da respetiva quota de mercado.

forçar a saída de concorrentes do mercado ou de limitar o acesso a potenciais novos concorrentes. Com aquela finalidade, um comprador de grandes dimensões pode pressionar os seus fornecedores a vincularem-se a *acordos de exclusividade*, a *recusarem a venda* dos seus produtos a rivais, ou a conceder-lhe *descontos seletivos e objetivamente injustificados*<sup>23</sup>. Por seu turno, estas práticas podem determinar o encerramento do mercado a montante, na medida em que limitam a possibilidade de entrada lucrativa por parte de novos fornecedores os quais apenas teriam à sua disposição quotas de mercado residuais. A utilização do poder de compra com o intuito estratégico de conduzir os concorrentes a saírem do mercado pode também concretizar-se sob a forma de compras predatórias. Nestes casos, um comprador de grande dimensão adquire quantidades superiores às suas necessidades ou paga um preço superior ao preço concorrencial, aumentando, por esta via, os custos dos rivais<sup>24</sup>. Ora, enquanto que relativamente às vendas predatórias se reconhece existir, no curto prazo, um acréscimo de bem-estar dos consumidores sob a forma de reduções de preços, tais benefícios poderão não existir no caso de compras predatórias, perspetivando-se ainda que, no longo prazo, aquele bem-estar possa vir a ser negativamente afectado pela diminuição da concorrência.

A melhor compreensão do efeito de encerramento nos contextos acima descritos pressupõe que se considere a presença de um efeito de deterioração progressiva dos termos de troca dos compradores sem poder de mercado (“waterbed effect”)<sup>25</sup>. Há medida que os termos de troca obtidos pelos compradores de maiores dimensões são mais favoráveis os dos demais compradores tendem a deteriorar-se; tal acontece porque, para preservarem os seus níveis de lucro, os fornecedores que efetuaram descontos a grandes distribui-

---

23 Há também que considerar que, com finalidades predatórias ao serviço de uma estratégia de exclusão, um comprador de grandes dimensões realize sobre-compras. Salop, 2005; Blair & Lopatka, 2008.

24 Quando combinada com práticas de vendas predatórias, esta estratégia de encerramento do mercado poderá ser muito eficaz mas será também muito dispendiosa. No caso *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.* 05-381 (2007) a jurisprudência norte-americana entendeu existirem compras predatórias quando a aquisição de uma quantidade superior ao necessário ou a preços mais elevados impede os concorrentes de adquirirem as quantidades de que necessitam a um preço justo. Os termos imprecisos usados como fundamento desta decisão não permitem definir critérios claros de distinção entre estratégias predatórias e “legítimas” estratégias concorrenciais de mérito.

25 Trata-se de um efeito colateral em espiral, que estreitará progressivamente o mercado conduzindo, no limite, ao seu encerramento. Existe uma forte externalização das relações verticais com efeitos verticais e horizontais. Dobson & Inderst, 2007 e 2008; Inderst & Valletti, 2011.

dores procuram compensar as suas “perdas” através da elevação dos preços praticados junto dos retalhistas sem poder negocial<sup>26</sup>.

A descrição deste efeito em termos tão simplistas suscita, no entanto, a legítima dúvida de saber por que razão o fornecedor se conformava anteriormente com um dado preço quando teria possibilidade de praticar níveis mais altos de preços, ficando também por apurar em que medida uma eventual diminuição das quantidades procuradas – como resultado do aumento do preço – permitiria uma efetiva recuperação das perdas<sup>27</sup>. A explicação para a referida elevação dos preços pode, no entanto, radicar no facto de, no longo prazo, o mercado a montante se tornar mais concentrado em virtude da saída de alguns fornecedores ou da fusão entre empresas que ocupam este nível da cadeia vertical. O exercício de poder de mercado a jusante teria pois como consequência um reforço do poder de mercado a montante. Há ainda de considerar uma outra explicação, associada ao facto de os distribuidores mais pequenos, por transacionarem menores quantidades, passarem a ser progressivamente menos atrativos. A perda de valor enquanto canais alternativos de escoamento dos produtos torna a ameaça de mudança de fornecedor menos credível, o que se salda num enfraquecimento da posição negocial dos distribuidores de menores dimensões, isto é, numa maior vulnerabilidade que os conduz a terem de aceitar preços mais elevados.

Em suma, o exercício continuado do poder de compra dos grandes fornecedores gera um *efeito dinâmico* de sucessiva deterioração dos termos de troca<sup>28</sup>. Os retalhistas de menores dimensões verão a sua posição negocial progressivamente debilitada à medida que adquirem cada vez menores quantidades a preços mais elevados, enquanto que os poderosos retalhistas aumentam as quantidades adquiridas a preços mais baixos. Por seu turno, a pressão exercida sobre os fornecedores irá impeli-los a procurarem reforçar o respetivo poder negocial através, por exemplo, de fusões, ou forçá-los-á a saírem do mercado. Nesta medida, o “*waterbed effect*” tem como consequência uma

---

26 Pressupõe-se que o fornecedor tem capacidade para efetuar uma *discriminação* eficaz dos compradores, isto é, de praticar preços mais baixos aos grandes retalhistas e preços mais elevados aos retalhistas de menores dimensões.

27 Inderst & Mazzarotto, 2008.

28 Quando as condições de troca mais favoráveis são tornadas públicas, outros compradores com capacidade negocial idêntica à daquele que as obteve em primeiro lugar exigirão que as referidas condições também lhes sejam aplicadas, o que neutraliza o “*waterbed effect*”.

maior concentração dos mercados a montante e a jusante, os quais tenderão a apresentar-se como estruturas em oligopólio.

A presença deste efeito não afeta, no curto prazo, o bem-estar dos consumidores que beneficiarão de reduções de preços significativas em virtude da pressão competitiva reciprocamente exercida entre retalhistas. A longo prazo, os efeitos sobre a estrutura do mercado retalhista e sobre os consumidores dependerão do tipo e da natureza das estratégias que os rivais de menores dimensões venham a empreender, pois estes poderão, por exemplo, começar a comercializar outros produtos e com isso manter-se no mercado, beneficiando os consumidores por via do aumento de variedade.

### **3.2. Efeitos positivos**

O poder negocial dos compradores pode gerar importantes *ganhos de eficiência*, sob a forma de redução de custos de transação em virtude da eliminação de intermediários, da criação de canais de compra específicos, da presença de estruturas organizacionais especializadas em recolher informação sobre os preços e as características dos produtos, da utilização de contratos-tipo, etc. Tais reduções de custos, bem como as reduções dos preços pagos aos fornecedores, podem repercutir-se em diminuições dos preços de venda praticados a jusante; no entanto, não é líquido que assim seja podendo o comprador apropriar-se desses benefícios sem que os transmita, não se gerando assim melhorias de bem-estar. No entanto, sempre se dirá que, tendencialmente, o exercício de poder de compra – mesmo em contextos pouco concorrenciais – permite diminuir o preço de aquisição e, em consequência, aumentar as quantidades transacionadas e reduzir os preços de venda, pelo que, no curto prazo não haverá perda de bem-estar dos consumidores. No longo prazo, tal exercício pode afetar a estrutura concorrencial mas mesmo assim, não deve existir uma presunção de perda de bem-estar dos consumidores, designadamente, porque eventuais elevações de preços resultantes da concentração dos mercados podem ser mais do que compensadas por ganhos associados a *melhorias de serviços conexos*, a *reduções de custos*, a *investimentos* e à *inovação*.

Com efeito, a saída de pequenos retalhistas do mercado, ou o facto de estes deixarem de comercializar determinados produtos, pode configurar uma ineficiência alocativa ao determinar maiores custos de deslocação por parte dos consumidores. Há, no entanto, de considerar que mesmo nestas circunstâncias podem verificar-se ganhos de eficiência ou melhorias de bem-estar – associadas à prestação de serviços de melhor qualidade ou de serviços conexos

por parte de retalhistas de maiores dimensões – superiores àqueles resultados ineficientes.

Por seu turno, e como se fez notar, a pressão exercida pela procura pode não se traduzir na saída do mercado dos retalhistas de menores dimensões mas sim a incentivos que os conduzam a procurar formas alternativas de organização que reforcem a sua capacidade negocial (por exemplo, fusões; grupos de compras), ou que tornem mais atrativa a sua presença no mercado (por exemplo, oferecendo serviços personalizados ou de maior qualidade). Nesta medida, o exercício de poder de compra poderá funcionar como um importante incentivo a eficientes reduções de custos e alternativas inovadoras.

Outros efeitos positivos associados ao poder de compra resultam da modelação dos incentivos à conduta dos fornecedores. Assim, a existência de compradores de grandes dimensões, ao possibilitar reduzir custos de transação e mitigar problemas de coordenação<sup>29</sup>, pode incentivar os fornecedores a aumentarem os níveis de investimento e de inovação<sup>30</sup>. Um fornecedor já instalado que pretenda desenvolver novos produtos terá de suportar importantes custos, esperando recuperá-los através da renegociação das condições contratuais com os seus distribuidores. Num contexto de atomicidade do mercado a jusante nenhum dos compradores terá capacidade e incentivos para partilhar, antecipadamente, aqueles custos. O risco de ficar cativo de investimentos específicos – e de consequente debilitação da posição negocial –, o risco de partilha de informação e os elevados custos de transação funcionam nestas circunstâncias como desincentivos ao investimento inovador. Inversamente, um comprador de grandes dimensões poderá estar disposto a partilhar os custos e riscos associados à inovação, por saber que também partilhará os respectivos benefícios. É também de considerar que, ao garantir o escoamento da sua produção junto de grandes compradores, os fornecedores têm incentivos para adquirir tecnologias produtivas mais eficientes que lhes permitam aumentar a produção e assegurar a regularidade dos fornecimentos, com evidentes benefícios para os consumidores. Nestes casos, a presença de restrições verticais constituirá uma condição indispensável à obtenção de ganhos de eficiência.

É igualmente de levar em conta que os incentivos ao investimento e inovação por parte dos fornecedores poderão ainda resultar do facto de estes

---

29 Chen, 2003; Battigalli, Fumagalli & Polo, 2006; Inderst & Wey, 2007a.

30 Inderst & Wey, 2007a.



pretenderem “libertar-se” da dependência económica em que se encontram face a grandes compradores, quer através da diversificação de produtos e dos respetivos canais de escoamento, quer ao tornar os compradores de maiores dimensões mais dependentes de produtos de maior valor ou com características únicas.

#### **4. APLICABILIDADE DO CRITÉRIO DO BALANÇO ECONÓMICO ÀS RESTRIÇÕES VERTICAIS DETERMINADAS PELA PROCURA**

Através da análise precedente procurou clarificar-se o conceito de poder de compra e os efeitos associados ao seu exercício atentando, em particular, ao facto de que aquele poder se expressar, frequentemente, através da imposição de restrições verticais.

Do que ficou dito resulta que ao exercício de poder de compra estão, com frequência, associados efeitos simultaneamente positivos e negativos pelo que o apuramento dos efeitos sobre o bem-estar total dos consumidores parece remeter para a uma ponderação entre ganhos e perdas.

O regime jurídico da União Europeia estabelece a presunção de que os acordos verticais restritivos celebrados por um comprador com uma quota de mercado inferior a 30%, preenchem as condições previstas no artigo 101.º n.º 3 do TFUE, beneficiando por isso da isenção por categoria estabelecida no *Regulamento 330/2010*. No entanto, acima do limiar de quota de mercado de 30% não pode presumir-se que os acordos verticais, que se subsumam à previsão do artigo 101.º n.º 1 do TFUE, não possam preencher as condições do artigo 101.º n.º 3. Será pois relativamente a estes que ganha relevância a aplicabilidade do critério do balanço económico entre ganhos eficiência e perdas de concorrência.

As dificuldades associadas à aplicação deste critério são conhecidas e decorrem sobretudo do facto de remeter para uma ponderação entre factores de natureza muito distinta e de elevado grau de complexidade. No que respeita à análise das restrições verticais determinadas pela procura é possível concluir que os efeitos negativos a elas associados se reconduzem ao encerramento do mercado, bem como ao efeito de distorção das condições concorrenciais. Por seu turno, os efeitos positivos podem consubstanciar-se em reduções de preços e aumento das quantidades transacionadas, assim como em incentivos ao investimento e à inovação.

É também de considerar que, nalgumas situações, quando o limiar de quota de mercado de 30% for ultrapassado a apreciação das condutas de mer-

cado sob o prisma do *abuso de posição dominante* tenderá a prevalecer. Nesta medida, compreendem-se as orientações da política de defesa da concorrência tendentes a prevenir o surgimento ou o aumento do poder de compra, designadamente, através do controlo prévio das operações de concentração<sup>31</sup>. Embora não se esgotando nele, é ainda em estreita conexão com o prisma analítico do abuso de posição dominante que deve ser perspectivada a *imposição* de restrições verticais a fornecedores. Esta imposição traduz-se no facto de um fornecedor em *dependência económica* se ver obrigado a aceitar termos de troca abusivos, tais como, reduções retrospectivas de preços, atrasos de pagamentos, alterações unilaterais e injustificadas de especificações contratuais.

Para além dos contextos acima equacionados há que considerar as situações em que, não existindo dependência económica do fornecedor, um comprador com poder negocial obtém condições de troca mais favoráveis. Tais condições – relativas ao preço ou a outros aspectos essenciais da troca – representam, por definição, uma discriminação positiva do comprador com poder negocial face aos seus concorrentes. Como é sabido, os ordenamentos jurídicos europeu e nacional, no artigo 101.º, n.º 1, al. *d*), do TFUE e no artigo 4.º, n.º 1, al. *e*), da Lei n.º 18/2003, proibem a aplicação de condições desiguais relativamente a prestações equivalentes<sup>32</sup> mas, tal como ocorre relativamente às demais restrições verticais previstas naquelas normas, a diferenciação dos termos de troca pode considerar-se justificada quando gere efeitos globalmente positivos.

É certo que uma solução liminar de proibição de práticas de desconto, designadamente a um nível intermédio, colocaria todos os retalhistas em paridade, permitindo-lhes concorrer entre si sem desvantagens apriorísticas. Também a fixação de obrigações de revelação de informação sobre os fornecedores relativa aos descontos que atribuem teria a vantagem de evitar a colusão entre eles com vista a aumentarem os respetivos preços. No entanto, soluções deste tipo tenderiam a ser globalmente ineficientes uma vez que representam a negação das vantagens competitivas inerentes ao processo con-

31 No âmbito da apreciação de projetos de concentração, a Comissão considerou a criação ou o reforço de poder de compra em diversas decisões: Decisões da Comissão Europeia nos Processos IV/M. 784 – Kesko/Tuko, de 19.2.1997; 890 – Blokker/Toys “R” Us, de 26.6.1997; 833 – The Coca-Cola Company/ Carlsberg A/S, de 11.9.1997; 938 – Guinness/Grand Metropolitan, de 15.10.1997; 1221 – REWE/Meinl, de 3.2.1999; COMP/M. 1684 – Carrefour/Promodes, de 25.1.2000; 1245- VALEO/ITT Industries, de 30.7.1998.

32 Artigo 101.º, n.º 1, do TFUE: “*d*) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.” Artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, 11/7: “*e*) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preços ou outras relativamente a prestações equivalentes.”

correncial e a assunção de que delas não decorrem acréscimos de bem-estar do consumidor, nomeadamente, sob a forma de reduções de preços. Não é esta a orientação normativa consagrada nos ordenamentos jurídicos em análise os quais prevêem a admissibilidade das restrições verticais determinadas pela procura, quer por via legal através de regulamentos de isenção por categoria, quer por via casuística<sup>33</sup>, assente numa lógica de balanço económico.

Com efeito, as práticas verticais originadas na detenção de poder de compra podem aumentar a eficiência na distribuição e constituir, em determinadas circunstâncias, incentivos essenciais a investimentos ao nível da produção. Para além da verificação destes ganhos de eficiência produtiva, a admissibilidade daquelas práticas dependerá ainda da demonstração de que ocorra um aumento do bem-estar dos consumidores e de que não se verifique uma eliminação substancial da concorrência. Quanto ao primeiro destes aspetos sempre se dirá que a avaliação da condição de benefício do consumidor em face de restrições verticais determinadas pela procura, em particular por segmentos do retalho, afigura-se ser mais fácil do que a apreciação daqueles benefícios associados a práticas restritivas determinadas pela oferta. As maiores dificuldades na aplicação da análise de balanço económico às restrições verticais determinadas pela procura parecem estar associadas à apreciação da condição de preservação da concorrência. Como se fez notar, a doutrina tem evidenciado os efeitos colaterais, tanto verticais como horizontais, gerados a partir daquele tipo de práticas contratuais restritivas (“*waterbed effect*”); no entanto, se é certo que nestes casos as externalidades negativas criadas a partir de um comportamento bilateral podem assumir características específicas, não é menos certo que todos os tipos de restrições verticais são sempre externalizadores de uma multiplicidade de efeitos mais ou menos difusos e dificilmente computáveis. É por isso, em geral, a apreciação deste critério que merece a maior cautela e representa o maior desafio.

---

33 A qual tem como base jurídica o n.º 3 do artigo 101.º do TFUE e o artigo 5.º da Lei n.º 18/2003.

## BIBLIOGRAFIA

ARRUNADA, Benito

2000 “The Quasi-Judicial Role of Large Retailers: An Efficiency Hypothesis of their Relation with Suppliers”, in *Revue d’Economie Industrielle*, 92, pp. 277-296.

BLAIR, Roger D. & LOPATKA, John E.

2008 “Predatory Buying and the Antitrust Laws”, in *Utah Law Review*, pp. 415-469.

BATTIGALLI, Pierpaolo, FUMAGALLI Chiara & POLO, Michele

2006 *Buyer Power and Quality Improvements*, disponível em: [http://www.csef.it/2nd\\_C6/Battigalli\\_Fumagalli\\_Poli.pdf](http://www.csef.it/2nd_C6/Battigalli_Fumagalli_Poli.pdf) [consultado em 6.9.2011].

CHEN, Zhiqi

2003 *Countervailing Power and Product Diversity*, disponível em <http://repec.org/esNAWM04/up.22575.1049049134.pdf> [consultado em: 12.9.2011].

2007 “Buyer Power: Economic Theory and Antitrust Policy”, in *Research in Law and Economics*, 22, pp. 17-40.

2008 *Defining Buyer Power*, disponível em: <http://http-server.carleton.ca/~zchen/Defining%20Buyer%20Power%20Revised.pdf> [consultado em 6.9.2011].

DOBSON, Paul W.

2008 “Buyer-Driven Vertical Restraints” in *The Pros and Cons of Vertical Restraints*, Konkurrensverket, Swedish Competition Authority, Bromma, pp. 102-134.

DOBSON, Paul & INDERST, Roman

2008 “The Waterbed Effect: Where Buying and Selling Power Come Together”, in *Wisconsin Law Review*, 2, pp. 331-357.

2007 “Differential Buyer Power and the Waterbed Effect: Do Strong Buyers Benefit or Harm Consumers?”, in *European Competition Law Review*, 28, pp. 393-400.

DOYLE, Chris & INDERST Roman

2007 “Some Economics on the Treatment of Buyer Power in Antitrust”, in *European Competition Law Review*, 28, pp. 210-219.

GALBRAITH, John Kenneth

1993 *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power* (1ª ed. 1952), Oxford: Basil Blackwell.

1954 “Countervailing Power”, in *American Economic Review*, 44, 2, pp. 1-6.

INDERST, Roman & MAZZAROTTO, Nicola

2008 “Buyer Power in Distribution”, in *ABA Antitrust Section Handbook, Issues in Competition Law and Policy*, Chicago: W.D. Collins, Joseph Angland (eds.), Chap. XX, pp. 1-31.

INDERST, Roman & VALLETI, Tommaso M.

2007 “A Tale of Two Constraints: Assessing Market Power in Wholesale Markets”, in *European Competition Law Review*, 28, pp. 84-91.

2009 “Price Discrimination in Input Markets” in *Rand Journal of Economics*, 40, pp. 1-19.

2011 “Buyer Power and the “Waterbed Effect” in *Journal of Industrial Economics*, 59, 1, pp. 1-20.

INDERST, Roman & CHRISTIAN, Wey

2007a *Countervailing Power and Dynamic Efficiency*, disponível em: [http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition\\_Policy/countervailing\\_power\\_07.pdf](http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/profs/inderst/Competition_Policy/countervailing_power_07.pdf) [consultado em 18.9.2011].

2007b “Buyer Power and Supplier Incentives”, in *European Economic Review*, 51, pp. 647-667.

MARX, Leslie M. & SHAFFER, Greg

2009 *Slotting Allowances and Scarce Shelf Space*, CCP Working Paper 10-14 disponível em: [http://www.uea.ac.uk/polopoly\\_fs/1.172462!ccp10-14.pdf](http://www.uea.ac.uk/polopoly_fs/1.172462!ccp10-14.pdf) [consultado em 6.9.2011].

NOLL, Roger G.

2005 “Buyer Power’ and Economic Policy”, in *Antitrust Law Journal*, 72, pp. 589-624.

REY, Patrick, THAL, Jeanine & VERGE, Thibaud

2006 *Slotting Allowances and Conditional Payments*, disponível em: <http://idei.fr/doc/by/rey/slotting.pdf> [consultado em 18.9.2011].

SALOP, Steven

2005 “Anticompetitive Overbuying by Power Buyers”, in *Antitrust Law Journal*, 72, 2, pp. 669-715.

SHEELINGS, Richard & WRIGHT, Joshua D.

2006 “‘Sui Generis’?: An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union”, in *Akron Law Review*, 39, pp. 207-243.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

2009 *Relações Comerciais entre a Grande Distribuição Agro-Alimentar e os seus Fornecedores*, Gabinete de Estudos Económicos e de Acompanhamento de

Mercados, Relatório Preliminar, disponível em: [http://www.concorrenca.pt/download/AdC-Relatorio\\_Preliminar\\_GrandeDistribuicao\\_Jan2010.pdf](http://www.concorrenca.pt/download/AdC-Relatorio_Preliminar_GrandeDistribuicao_Jan2010.pdf) [consultado em 14.9.2011].

#### OCDE

2009 *Monopsony and Buyer Power*, Competition Committee, disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/38/63/44445750.pdf> [consultado em 14.9.2011].

#### UNIÃO EUROPEIA

2011 *The Impact of Private Labels on the Competitiveness of European Food Supply Chain*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, disponível em: [http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/study\\_privlab04042011\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/study_privlab04042011_en.pdf) [consultado em 5.09.2011].

#### UK COMPETITION COMMISSION

2008 *The Supply of Groceries in the UK Market*, disponível em: [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf) [consultado em 5.9.2011].

## ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES: *SMOKE & MIRRORS*

*Victor Calvete*

**ABSTRACT:** *There are more things in the independent agencies' (IA) heaven than are dreamt of in their current philosophy. First of all – and unless one admits politicians are worse than everybody else – there's no reason for IA to behave differently than government controlled bodies (even more so if one finds ex-politicians in their driving seats). If one admits that public interest is paramount in government action, there might be a problem if special sectors, insulated by IA, stand in the way. On the other hand, if one thinks that governments are driven by special interests, there are no reasons to think differently of IA. The case in point is that governments can be ousted by people's vote – and independent agencies can not.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. *Tales of Topographic Oceans*: O lugar das entidades administrativas independentes no nosso Estado (ainda democrático). II. *The Great Divide*: Entidades administrativas independentes nos domínios político e económico. III. *Altered States*: Outros fundamentos para a criação de entidades administrativas independentes. IV. *The Grail Quest*: A legitimidade das entidades administrativas independentes. V. *Der Durchbruch*: Legitimidade constitucional da atividade das entidades administrativas independentes. Conclusões.

### INTRODUÇÃO

A área da regulação económica, para efeitos diversos tratada em conjunto com a regulação não-económica (social e política), tem vindo a ser progressivamente sonogada aos mecanismos representativos com a criação de entidades ditas “independentes” (do poder político), que concentram em si os poderes tradicionais do Estado: “legislar” (i.e.: aprovam normas), executam políticas, julgam conflitos e punem o desvio aos seus comandos gerais ou individuais, sob controlo *formal* dos tribunais e sob o *indirizzo* – as mais das vezes opaco – do poder político do momento, ou de interesses supranacionais.

Além de apoiado numa tendência internacional, tal movimento de “desagregação sectorial do Estado” – um equivalente não-territorial do Federalismo<sup>1</sup> – beneficia de boa imprensa, que trata os reguladores como se fossem a “pedra filosofal” da eficiência económica. E – como se viu do *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, assinado por representantes nacionais, da Comissão Europeia, do Banco Central Europeu e do Fundo Monetário Internacional, para viabilizar o acesso de Portugal à ajuda externa – merece igualmente o empenho dos interesses supranacionais<sup>2</sup>. Não

1 Como afirma Frison-Roche, 2006: 54

*“Dès l’instant que l’on affirme, plus particulièrement pour certaines Autorités administratives indépendantes, notamment les Autorités en charge de la régulation d’un secteur économique, qu’elles exercent les trois pouvoirs, le pouvoir normatif (législatif), le pouvoir d’application particulière (administratif) et le pouvoir de sanction et de règlement des différends (juridictionnel), les Autorités sont instituées comme des sortes de petits Etats sectoriels, en quasi-lévitacion par rapport à l’Etat traditionnel à la fois unifié et conçu sur la séparation des pouvoirs.”*

2 No ponto 7.21. da versão portuguesa do Memorando, dispõe-se o seguinte (entre parêntesis retos vai a indicação do trimestre e ano de verificação do cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado português):

*“Garantir que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades. [T1-2012] Nesse sentido:*

*i. Elaborar um relatório independente (por especialistas reconhecidos internacionalmente) sobre as responsabilidades, recursos e características que determinam o nível de independência das principais ARN. O relatório indicará as práticas de nomeação, as responsabilidades, a independência e os recursos de cada ARN em relação à melhor prática internacional. Abrangerá igualmente o âmbito da actividade dos reguladores sectoriais, os seus poderes de intervenção, bem como os mecanismos de coordenação com a Autoridade da Concorrência; [T4-2011]*

*ii. Com base no relatório, apresentar uma proposta para implementar as melhores práticas internacionais identificadas, a fim de reforçar a independência dos reguladores onde necessário e em plena observância da legislação comunitária.” [T4-2011]*

Assumindo que o objetivo das medidas pactuadas é a melhor prestação da economia nacional, não é inteiramente evidente em que medida é que o reforço da independência dos reguladores pode contribuir para isso. Será porque se suspeita de proteção política governamental aos “campeões nacionais” (PT, EDP, Galp, etc)? E se for isso, porque é que os reguladores não farão o que é suposto o Governo fazer? Será que, por exemplo, a CGD é pior tratada pelo Banco de Portugal do que pelo Ministério da Economia? E como é que – supondo que assim se remove essa (suspeita de) proteção a essas empresas – se melhora a competitividade da nossa economia? A Grécia, por exemplo, era apontada como o país em que as nomeações para as autoridades independentes eram menos politizadas (cfr. *infra*, nota 18) – ao contrário do que acontece nos EUA, onde são claramente políticas. E no Japão, como lembrava Nazaré, 2004: 537, “*não há reguladores!*”. Será que os reguladores são necessariamente mais competentes, ou menos permeáveis a interesses privados, do que o Governo? E porquê, se – mesmo tirando a Grécia – há larga consonância entre o pessoal dirigente de uns e outro? Ou será porque, mesmo quando sob um (entre nós ilusório) manto da independência, os reguladores são a *longa manus* do Governo? E se for isso, porque é que deixando de ser essa *longa manus* a *performance* da economia nacional há-de melhorar? Serão os Governos um fator de atraso económico? Respostas adiante, mas conformes à advertência de Rodrik, 2011: “*a escolha entre um critério democrático nacional e uma restrição externa nem sempre corresponde a uma escolha entre boas e más políticas*” (cfr. *infra*, nota 127).



é uma surpresa: o “método funcionalista de integração” resulta ainda melhor quando os hodiernos equivalentes da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (nas telecomunicações, energia, transportes, e em outros sectores-chave da economia de cada Estado-membro) não têm existência formal. No que segue, meras pancadas de Molière para a reabertura de uma discussão sobre as “entidades administrativas independentes” (segundo a terminologia constitucional), equaciona-se o seu lugar na estrutura do Estado (Capítulo I), abordam-se os seus alegados fundamentos (Capítulo II) e enunciam-se justificações alternativas para a sua criação (Capítulo III). A seguir, ecoa-se uma tentativa de re-legitimação dessas entidades administrativas independentes – que, no entanto, se descobre maioritariamente inadequada para as criadas pelo nosso legislador (Capítulo IV), reconhecendo-se que estas, em contrapartida, estão dotadas de (uma quase singular) legitimidade constitucional expressa – sem embargo da subsistência de problemas constitucionais na sua atuação (Capítulo V).

As Conclusões, não refazendo abreviadamente o mesmo percurso, centram-se no sentido político da moda regulatória – e pretendem alertar para as suas menos evidentes implicações.

---

De resto, análogas interrogações poderiam ser dirigidas às prioridades definidas nos pontos 5.33. “Adoptar medidas destinadas a liberalizar o acesso e o exercício de profissões reguladas desempenhadas por profissionais qualificados e estabelecidos na União Europeia.”, e 7.19. “O Governo eliminará as golden shares e todos os outros direitos estabelecidos por Lei ou nos estatutos de empresas cotadas em bolsa, que confirmam direitos especiais ao Estado [final de Julho de 2011]” (Sobre estas, que Silva, 2008: 83, vê ao serviço do mesmo interesse público que justifica a criação das Autoridades Reguladoras Independentes, v. infra, nota 10). Parece, assim, ser possível distinguir dois tipos de medidas no Memorando: as que visam o reequilíbrio das contas públicas e reabilitação da economia nacional, e as que, não tendo efeitos, nem imediatos nem diferidos, nessas *performances*, visam compensar os “salvadores”. Já no sentido de que um programa de privatizações como o imposto pelo Memorando pode bem ser contraproducente (“*Privatisation can help when the problem is one of liquidity. If the problem is one of solvency, privatisation will only make matters worse, especially if it has to be done at distressed prices*”) alertara Gros, 2011. E no sentido de que corresponde essencialmente aos interesses dos credores, na medida em que, feito sob pressão, não permite lograr nenhuma das suas possíveis justificações – o aumento da eficiência económica e a maximização do encaixe financeiro – se pronunciaram já, na arena pública, numerosos políticos e comentadores. Já com o súbito *downgrade* da notação da dívida portuguesa para “lixo” (Julho 2011), o choque entre a soberania do mercado – traduzida nos critérios económicos (e não também “independentes”?) das agências de *rating* – e o valor político essencial da defesa dos interesses nacionais se tornara evidente.

## I. TALES OF TOPOGRAPHIC OCEANS: O LUGAR DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES NO NOSSO ESTADO (AINDA DEMOCRÁTICO)

A legitimidade democrática e constitucional dos poderes administrativos encontra-se na sua subordinação ao Governo – definido no artigo 182.º da Lei Fundamental como “o *órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da Administração Pública*”.

Porém, as entidades administrativas independentes – que a lei ou decreto-lei podem criar (e têm vindo abundantemente a criar, tanto nos termos do atual n.º 3 do artigo 267.º da Constituição [CRP], como antes dessa credencial) – escapam *formalmente* ao controlo e direção do Governo<sup>3</sup>. Tendo em conta que tais entidades podem ter (e normalmente têm), a mais de poderes executivos, também poderes normativos e, ou, judiciais ou para-judiciais<sup>4</sup>, a questão da legitimidade do que nalguma doutrina e jurisprudência americana se designa o “quarto poder”, resultante da concentração dos três poderes do Estado em entidades que não respondem eficazmente nem perante o Parlamento nem perante o Governo, e só limitadamente respondem perante os

---

3 Se o critério da *administração direta* do Estado está no vínculo hierárquico, e o da *administração indireta* na relação de tutela, a verdadeira *administração independente* não é nem uma coisa nem outra: seria “a *Administração intraestadual prosseguida por instâncias administrativas não integradas na Administração direta do Estado e livres da orientação e da tutela estadual, sem todavia corresponderem à autodeterminação de quaisquer interesses organizados*” - Moreira, 1997: 127. Sublinhando que “A *independência em relação ao Governo significa independência face ao Parlamento e, por conseguinte, corte da relação de legitimidade democrática*”, e apontando o consequente “*deficit de legitimidade democrática e de accountability pública*” das AAI (Autoridades Administrativas Independentes), ver Maças, 2006: 25. Por seu lado, Ferreira & Morais, 2009: 29-30, levantam objeções à denominação por se posicionarem já no movimento de refluxo da “*independência*” face aos “*órgãos com legitimidade democrática directa*”, designadamente os Paramentos.

4 Neste exato sentido, Ferreira & Morais, 2009: 31. Como escreveu Frison-Roche, 2006: 102, louvando-se na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,

*“C’est la forme, voire l’effet, du pouvoir exercé qui donne la qualification de l’organe qui le manie. Ce raisonnement à la fois trivial et téléologique, assez étranger à l’esprit français, mais qui s’impose désormais, conduit à considérer que les Autorités administratives indépendantes sont tantôt des organes d’administration, tantôt des organes de juridiction, suivant le type de pouvoir que, dans un cas concret, elles exercent. Cela engendre un certain désordre car la catégorie juridique devient par nature changeante, mais cette complexité nouvelle doit être intégrée. Ainsi, lorsque la matière civile ou la matière pénale sont en jeu, c’est en tant qu’elles sont des tribunaux, au sens européen du terme, que les Autorités administratives indépendantes doivent aménager les garanties liées au procès équitable et à la juridiction impartiale.”*

A mesma A. refere adiante (2006: 102-103) que essa conceção foi *internalizada* na ordem jurídica francesa: “*La jurisprudence du Conseil d’Etat a évolué pour reconnaître que «au sens du droit européen», les Autorités administratives indépendantes constituent des tribunaux lorsque des sanctions sont prononcées*”. Recusando estatuto “*parajudicial*” ou “*quase-judicial*” à atividade das autoridades reguladoras, Pinto, 2005: 195-196 e 200.

tribunais (que só fazem um controle de legalidade da sua atuação), levanta, pelo menos, dois tipos de problemas<sup>5</sup>:

– por um lado, as ditas entidades administrativas independentes, justamente por se furtarem ao poder de direção formal do Governo, e embora mantendo a sua legitimidade constitucional, ficam destituídas de legitimidade democrática, só podendo invocar uma – de resto nem sempre efetiva – legitimidade técnica ou procedimental<sup>6</sup>;

– por outro lado, considerando a amplitude da transferência de poderes (normativos, executivos e para-judiciais) para essas entidades (e o inerente desvio de recursos), bem como o paralelo esvaziamento de poderes do Governo em benefício de entes supranacionais e regionais, o órgão supremo da Administração Pública – que a Constituição determina que o Governo seja – torna-se, de facto, cada vez mais supletivo.

Assim, um traço característico da regulação económica<sup>7</sup> – que, muito curiosamente, não tem sido defendido pelos seus próceres – é o retorno ao modelo do Governo não-interventor, ou seja, ao *apartheid* das esferas do económico

5 Apontando essa concentração de poderes como um outro problema de legitimidade das ARI (Autoridades Reguladoras Independentes), ver Maçãs, 2006: 26. Num sentido algo diferente, Frison-Roche, 2006: 54

*“La rupture peut s’analyser à deux niveaux. Le premier vise en soi cette alliance d’une unicité de tous les pouvoirs en attaque à l’unicité de l’Etat. Le second s’étudie par rapport au déséquilibre possible non plus en soi mais parce que d’une part les contrepoids démocratiques n’existent pas et que d’autre part les contrôles exercés hors du principe hiérarchique de l’exécutif sont trop faibles. C’est donc le fait d’indépendance, c’est-à-dire un fait institutionnel commun à toutes les Autorités, qui constitue la rupture politique. Cela justifie plus fortement de penser les Autorités administratives indépendantes comme une catégorie unifiée.”*

6 No estudo que fundamentou a apresentação de um projeto de Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes, Moreira & Maçãs, 2003: 251-252, aconselhavam “densificar as formas de responsabilidade política, a fim de evitar que a pretexto de se tentar corrigir as deficiências da Administração democrática, estejamos a alimentar a criação de uma Administração “ademocrática”, assente na hipertrofia da legitimação técnico-profissional, das elites especializadas, que acaba por não responder perante ninguém”.

7 Uma definição substancial de regulação (económica, mas suficientemente genérica para englobar outro tipo de regulação) é a de Alan Stone, retomada por Viscusi, Vernon & Harrington, 2000: 298, “Regulation is the use of [the power to coerce] for the purpose of restricting the decisions of economic agents.” Entre nós, Ferreira & Morais, 2009: 22, cunharam uma definição igualmente indiferente à forma da intervenção do Estado: “desenvolvimento de processos jurídicos de intervenção indirecta na actividade económica produtiva (...) incorporando algum tipo de condicionamento ou coordenação daquela actividade e das condições do seu exercício, visando garantir o funcionamento equilibrado da mesma actividade em função de determinados objectivos públicos.”

Para a proposta de um conceito técnico (e formal) de “regulação”, entendida, na sua forma mais perfeita, como uma atividade de criação de normas com eficácia externa, adjudicação de conflitos na sua aplicação e sancionamento do seu incumprimento quando a cargo de uma entidade desinserida da pirâmide administrativa cujo vértice é o Governo, ver Calvete, 2009: 73-95. Aparentemente nesse mesmo exato sentido, Ferreira, 2001: 396-397, e 2010: 34-35.

e do político: a requerida independência e competência técnica das entidades reguladoras, a sua alegada blindagem aos ciclos eleitorais, a proclamada natureza neutra da sua intervenção, o próprio apelo a uma “co-regulação” ou “auto-regulação”<sup>8</sup>, ou, ao menos, a uma *gestação participada* das regras<sup>9</sup>, não são, afinal, mais do que novos argumentos para evitar (o que só pode ser visto como) *a ação perturbadora do Estado-político*. As invocadas características “técnicas”, “pactuadas” e “neutras” da regulação económica constituem veículos convenientes para o desgraduar das imposições de interesse público<sup>10</sup>. Como escrevia já em 1969 Rogério Soares, “*Partindo da sociedade despoliticizada por-*

8 Nos termos do artigo 9.º dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, “*A ERC deve promover a co-regulação e incentivar a adopção de mecanismos de auto-regulação pelas entidades que prosseguem actividades de comunicação social e pelos sindicatos, associações e outras entidades do sector.*”

9 Nas disposições que consagram os poderes regulamentares das entidades administrativas independentes, há, por vezes, referência à submissão ao princípio “*da participação*”, como é o caso do artigo 11.º dos Estatutos do ICP – ANACOM (Autoridade Nacional das Telecomunicações), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, e do artigo 62.º dos Estatutos da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro. Ver também a previsão do “*Procedimento geral de consulta*” no artigo 8.º da Lei das Comunicações Eletrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro), e o disposto no artigo 23.º dos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de Abril. Reconheça-se, porém, que em face de normas como as dos artigos 117.º e 118.º do Código do Procedimento Administrativo, a própria intervenção da administração pública – direta, indireta ou autónoma – está agora mais sensível à advocacia dos interesses tutelados. Nas palavras de Catarino, 2010: 82, teríamos “*relações normativadas decorrentes não de uma vertente política ou programática (top-down), mas de um sistema económico e social participado concreto (bottom-up)*”. Sobre o recurso pelas Autoridades Reguladoras Independentes a “*fórmulas informais informativas, assim como ao diálogo*”, que pela “*ausência de expressão jurídico-formal dessa actuação, além de constituir potencial fonte de agressão para os direitos e garantias dos administrados, tende a favorecer uma actuação pouco transparente e a facilitar a captura das ARI pelos interesses económicos instalados.*”, v. Maças, 2006: 39-44.

10 Em consonância com uma tendência generalizada de “desfiguramento” do Estado, como o notou entre nós Carreira, 2005: 126: “*A integração na UE, a adopção do euro, a liberalização mundial do comércio, a restante globalização e a transferência interna de poderes para as regiões, as autarquias e as entidades reguladoras, tornam-no uma pálda sombra do que foi noutros tempos.*”

A já consumada abdicação das *golden shares* nas poucas empresas estratégicas que restavam à economia nacional, por imposição do acordo com a *troika* referido na nota 2 (não imposta a Estados-membros menos necessitados – em 2005 estavam identificadas 141 empresas em que os Estados-membros mantinham esse tipo de direitos especiais, e a desconformidade destes com o Direito da União depende da sua específica configuração, sendo admissíveis quando sujeitos a um *quádruplo* teste de proporcionalidade: serem não-discriminatórios, visarem interesses legítimos dos Estados-membros, serem adequados à realização destes, e não excederem o necessário para os realizar), é mais um passo na capitulação do “político” (interno) perante o “económico” (externo). Uma recente avaliação equilibrada dos interesses em jogo nesta matéria encontra-se, entre nós, em Silva, 2008: 69-85.

De resto, o próprio legislador nacional entendeu, na 2.ª alteração à Lei n.º 11/90, de 5 de Abril (Lei-Quadro das Privatizações), que podia reintroduzir fatores de proteção limitadores do funcionamento livre do mercado, impondo ao Governo, no artigo 3.º da Lei n.º 50/2011, de 13 de Setembro, que, “*no prazo máximo de 90 dias, a partir da entrada em vigor*” dessa alteração, estabelecesse “*o regime extraordinário para salvaguarda de activos estratégicos em sectores fundamentais para o interesse nacional, em observância do direito comunitário.*”

*que não quer ser tocada pela política, que é reserva do Estado, chega-se ao resultado da sociedade apolítica, porque não quer que os seus conflitos assumam através do Estado uma resultante política.”<sup>11</sup>*

A “despoliticização do Estado” – que Rogério Soares fazia equivaler, “segundo a aplicação dos esquemas tradicionais de contraposição do político ao económico”, à “economização da política”<sup>12</sup> – tem, então, nas entidades administrativas independentes<sup>13</sup>, uma “via rápida” especialmente eficaz. Uma tal evolução (ou involução) não passou despercebida aos cultores do Direito Constitucional: de um lado, para Canotilho<sup>14</sup> “basta comparar o modelo clássico de legitimação com os padrões legitimatórios actuais para se concluir que, em último termo, a democracia representativo-parlamentar cede o passo a processos comunicativos, onde não

11 Soares, 2008: 108. O A. concluía aí que tal conduzia a um “novo totalitarismo”, e decorria da “crença, forjada na luta contra o sistema da «iluminação», de que o Estado é uma máquina de constrangimento e opressão ao serviço dum quadro de interesses que não são os da sociedade.”

12 Soares, 2008: 106-107. A sua lição não se perdeu na Faculdade de Direito de Coimbra: Ainda recentemente Silva (2008: 286) escreveu: “os reguladores, nacionais e europeus, são o reflexo da moderna despoliticização\*, vale dizer, do triunfo da economia sobre a política.” (\*Nota suprimida).

13 Utilizamos preferencialmente a terminologia constitucional, mas, sobretudo na incorporação de outros discursos, usamos, também a referência a “reguladores” ou “autoridades reguladoras nacionais”, ainda que não com a mesma extensão conceptual. Em Calvete, 2009, já defendemos uma conceção estratégica da “regulação” e alertámos para a não correspondência biunívoca do perfil institucional “entidade administrativa independente” ao desempenho de tarefas de “regulação”, pelo que os dois círculos podem – mas não têm de – coincidir. Defendemos nessa ocasião duas evidências: i) há entidades administrativas independentes que não são reguladores; ii) a pertinência teórica da autonomização dos “reguladores” (em relação à Administração estadual, regional ou local) passa necessariamente pela sua natureza de entidades administrativas independentes – tal como, *et pour cause*, a autonomia da “regulação” em relação à atividade de normação, vigilância e controlo a cargo de unidades orgânicas dessa Administração (sejam, *vg*, Direções-Gerais ou Institutos Públicos) depende daquela específica origem orgânica: só sendo (organicamente) independente a regulação suscita problemas específicos, e só essa especificidade justifica a sua existência conceptual autónoma.

14 Canotilho, 2010: 101. Segundo este A. (Canotilho, 2010: 101-102), a legitimação democrática enquadrada pela ciência do Direito Constitucional tinha *sujeito* (o povo), *objecto* (o poder estatal), *modos* (institucional-funcional, organizatório-pessoal, material) e *níveis* (lugares de ajuste dos modos de legitimação e seus instrumentos) e a articulação desses modos com esses níveis “*permitia estruturar as dimensões básicas da democracia constitucional parlamentar: (1) a lei do parlamento, com as suas “reservas” e as suas “prioridades”; (2) o princípio da legalidade com vinculação da administração à lei; (3) o princípio da responsabilidade parlamentar do governo; (4) o princípio da estruturação hierárquica da administração e respectivos esquemas de direcção, superintendência e tutela.*”

Na “nova ciência do direito administrativo” o *sujeito* continua a ser o povo – mas é um “povo plural [que] tem como ponto de referência o indivíduo e a sua auto-determinação”, o *objeto* é agora o poder de uma “administração plural e diferenciada” (supranacional, nacional – estadual e não estadual – incluindo autoridades administrativas independentes e entidades privadas com poderes públicos), e há uma “abertura para outros pontos de vista legitimatoriamente relevantes\*: *aceitação, efectividade, justeza, justiça material e procedimental, realização do bem comum e de interesses públicos.*” (Canotilho, 2010: 102, \* Nota suprimida). Neste contexto, a Constituição representa, para o A., um “sistema aberto de democratização e de controlo”, um “sistema normativo de legitimação do poder.” (Canotilho, 2010: 103).

*é a ciência do direito constitucional a responsável pela definição dos princípios básicos da legitimação democrática.*” De outro lado, como também escreveu Otero<sup>15</sup> – invocando Herbert Marcuse e remetendo para Jurgen Habermas – “*a técnica e a ciência desenvolvem hoje uma função legitimadora da dominação, dotadas de uma racionalidade política\* e assumindo-se como ideologia de uma «sociedade totalitária de base racional» \**.” Conjugando, e resumindo: o exercício do poder transfere-se da esfera do político para a esfera da técnica<sup>16</sup> – ou, se se preferir, *a técnica é (um)a nova política.*<sup>17</sup>

Confrontando esse discurso-padrão da defesa dos mecanismos de regulação independente com a panóplia de autoridades administrativas independentes presentes nas diversas ordens jurídicas – mesmo considerando só as dos países mais desenvolvidos –, torna-se evidente, porém, que o leque das justificações dadas para a sua génese, sendo genericamente idêntico, dá lugar a diferentes valorações concretas, na medida em que, não obstante a *reação pavloviana* dos legisladores<sup>18</sup> e a sabedoria convencional das opiniões públicas, a *zoologia regulatória independente* (uma metáfora adequada para os comumente designados *watchdogs*) difere significativamente de país para país<sup>19</sup>. Ou seja, avançando mais um passo: os argumentos convencem em

15 Otero, 2001: 178. (\* Notas suprimidas).

16 Nada o ilustra melhor do que o processo de integração europeia, em que, face aos resultados dos referendos à Constituição Europeia, as opções da classe política já nem sequer são sujeitos a validação popular.

17 Para Catarino, 2010: 51, a criação de entidades administrativas independentes com funções de regulação deveu-se à necessidade de

“ [...] *uma maior agilidade de actuação da Administração com a fuga aos controlos e procedimentos administrativos hierárquicos e de subordinação tradicionais, e pela partilha de poder correspondente à necessária mediação de interesses do novo Estado burguês complexizado e crescente. Finalmente, a salvaguarda da imagem dos Governos perante a opinião pública, em sectores sensíveis, promoveu a substituição de uma intervenção declaradamente política por uma intervenção supostamente “técnica”, o que determinou um mecanismo de criação de instituições que, não se afastando da órbita do Governo, ainda assim apareçam como sendo dele independentes.*”

18 Na esteira de um artigo de Hood e Lodge de 2005, Catarino, 2010: 49-50, explica-a como resultado da “*falta de uma cultura regulatória geral nacional ou de comunidades epistémicas [que] leva ao mimetismo ‘transnacional’ ou cross-nationality das respostas a um determinado estímulo, embora raramente esta interacção ou ‘olhar para o outro’ se manifeste entre reguladores internos ou nacionais (cross-domain)*” – uma passagem que já citámos em Calvete, 2009: 75, nota 3. Cfr. infra, nota 100, e, na mesma obra de Catarino, 2009: 49 e 50 (notas 35 e 36) 82, 94, 165 (e nota 328), 236 (nota 91) e 243 (nota 108).

19 Por exemplo: não obstante as razões invocadas “para a existência de regulação pública (relativamente independente)” para “*as actividades do abastecimento de água às populações, do saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos*” (v. Silva, 2009: 578), no quadro da União Europeia só existem reguladores num terço dos países (Bélgica, Bulgária, Eslováquia, Itália, Letónia, Lituânia, Portugal,

todos os países, mas não convencem da mesma maneira nos diversos países. Assim, pode certamente presumir-se que *se a técnica é a nova política, é também, sempre, o argumento de uma certa política.*

E o mesmo se poderia dizer, *mutatis mutandis*, de dois outros processos que coexistem com o da “*independência regulatória*”, e que revelam a mesma aversão de fundo às especificidades da intervenção estadual: o da privatização de empresas públicas, ou de participações públicas em empresas privadas, por um lado – e, por outro, o da “*fuga para o Direito privado*”<sup>20</sup>, que Garcia, com boas razões, teme seja movida “*consciente ou inconscientemente*”, pelo “*desejo de abandono do Direito pelo Estado e sua Administração*”<sup>21</sup>. No mesmo sentido,

---

Reino Unido e Roménia. Sobre o *Comitato per la Vigilanza sull'uso delle Risorse Idriche* italiano e o *Director General of Water Services* [OFWAT] britânico v. Moreira & Maças, 2003: 89-91 e 95-97. Um panorama internacional do sector pode ver-se agora em Marques, 2011, que refere [p. 301] que a regulação não depende da natureza pública ou privada dos operadores: “*O exemplo mais elucidativo diz respeito à Austrália, onde os SAS [Serviço de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais] são, por norma, públicos (propriedade e gestão) e, por lei, a implementação da regulação independente é obrigatória.*”)

De modo idêntico, a primeira (assim designada) autoridade administrativa independente francesa (a *Commission nationale de l'informatique et des libertés*) foi criada em 1977 por proposta do Senado quando “*le ministère de l'intérieur envisageait de centraliser les bases de données des services de police*”, e o *Conseil de prévention et de lutte contre le dopage*, criado em 1998 (e transformado em 2006 em *Agence Française de Lutte contre le Dopage*, tornando-se a quarta entidade dotada de personalidade jurídica própria – sob a designação genérica de “*autorités publiques indépendantes*” –, depois da *Autorité des Marchiers Financiers*, da *Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles* e da *Haute Autorité de Santé*, e depois de a *Commission de Régulation de l'Énergie* ter perdido, em 2005, esse estatuto, que obtivera em 2004), adquiriu esse figurino por causa da invocada “*nécessité de voir exercer un pouvoir disciplinaire en toute indépendance du pouvoir politique*” – preocupações que não pesaram de modo idêntico na generalidade dos restantes países da UE. Cfr. o relatório referido na nota 10, trechos acessíveis em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17> e <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-15.html>.

Na Grécia existem, entre as mais, uma autoridade para assegurar o segredo das comunicações, uma outra para escrutinar as nomeações para cargos públicos (uma das razões para a despolíticação das nomeações para a direção das entidades administrativas independentes, sendo a outra a obrigação constitucional de os nomeados serem reconhecidamente competentes na área – <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-14.html>), e uma outra para superintender os jogos de azar (sendo que para este último efeito também existem entidades análogas na Bélgica, Suíça e Lituânia) – Cfr. <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17>.

Para um panorama das entidades administrativas independentes na Europa e América do Norte, v. os estudos sob a direção de Pontier, 2006.

20 Sobre a origem da expressão, Garcia, 2001: 345. Distinguindo essa “*fuga para o direito privado*” da regulação pública por entidades independentes, por nesta ir implicada, apenas, “*uma alteração na disciplina normativa da regulação que, continuando pública, já não é estadual*”, Pinto, 2005: 162 – no mesmo sentido, aliás, de Otero, 2001a: 38.

21 Garcia, 2001: 346, muito embora veja essa forma de intervenção do Estado como distinta da que opera dentro das balizas fixadas pelo Direito Público apenas por causa da “*ausência de norma expressa atributiva de competência e, porventura, [da] falta de um procedimento formal com vista à tomada de decisão.*” – Garcia, 2001: 352. O recurso do Estado ao Direito privado seria, então, uma forma de o “*libertar*”. No quadro das tendências paralelas que se identificaram, é provável que seja antes uma forma de mais e melhor o cercar.

aliás, concluiu Maçãs<sup>22</sup> que o Direito das entidades reguladoras era “*caracterizado pelo apagamento da racionalidade jurídica em favor da racionalidade funcional e técnica, o que significa, em última instância, o privilegiar da eficácia em detrimento das garantias inerentes ao Estado de Direito.*”

## II. THE GREAT DIVIDE: ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES NOS DOMÍNIOS POLÍTICO E ECONÓMICO

É consensual a existência de dois tipos de entidades administrativas independentes nos “*sistemas administrativos fechados*”: as que são “*incumbidas da protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos*” e as “*reguladoras da economia de mercado*”<sup>23</sup>. Quanto às primeiras, a independência em relação ao Executivo constitui o seu fundamento prioritário<sup>24</sup>. De entre essas, as que mais facilmente se autonomizam são as que interferem no jogo político: de facto, dependendo a sua criação de uma decisão legislativa (se é que não constitucional) é

---

22 Maçãs, 2006: 48. A A. mencionara antes duas outras formas de atuação das autoridades reguladoras que caberiam no mesmo quadro coerente de *desjudicialização* e de *expropriação de competências jurisdicionais*: a atribuição de poderes arbitrais às autoridades administrativas independentes (que a A. admite que suscitem dúvidas sobre a “*violação da reserva constitucional dos tribunais quanto ao exercício da função jurisdicional.*” – p. 46), e “*A fuga para meios extrajudiciais de resolução de conflitos*”, em que o “*O tempo inevitável da tramitação do processo faz desejar outras soluções, eventualmente menos correctas do ponto de vista jurídico, mas mais eficientes no plano económico ou mesmo pessoal.*” – Maçãs, 2006: 47).

23 Cardoso, 2002: 540. (O A. refere os “*sistemas administrativos fechados*” por contraste com os “*sistemas administrativos abertos*”, anglo-saxónicos, “*mais acolhedor[es] de estruturas administrativas não integradas no poder executivo strictu-sensu.*” – idem, p. 539, sic.) No mesmo sentido, ver Maçãs, 2006: 24, e o Relatório do Senado francês referido na nota 14, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-13.html>.

24 Em rigor, só das que avaliam e decidem de pretensões de defesa de direitos fundamentais *dirigidas contra o Estado* (como é o caso da atividade da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos – infra, nota 28; da Comissão Nacional de Objeção de Consciência - infra, nota 33; da Comissão Nacional de Proteção de Dados - infra, nota 29). Se a pretensão de tutela avançada dos direitos fundamentais for dirigida contra outras entidades, públicas ou privadas, a suspeita de parcialidade do Estado não tem razão de ser, não sendo álibi para a criação ou justificação de entidades independentes.

Na verdade, como se diz a seguir no texto, o argumento parece dever ser ainda mais delimitado: no núcleo duro da separação institucional e da atribuição de um estatuto de independência – até constitucional – a certas entidades, parece estar a intenção de garantir a imparcialidade no acesso aos mecanismos de controlo do Estado (evidentemente, para impedir que aquela fração política que num certo momento o controla, se perpetue no poder distorcendo tais mecanismos). Isto é: para evitar que os titulares do poder do Estado o possam mobilizar em desfavor dos seus rivais.



fácil reunir o consenso das forças políticas para as retirar da órbita das que momentaneamente exercem o poder. É indiscutivelmente assim para as entidades que organizam e superintendem nos processos eleitorais<sup>25</sup>, para as que regulam o acesso à comunicação social e, ou, a sua imparcialidade<sup>26</sup>, e para as que nomeiam e avaliam os titulares do poder judicial<sup>27</sup> – como também pode ser assim para as que controlam o acesso a documentos administrativos<sup>28</sup>, ou a bases de dados<sup>29</sup>, ou a cargos de nomeação política, ou à função pública<sup>30</sup>. Exigências de imparcialidade podem concitar consenso entre as diferentes forças políticas, também, quando estejam em causa questões éticas<sup>31</sup>, ou o exercício de uma pretensão dirigida ao Estado (como quando se pretende o

---

25 Entre nós, a Comissão Nacional de Eleições (CNE), criada pela Lei n.º 71/78, de 27 de dezembro.

26 Entre nós, a ERC, criada pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, com habilitação no artigo 39.º da CRP, alterado pela revisão constitucional de 2004. Sucedeu à Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACCS), introduzida na revisão constitucional de 1989.

27 Entre nós o Conselho Superior da Magistratura (CSM), o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (CSTAF) e o Conselho Superior do Ministério Público (CSMP), todos com previsão no texto constitucional (artigos 217.º, 218.º e 220.º, respetivamente).

28 Entre nós, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA), prevista nos artigos 25.º e segs. da Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, que regula o acesso a esses documentos.

29 Entre nós a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD – Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e Lei n.º 43/2004, de 18 de agosto), com habilitação constitucional expressa no n.º 2 do artigo 35.º da CRP.

30 Por vezes, até com consagração constitucional, como na Grécia: segundo o disposto no artigo 103.º, n.º 7, da Constituição helénica, introduzido pela revisão de 2001, *“Engagement of servants in the Public Administration and in the wider Public Sector, as this is defined each time, (...) shall take place either by competitive entry examination or by selection on basis of predefined and objective criteria, and shall be subject to the control of an independent authority, as specified by law.”* Em conformidade, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 13.º do Código dos Funcionários Públicos, aprovado pela Lei 2683/1999, “os procedimentos de contratação são realizados por uma autoridade administrativa independente”. O *Supreme Council for Civil Personnel Selection* foi instituído pela Lei 2190/1994 e está presente na internet em <http://www.asep.gr/asep/site/home/customEnglishVersion.csp>.

Um órgão com estas características (Conselho Superior da República) foi proposto no Projeto de Revisão Constitucional n.º 1/XI (2.ª) de iniciativa do PSD (*DAR II série A*, n.º 2/XI/2, Suplemento, de 17 de setembro de 2010, artigos 276.º-A e 276.º-B). Veio a concretizar-se na criação, pelo XIX Governo Constitucional, da Comissão de Recrutamento e Seleção para a Administração Pública.

31 Criado pela Lei n.º 14/90, de 9 de junho, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida é um órgão consultivo independente que funciona junto da Assembleia da República, nos termos do regime jurídico aprovado pela Lei n.º 24/2009, de 29 de maio.

acesso a certos tratamentos médicos<sup>32</sup>), ou contra o Estado (como quando se pretende a dispensa de certas obrigações de cidadania<sup>33</sup>).

Pelo contrário, no domínio económico as necessidades de independência da entidade com poderes de supervisão ou regulação *não* são um imperativo endógeno, nem um fim em si. Trata-se antes, diz-se, de corrigir insuficiências do mercado ou de abrir caminho para a criação deste<sup>34</sup>. Há aqui uma dimensão adicional porque, mesmo que o problema que origina a necessidade de “regulação” económica fosse sempre (e fosse só) a existência de *falhas de mercado* (ou a inexistência deste)<sup>35</sup>, a criação de entidades administrativas independentes não seria a sua única solução. Se não há mercado, se o mercado não pode funcionar eficientemente – ou se o funcionamento do mercado, mesmo eficiente, não gera as soluções socialmente desejáveis<sup>36</sup> (o que

---

32 É assim no Reino Unido para o uso de terapêuticas mais caras. Algumas das atribuições deliberativas do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (previstas no artigo 30.º na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho) parecem relevar desta preocupação: é o caso da “*implementação das técnicas de PMA no Serviço Nacional de Saúde*”, ou da “*utilização das técnicas de PMA para selecção de grupo HLA compatível para efeitos de tratamento de doença grave*.”

33 É o caso da Comissão Nacional de Objeção de Consciência (CNOc), prevista na Lei n.º 7/92, de 12 de maio, e no Decreto-Lei n.º 191/92, de 8 de setembro. Apesar de o Serviço Militar Obrigatório ter sido suspenso em 2004, a Comissão continua a funcionar (agora na orgânica do Instituto Português da Juventude).

34 Ferreira & Morais, 2009, p. 23, distinguem “*dois corpos normativos na regulação*”: um apostado em obter “*equilíbrios entre valores de mercado e outros valores correspondentes a interesses públicos*” e outro orientado “*para a promoção de valores de mercado e de abertura de determinados sectores económicos à concorrência*”. A “*regulação para a concorrência*” está associada em muitos casos, mas não necessariamente, à privatização de empresas públicas monopolísticas. Para os mesmos AA. (Ferreira & Morais, 2009: 23), trata-se do “*corpo no presente mais dinâmico*”.

35 Para ilustração, vejam-se as lições inaugurais dos dois primeiros cursos de pós-graduação em Regulação Pública do CEDIPRE, a cargo, respetivamente, de Leite (2004: 494-495) e de Nazaré (2004: 520). Como notou Sanches, 2008: 73, e nota 126, muito embora o conceito de falha de mercado possa ser “*utilizado a título de justificação da regulação como modo especial de intervenção do Estado na economia*”, elas “*servem, em termos gerais, para justificar a oferta de bens públicos*.”

O recurso prioritário ao argumento das “falhas de mercado” é, muito provavelmente, uma herança dos primeiros trabalhos sobre a matéria. Como escrevia Peltzman, 1993: 818, no início dos anos 60 do século passado “*the field derived its main energy from the normative economics of marginal cost pricing. The proper role of government was to correct the private market failures that prevented attainment of marginal cost pricing. Applied economic analysis of regulation was then largely descriptive, and its main tendency was to show how the regulatory institutions constrained departures from marginal cost pricing*.” A principal causa desse afastamento – a principal “falha de mercado”, portanto – era devida aos monopólios. Ora, como o A. referia (Peltzman, 1993: 818-819), “*The prime examples of natural monopoly were supposed to be the public utilities. The main role of utility regulators was held to be prevention of private exploitation of the market power that would inevitably flow from natural monopoly cost conditions*.”

36 No mercado de trabalho, por exemplo, ou nos mercados de produtos agrícolas, entende-se que a concorrência livre gera resultados socialmente desadequados.

é coisa diversa da existência de falhas de mercado) –, daí não se segue que se tenham de criar tais entidades como um seu sucedâneo. No domínio económico, mesmo estando posta de parte a assunção pelo Estado da provisão dos bens em causa (como ocorreu em muitos casos no domínio dos designados “serviços de interesse económico geral”<sup>37</sup>), resta ainda, pelo menos, a supervisão e controlo através de serviços integrados na hierarquia da administração direta ou indireta do Estado<sup>38</sup>. Passar diretamente das falhas de mercado para

---

Alguns AA. pretendem ultrapassar a questão distinguindo “regulação económica” – cujo parâmetro seria a “eficiência” –, e “regulação social” – cujo parâmetro seria o “interesse público”, e que, na expressão de Gouveia, 2001: 51, serviria para “a correção dos desequilíbrios causados pelo funcionamento do mercado”. Enquanto a primeira poderia ser “delegada” em entidades administrativas independentes, esta deveria caber ao *Estado-ele-mesmo*. A ser assim, as falhas de mercado podiam ser, de facto, o fundamento da regulação económica (i.e.: da regulação independente), que teria como único objetivo a obtenção da eficiência económica. Além da, também aí referida, dificuldade *prática* em separar as duas, basta compulsar as “missões” atribuídas pelo legislador aos diversos reguladores para constatar que não é essa a sua única função: ao cometer a regulação de um sector a uma entidade administrativa independente, é para ele que, no seu domínio de competências, é transferida a realização do interesse público, quer na obtenção de objetivos económicos, quer sociais. Nesse mesmo sentido, cfr. o disposto no artigo 4.º do Projeto de Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes (Moreira & Maças, 2003: 272).

37 Para um inventário das conceções sobre esses serviços, assim designados no artigo 16.º e no n.º 2 do artigo 86.º do Tratado de Roma, na versão consolidada resultante do Tratado de Amsterdão, e no artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, v. Silva, 2008: 247-279; Cadete, 2005: 97-140; Moreira, 2004: 547-563. V. também Gouveia, 2001. A regulação independente fez carreira na esteira da privatização de alguns desses serviços – o que não deixa de ser curioso: tratando-se em muitos casos de monopólios públicos, a dimensão das empresas que lhes sucederam era enorme. Aparentemente, portanto, a transferência das responsabilidades de enquadramento normativo, supervisão e controlo, da esfera empresarial pública ou da Administração direta do Estado para uma entidade administrativa independente, ainda para mais criada *ex novo* e dependente de competências técnicas geradas nos incumbentes, só podia facilitar as condições da sua captura por tais empresas. Confraria, 2010: 47, ao avaliar a conjugação de interesses que determinou a adoção da regulação independente no mercado das telecomunicações na década de 1990, nota que as expectativas dos novos operadores e do operador histórico eram coincidentes: uns e outro esperavam influenciar mais facilmente um regulador independente. *A esta luz, e admitindo que havia um interesse público subjacente na opção do Governo* (o mesmo que justificou a reserva de *golden shares* do Estado nas ditas empresas), *pode ter-se por coerente a solução da “regulação independente” se esta tiver constituído um alibi para o prolongamento subreptício da proteção conferida aos incumbentes nacionais perante a concorrência de empresas estrangeiras* (e que seria mais difícil justificar se as mesmas soluções fossem adotadas por organismos dependentes do Estado). Fernandes Soares (2007: 408-413 e 438-464), dá um retrato da evolução do sector e denuncia acerbamente essa proteção.

38 O que se costuma invocar como argumento (aceitável no quadro das privatizações, mas desadequado no contexto da justificação da opção pela “independência regulatória”) *não é a ineficiência do Estado – é a ineficiência do Estado-produtor*: diz-se que, ainda que se impusesse uma equiparação do preço aos custos, “*que é uma das regras claras da aproximação de situações eficientes (...) não havia mecanismos endógenos de incentivação correcta do lado da gestão dessas empresas*”. – Leite, 2004: 500. Ora, mesmo aceitando que a gestão pública da produção económica implica um sobrecurso em relação à gestão privada, não há argumentário idêntico para justificar, com base na diferença nos custos de regulação por parte da administração direta e da administração independente do Estado, a preferência por esta. Nem poderia haver: por causa das restrições orçamentais que tolfem os serviços diretos do Estado, e das limitações às receitas que podem recolher, sempre se viria a concluir que a administração independente é substancialmente mais

os reguladores independentes, a mais de não explicar a regulação não-económica, envolve, no mínimo, um salto lógico<sup>39</sup>.

Para a situação nacional, Confraria vai até mais longe: considerando, certamente, que “*A correcção de falhas de mercado era já objecto de diferentes modos de intervenção do Estado, designadamente a regulação da empresa pelo próprio Governo, geralmente através do Ministro com a tutela do sector em que se integrasse a empresa regulada*”<sup>40</sup>, o A. conclui que “*a regulação independente é uma forma de dar resposta a um outro tipo de problemas: as falhas e imperfeições inevitáveis em qualquer intervenção do Estado.*”<sup>41</sup> O problema, aqui, é que – como francamente reconhece – “*a regulação independente não elimina as falhas do Estado.*”<sup>42</sup> Nem poderia fazê-lo, já que “*Nada há numa entidade reguladora independente que garanta que não se verificam falhas do Estado na sua actuação.*”<sup>43</sup>

A justificação da criação dessas entidades administrativas independentes com funções de regulação económica devia então depender *não de um*, mas de *dois testes*: numa economia de mercado, o primeiro (que se poderia dizer “*de inclusão*”, e que é sempre invocado – mesmo quando o seu grau de persuasão permanece intestado) seria o da insuficiência ou inadequação do mercado (e que, normalmente, se reconduz ao diagnóstico abstrato das suas “*falhas*”); o segundo (que se poderia dizer “*de exclusão*”, e que poucas vezes é combinado

---

cará – se bem que, com diferentes formas de financiamento, possa economizar dinheiro ao Orçamento do Estado. E está por provar que ela seja também mais eficiente (é certo que pode ter mais qualidade, por ser assegurada com mais meios do que no quadro da Administração direta do Estado – quando for assegurada através de institutos públicos, a cobrança de taxas, de regulação e outras, e a consignação das receitas, proporciona desafoço comparável ao das entidades administrativas independentes –, mas não está demonstrado que o aumento dos custos de supervisão e regulação se repercuta em ganhos líquidos. E onde se repercuta, ou seja presumível que se repercuta em tais ganhos, a administração indireta permite lograr esses benefícios e manter claramente no quadro do *Estado-político* o controlo dos sectores regulados).

39 A supressão desse passo intermédio do que seria uma cadeia lógica de raciocínios – quer no quadro das chamadas “*abordagens normativas, que prescrevem as condições de regulação eficiente*”, quer no âmbito das chamadas “*abordagens positivas, que descrevem o fenómeno regulador em si mesmo e as suas consequências*” (Fernandes Soares, 2007: 20) – é normalmente diluída num pano de fundo que apela para as tendências internacionais (globalização, integração europeia, privatização, crise do Estado-providência).

40 Confraria, 2010: 37.

41 Confraria, 2010: 38.

42 Confraria, 2010: 39.

43 Confraria, 2010: 39. Como escreve na página seguinte, desde que haja poder discricionário do regulador independente, “*embora com menos influência do processo eleitoral, podem verificar-se todas as falhas associadas à intervenção do Estado.*”

com o anterior<sup>44</sup>) seria o da insuficiência ou inadequação da intervenção do *Estado-ele-próprio*<sup>45</sup>.

Naturalmente, há uma situação em que as exigências de imparcialidade que originam a criação de entidades independentes no domínio político (ou social) se reproduzem no domínio económico: quando há interesses contraditórios do Estado, ou quando uma parte do Estado possa ser arregimentada contra outra – e daí que um dos principais argumentos gerais para se defender a criação ou reforço de entidades administrativas independentes no domínio económico seja a alegada obrigação<sup>46</sup> (ou, pelo menos, a conveniência) da

44 Uma exceção é Ferreira, 2001: 397, que – em consonância com a delimitação da regulação pela separação dos entes reguladores do Estado – refere: “*com a regulação [procurou-se] criar uma resposta para aquilo que, entretanto, se tinha apercebido serem as “falhas da intervenção pública”, em que eram especialmente sensíveis a excessiva dependência da gestão do poder político, a inexistência de estímulos significativos à produtividade e o desenvolvimento de burocracias*”.

Pela sua história, a justificação da emergência de autoridades administrativas independentes em França é facilmente reconduzida a uma “inconveniência” da intervenção do Estado-Administração: uma das primeiras foi criada em 1978 por causa da introdução de um número único que se receou poder colocar nas mãos do Governo o acesso restrito às informações sobre o cidadão – daí a criação da *Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés* (CNIL); outra foi a *Haute Autorité de l’Audiovisuelle*, em 1982, sendo a justificação a de que o poder político, mesmo democraticamente legitimado, não garantiria adequadamente o interesse geral; já por trás da criação da Comissão das Operações de Bolsa, transformada em 1996 em *Autorité des Marchés Financiers*, esteve a intenção de garantir um maior respeito pelas regras de Direito, que a indistincção entre os grandes interesses privados e a atuação da administração pública não salvaguardavam. Cfr. Rosanvallon, 2008:129-131.

45 A expressão (que mais não é do que uma forma mais cómoda de o distinguir do *Estado-na-veste-de-entidades-independentes*, que se lhe contrapõe) é análoga à de “*Estado-Pessoa*”, empregue por Morais, 2001: 148-149, ou à de Estado-Administração, utilizada na nota anterior.

46 Feita derivar do Direito da União Europeia. Na verdade, não apenas os “*Ministérios [são] admitidos como entidades reguladoras*” em certas Diretivas (Silva, 2008: 136), como os fundamentos jurídicos invocados para declinar essa suposta necessidade (quando alguns o são) têm uma *ratio* muito mais estreita, dizendo respeito: a situações *em que era o próprio operador no mercado que tinha poderes de regulação*, como no caso que opôs a República Francesa à Comissão, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 19 de março de 1991, processo C-202/88, Coletânea de Jurisprudência 1991, p. I-1223; ou a uma norma da Diretiva 88/301/EEC que impunha que “*Member States are to ensure that, from 1 July 1989, responsibility for drawing up specifications, monitoring their application and granting type-approval is entrusted to a body independent of public or private undertakings offering goods and/or services in the telecommunications sector*”; ou, como no caso decidido em 13 de dezembro de 1991 que opunha a *Régie des télégraphes et des téléphones à GB-Inno-BM SA*, remetido pelo Tribunal de Comércio de Bruxelas ao Tribunal de Justiça para decisão de uma questão prejudicial, processo C-18/88, Coletânea de Jurisprudência 1991, p. I-05941, a uma situação em que, como se escrevia no primeiro ponto do sumário:

*“Articles 3(f), 86 and 90 of the EEC Treaty preclude a Member State from granting to the undertaking which operates the public telecommunications network the power to lay down standards for telephone equipment and to check that the economic operators meet those standards when it is itself competing with those companies on the market for that equipment.*

*To entrust to an undertaking which markets telephone equipment the task of drawing up specifications for such equipment, of monitoring their application and granting type-approval in respect thereof is tantamount to conferring on it the power to determine at will which equipment can be connected to*

separação entre a função reguladora e a intervenção “regulada” do Estado. No plano da regulação económica – que é onde isso faz mais sentido – essa razão só poderia ser válida, porém, para aqueles sectores em que o Estado tem presença nesse mercado, e essa presença mimetiza a de um agente económico privado<sup>47</sup>. Onde, porém, não haja (ou já não haja) presença do Estado, ou, havendo-a, não haja *sobreposição teleológica* de atividades públicas e privadas – quer dizer: onde o sector público não esteja presente ou, mesmo que esteja, não atue no mercado segundo a mesma lógica que pauta o sector privado –, ou onde não haja possíveis conflitos nos diferentes objetivos que cabem no mandato normativo e administrativo do Estado (onde não esteja em causa a credibilidade de longo prazo de compromissos assumidos ou a assumir), a transferência de uma parte desses poderes para uma entidade administrativa independente não pode ser justificada com este argumento<sup>48</sup>.

De resto, em diversos países da Europa continental a desmobilização da Administração dependente do *Estado-central* é rodeada dos maiores cuidados<sup>49</sup>, e a proliferação de entidades independentes minimizada:

---

*the public network and thus gives it an obvious advantage over its competitors which is inimical to the equality of chances of traders, without which the existence of an undistorted system of competition cannot be guaranteed.”*

47 De algum modo, este favorecimento do *Estado-empresário* pelo *Estado-“regulador-directo-ou-indirecto”* (afinal, uma “*relação de agência*” invertida) não se faria sentir se se interpusesse uma entidade reguladora independente entre o Estado e o *Estado-empresário* (entidade reguladora essa que, por sua vez, por razões não mencionadas, estaria convenientemente a salvo de qualquer “*relação de agência*” invertida com o tal inusitado “*principal*” que seria o *Estado-empresário*). Tal como Confraria, 2010: 39, acima citado, também Pinto, 2005: 195, notou o óbvio: “*As autoridades reguladoras, por si só, não separam o Estado regulador do Estado-accionista ou empresário.*”

48 Se a presença no sector se deve a razões diversas das dos restantes agentes económicos (vg., um serviço público de televisão sem receitas publicitárias e com um modelo de programação não-rival do dos operadores privados, um serviço de ensino ou de saúde gratuitos, serviços públicos de transporte vocacionados para compensar custos sociais [de congestionamento, de interioridade, de periferia]), a analogia do “*árbitro e jogador*” para descrever a situação em que havia uma empresa do Estado num mercado regulado por este – e que na origem da legislação e jurisprudência comunitária supunha antes a indissociação *na mesma empresa* das funções de operadora e reguladora – é evidentemente desadequada: a razão da existência de serviços do Estado em sectores que funcionam segundo uma lógica de mercado é – ou devia ser – a necessidade de evitar a exclusão pelo preço que é inerente a essa lógica. O problema que se coloca, então, não é de distorção na concorrência (que se pode admitir que possa caber preferentemente a uma entidade independente arbitrar), mas o da justificação e da delimitação dessa presença supletiva que encurta a dimensão do mercado (o que cabe a uma opção política da sociedade).

49 Apesar de tudo, não tão grandes quanto os que rodeiam a criação de “agências” europeias – cfr. infra, nota 62. Como escreve Scott, 2005: 71-72, “*EU agencies only represent decentralization in the very narrow sense relating to their locations and relationship with the Commission itself. In all other respects, and in particular vis-à-vis the member states, EU agencies are instruments of centralization.*”

– Em França, um relatório do Senado<sup>50</sup> – baseado em estudos dirigidos por Frison-Roche e por Pontier – debruçou-se sobre esse “*objet juridique non identifié*” que se arrisca a aumentar o mal-estar que leva à sua necessidade: “*la création des Autorités administratives indépendantes à la fois restaure la confiance, à l’égard d’un organisme «tout neuf» et sans lien avec un système mal-aimé, mais elle achève en même temps d’accréditer l’idée que ce dernier ne mérite plus considération*”<sup>51</sup>. Por outro lado, constatava que “*Le principe d’indépendance des AAI n’interdit pas qu’un commissaire du Gouvernement soit présent auprès de certaines d’entre elles, afin de permettre à l’Etat de faire valoir ses intérêts fondamentaux. Tel est le cas notamment pour le Bureau central de tarification\*, le Conseil de la concurrence, l’AMF, la CNIL, la CRE, la Commission de sécurité des consommateurs et la CNEC.*”<sup>52</sup> – em consonância, aliás, com a conceção de responsabilização do Governo por estas: “*Le juge constitutionnel range les AAI parmi les administrations de l’Etat dont le Gouvernement, conformément à la Constitution, est responsable devant le Parlement*”<sup>53</sup>.

Mais: desde a lei orgânica relativa às leis de finanças, de 1 de agosto de 2001<sup>54</sup>, “*les autorités administratives indépendantes apparaissent-elles soumises aux mêmes contraintes budgétaires que les services administratifs de l’Etat directement placés sous l’autorité d’un ministre.*”<sup>55</sup> E o Senado recomendava que a atribuição de personalidade jurídica a tais entidades fosse reservada “*aux seules instances dont l’activité se prête à la perception de taxes ou de droits et soumettre l’adoption de ce statut à une évaluation approfondie de ses avantages et inconvénients.*” e que a criação de qualquer nova autoridade fosse precedida “*d’une évaluation déterminant si les compétences qui seraient confiées à cette nouvelle entité ne pourraient être exercées par une autorité existante.*”<sup>56</sup>

50 RAPPORT sur LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES, par M. Patrice GÉLARD, Sénateur, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006.

51 Frison-Roche, 2006: 25.

52 Relatório do Senado francês referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-14.html>. Cfr. infra, nota 125 e texto correspondente.

53 Relatório do Senado francês referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17>.

54 Loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances.

55 Relatório do Senado francês referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-18.html>.

56 Relatório do Senado francês referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-10.html>, recomendações 5 e 7, respetivamente.

– Em Espanha, onde a generalidade da doutrina “*afasta o conceito de independência (demasiado ligado ao inglês independent) em prol de uma noção de “autonomia reforçada” ou qualificada*”, como informa Catarino<sup>57</sup>, “*A actualidade é de contenção na criação destes entes independentes (ou de autonomia reforçada). A sua criação, a partir de 1978, ter-se-á devido em parte à fraqueza do Governo que necessitando de apoio político nas Cortes para obter maiorias qualificadas nalgumas matérias, deixou que lhe retirassem certas matérias*”.

– Até na Alemanha, onde se poderia admitir que a transferência dos poderes de regulação da esfera do Estado-central (do político) para a esfera da sociedade (da economia) menos limitaria a prossecução dos seus interesses nacionais (por se poder admitir que a dominância dos seus interesses económicos manteria um idêntico nível de tutela), há limitações amplas à independência das entidades com poderes de regulação<sup>58</sup>.

Um parâmetro a ter em linha de conta para a avaliação do argumento apresentado é o da “*relational distance between regulators and regulatees*”, uma vez que a criação de reguladores independentes no domínio económico importa normalmente a sua integração em redes formais ou informais de harmonização. Na medida em que a adoção de (do que na gíria se designa como) “*best practices*” implique a transferência do plano de gestão de normas para fora das fronteiras dos Estados, os agentes económicos nacionais perdem capaci-

57 Catarino, 2010: 156, e nota 308. No mesmo sentido, Salvador Martínez (2002: 321), que escreve: “*La «independencia» de las llamadas «autoridades independientes» es relativa.*”, fazendo referência ao exercício pelo Governo de “*una considerable influencia sobre la actividad de la mayoría de las «autoridades independientes»*”. A A. não perfilha, porém, a tese de que a transferência de poderes sensíveis do Governo para entidades independentes constituiu uma forma de os partidos com representação parlamentar centripetarem os poderes daquele (Salvador Martínez, 2002: 264).

58 Como se escreve em Pontier, 2006: 191, “*Au niveau fédéral, la forme juridique la plus courante est celle des Bundesoberbehörden de l’art. 87 al.3 de la Loi fondamentale. Ces autorités n’ont pas la personnalité morale et sont rattachées à l’un des ministères fédéraux, avec un budget particulier dans la nomenclature budgétaire. Le contrôle des actes est théoriquement exercé par le ministre de rattachement.*” (“*Les autres formes utilisées sont celles de l’établissement (Anstalt) de droit public ou de la collectivité (Körperschaft) de droit public.*”) Salvador Martínez, 2002: 169-170, inclui nestas últimas os colégios profissionais, as câmaras de comércio, as instituições gestoras da segurança social, as universidades (enquanto exerçam funções próprias) e as corporações, e nas primeiras as radiotelevisões públicas e as universidades (enquanto exerçam funções delegadas). Para um elenco das “*autoridades da Federação*”, subordinadas aos ministérios (entre as quais se conta o *Bundeskartellamt*), v. Stober, 2008: 352-353.

Salvador Martínez, 2002: 158, refere também que “*Es opinión unánime que todas estos organismos deben someterse a control político para evitar una quiebra del principio democrático*” e que “*el único organismo que disfruta de régimen realmente excepcional es el Bundesbank, el Banco Central, así como alguna otra institución pública de crédito.*” A exposição da A. sobre as “*Funktionale Selbstverwaltungsträger*” – (“*literalmente, instituciones titulares de ‘autoadministración’*”), como refere na p. 141 – contempla cinco diferentes categorias (enunciadas a pp. 156-157), nenhuma das quais correspondente às entidades de hetero-regulação presentes nos outros ordenamentos.



dade de influência na sua determinação. Esse efeito positivo no plano interno – na medida em que esse distanciamento imuniza os reguladores contra a captura pelos interesses regulados puramente internos – tem um reverso menos positivo no plano externo – na medida em que a contrapartida do distanciamento dos agentes periféricos das instâncias de decisão é a aproximação dessas instâncias aos agentes com tendências hegemônicas, aumentando a possibilidade de captura pelos interesses regulados que mantêm as mesmas prioridades nos diferentes palcos nacionais, ou que, pela sua dimensão supranacional, pesam desproporcionadamente no processo compromissório da gestação dessas regras.

A transferência de poderes regulatórios dos *Estados-eles-próprios* para entidades independentes “federáveis”<sup>59</sup> reproduz assim, de um modo particularmente claro, o processo de substituição das agências estaduais americanas por agências federais – que ocorreu sob o impulso, justamente, dos maiores interesses a regular, cerceados que estavam nas suas ambições supraestaduais, não apenas por limitações territoriais de competência dos poderes dos estados federados, mas também por protecionismos e favoritismos locais<sup>60</sup>.

E – como se esse eco do passado não fosse suficiente – Catarino<sup>61</sup>, evoca, na proliferação de reguladores independentes, uma outra (e paradoxal) reencarnação: a do Administrador-Juiz (resultante da concentração dos mesmos poderes que estavam unificados na Administração nacional) nesse novo *super-não-Estado-paralelo* (o *super-não-Estado* das entidades reguladoras independentes irmanadas através das fronteiras nacionais e filiadas pelas entidades políticas ou económicas de topo da União Europeia – um *não-Estado*, porque despolitizado e inapto para fazer prevalecer quaisquer valores que não os de mercado). Quando a evolução do Direito Administrativo consuma a separação e a independência do Jurisdicional em relação ao Executivo, de forma a controlar plenamente a subordinação daquele ao Direito, eis que surge um sucedâneo, no universo regulatório, em que de novo se reproduz aquele sincretismo primordial.

---

59 Remetendo para outros AA., Gonçalves, 2006: 551, fala de “*um certo “federalismo administrativo”\* por via da conversão de estruturas nacionais em administrações desconcentradas da União Europeia e da instituição de sistemas que atribuem uma clara “supremacia funcional” à Comissão Europeia\**” (\* Notas suprimidas).

60 Sobre o ponto, aqui marginal, v. Croly, 1911: 352-356; Gordon, 2005: 237-238; e, entre nós, Catarino, 2010: 96-98.

61 Catarino, 2010: 835-838.

Aliás, tendo em atenção o fenómeno simétrico de criação de agências reguladoras ao nível da União Europeia (eram 29 em 2008), mais se singulariza, pelo absoluto contraste, este incontrolado processo de desarmamento de competências a nível dos Governos nacionais (um movimento descentralizador que, repetido sector a sector, os esvazia de competências, de instrumentos de intervenção e de receitas). É que a filosofia comunitária na matéria, ainda recentemente exposta<sup>62</sup>, é inteiramente avessa a um qualquer similar alijamento de poderes:

*“Agencies cannot be given the power to adopt general regulatory measures. They are limited to taking individual decisions in specific areas where a defined technical expertise is required, under clearly and precisely defined conditions and without genuine discretionary power. In addition, the agencies cannot be entrusted with powers which may affect the responsibilities which the Treaty has explicitly conferred on the Commission.”*

Ou seja: o que é bom para os Estados-membros, não é bom para a União Europeia – e o que é bom para a União Europeia não é bom para os Estados-membros.

### III. ALTERED STATES: OUTROS FUNDAMENTOS PARA A CRIAÇÃO DE ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

Um bom argumento para desaconselhar a entrega da regulação à hierarquia administrativa do Estado que, direta ou indiretamente, culmina no Governo, seria a necessidade de a isolar da teleologia do interesse comum (ou de serviço público) que competiria a este, em todas as circunstâncias, garantir<sup>63</sup>. De

62 Tanto na COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL *European agencies – The way forward {SEC(2008) 323}* (Brussels, 11.3.2008 COM(2008) 135 final), p. 5, como no MEMO/08/159 datado de Brussels, 11 March 2008, p. 2 (este acessível em [www.fsai.ie/uploadedFiles/Legislation/Legislation\\_Update/EU\\_PR\\_agencies\\_wayforward.pdf](http://www.fsai.ie/uploadedFiles/Legislation/Legislation_Update/EU_PR_agencies_wayforward.pdf)). Essa parcimónia quanto à transferência de poderes pode ser vista decorrer da jurisprudência firmada em 1958 pelo Tribunal de Justiça no caso *Meroni v. High Authority* (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61956J0009:EN:PDF>), como defende Geradin, 2005: 219.

63 Entre nós, essa suposta vinculação está sob uma tal pressão de razões de eficiência e rentabilidade, na generalidade das políticas adotadas pelos decisores democraticamente legitimados, que dificilmente se pode continuar a considerar conatural ao Estado. Dá-se até o paradoxo de haver serviços de interesse público a cargo de entidades privadas (vg, telecomunicações, eletricidade, televisão) que são obrigatoriamente assegurados em regiões do País em que os serviços públicos diretamente prestados pelo Estado (vg, ensino básico e cuidados de saúde) deixaram de ser prestados.

Em contrapartida, quando, em dezembro de 2006, a ERSE, no cumprimento da sua missão, aprovou um regulamento tarifário com subidas de 15,7% para os 5,3 milhões de consumidores domésticos, o Governo

facto, não é de excluir que, por exemplo, uma regulação eficiente do mercado de capitais tenha de ser alheia aos valores do interesse público geral. Supondo que o *Estado-ele-próprio* não se pode deles apartar, faria sentido que definisse um conjunto mais limitado de objetivos (*vg*: segurança e sigilo das transações, estímulo da economia, atração de investimentos) e confiasse a sua prossecução a uma entidade imune às pressões contrárias desse interesse público (*vg*: transparência, equidade fiscal, controlo da licitude da origem e destino das movimentações financeiras, solidariedade social). Uma tal especialização funcional não é, contudo, uma justificação genérica – nem seria adequado que fosse, na medida em que faria prevalecer os valores definidos para o funcionamento de cada sector sobre os que estruturam a sociedade no seu todo<sup>64</sup>.

É certo que, nalgumas matérias, esse *outsourcing* dos poderes governamentais tem uma justificação funcional: onde haja a possibilidade de a realização de objetivos económicos julgados ótimos (por exemplo: estabilidade monetária) poder entrar em conflito com outros objetivos igualmente confiados ao Governo (por exemplo: crescimento económico, ou manutenção de níveis de emprego), a transferência dos correspondentes poderes de direção e controlo para uma entidade fora da órbita do Governo resolve um problema de credibilidade<sup>65</sup>. Com o reconhecimento da efetiva independência da entidade administrativa (normalmente testada em condições adversas), os agentes económicos podem reforçar a confiança quanto à consecução dos objetivos que a essa entidade foram confiados, com isso defendendo o Governo quer

---

intervio para fazer valer preocupações sociais (com a inflação e com o poder de compra das famílias), fixando um limite máximo de 6% para esse aumento, com isso provocando a demissão do primeiro presidente da ERSE, Jorge Vasconcelos (que contestou a decisão *por esta não ser sustentada em qualquer lógica económica interna ao sector eléctrico*).

64 Já em 1969 Soares (2008: 101) advertia para esse desfasamento: “A solução sectorial, ainda quando justa, ou, ao menos, conveniente para o conflito entre dois parceiros sociais, é susceptível de comprometer o equilíbrio num domínio mais vasto ou no complexo do agregado social.” Na nota anterior já se fez referência à divergência entre os interesses que cabia à ERSE salvaguardar e os interesses mais amplos a cargo do Governo, e ao modo como este fez prevalecer estes, embora à custa do seguinte juízo público do então presidente daquele regulador, que se demitiu em protesto: “A intervenção governativa no processo de fixação de tarifas de electricidade para 2007 (...) significa, do meu ponto de vista, o fim da regulação independente do sector eléctrico português” - Comunicado citado pela imprensa (*vg*: *Público* de 15 de dezembro de 2006).

65 Uma variante desta preocupação com a credibilidade é a que visa diminuir os riscos regulatórios – e os correspondentes prémios a conceder aos investidores – de certas atividades privadas: sobretudo onde estejam em causa poderes de alteração de tarifas (ou de outras contrapartidas para investimentos privados), ou a delimitação das condições de acesso do público a bens e serviços gerados por esses investimentos, a transferência de tais competências para entidades independentes visa assegurar aos investidores que não serão “expropriados” por Governos populistas, que imponham uma diminuição de ganhos, um aumento de custos ou ambos.

das pressões dos interesses conjunturais, quer de comportamentos oportunistas que, ainda que politicamente vantajosos no curto prazo, lhe trariam mais custos no longo prazo.

A criação de bancos centrais independentes, uma das raízes históricas das entidades administrativas independentes (e o melhor exemplo das recorrentes divergências entre opções de política económica dos decisores políticos e dos reguladores independentes<sup>66</sup>), baseou-se justamente nesse afunilamento teleológico.

Também se alega que, na maior parte dos outros casos em que se criam autoridades reguladoras *nacionais*<sup>67</sup>, independentes do poder político, não são diferentes opções políticas que estão em causa, mas a resolução de questões técnicas<sup>68</sup>, a imunização face ao “*pork barrel*”<sup>69</sup>, e a correção de uma possível miopia política<sup>70</sup>. De igual modo, o apregoadamente necessário isolamento dessas entidades dos ciclos políticos é moeda corrente<sup>71</sup>, ainda que a lógica

---

66 A missão de que normalmente os bancos centrais são incumbidos é o controlo dos preços, ou seja a estabilidade do valor da moeda. Para evitar ou debelar a inflação, recorrem a políticas restritivas (vg, subida das taxas de juro, restrições ao crédito a conceder pela banca comercial, compra de moeda nacional através do mercado cambial, aumento da venda interna de títulos de dívida), com efeitos negativos no crescimento económico, no investimento e no emprego – variáveis que são normalmente mais prioritárias para os governos, sobretudo dos que dependem dos resultados eleitorais. Sobre a eventual não-acomodação destes a essas medidas, veja-se o que se escreve a seguir, em texto.

67 A criação de entidades supranacionais funda-se em considerações em grande medida diversas, mas esse ponto terá de ser aqui ignorado.

68 Neste sentido, ver a “*Declaração de Condeixa*”, in Moreira, 2004: 714 (“*defende-se hoje que a regulação é essencialmente uma questão técnica, devendo estar tão afastada quanto possível da disputa política*”). Confraria, 2005: 138-141, desmistifica essa conveniente ficção.

69 Num recente artigo de Rodrik (2011), a tradução portuguesa empregou “*negociatas*” para verter o original “*log-rolling*”. O “*pork-barrel*” (que se poderia aporuguesar como “*voto limiano*”) é uma designação corrente, mesmo entre nós, para a troca de favores entre representantes do eleitorado, em benefício de interesses específicos. Porém, como nota Catarino, 2010: 79, “*Por muito desejável que seja retirar tais funções out of politics, seria ingenuidade pensar que estas tarefas são puramente técnicas não se prestando a fenómenos de corrupção ou de utilização em proveito próprio (tornando-se mesmo numa espécie de Club Med para alguns agentes político-governamentais).*”

70 No artigo referido na nota anterior estava em causa a limitação temporal das repercussões da atuação regulatória: decisões tomadas no horizonte dos ciclos eleitorais desconsideram os impactos futuros. Daí que se alegue – discutivelmente, para dizer o menos – haver ainda uma justificação de interesse público geral no sacrifício de metas de crescimento económico e emprego, se tal for necessário para garantir a estabilidade monetária. Para exemplos de “*políticas com pequenos benefícios de curto prazo e enormes custos de longo prazo*”, v. Confraria, 2010: 39.

71 Neste sentido, ver a “*Declaração de Condeixa*”, in Moreira, 2004: 714, no pressuposto de que assim se favorece “*a confiança dos agentes económicos quanto à estabilidade do ambiente regulatório, que fica a coberto de mudanças imprevisíveis.*”

do argumento, pelo menos na sua configuração nacional<sup>72</sup>, seja muito duvidosa: as nomeações das entidades reguladoras são feitas segundo os mesmos critérios, políticos ou técnicos, que servem para as escolhas dos dirigentes máximos da administração pública e dos órgãos de soberania<sup>73</sup>, e os ciclos políticos continuam a existir, ainda que desfasados da duração dos governos. Com um mandato (em geral) de cinco anos<sup>74</sup> e uma legislatura de quatro<sup>75</sup>, a não-coincidência entre os ciclos dos responsáveis políticos e os dos reguladores independentes (e a possível divergência de opções determinadas pelas respetivas funções de preferência) pode acentuar-se, mas – tirando casos de renúncia ao mandato por parte do *elo mais fraco*<sup>76</sup> – não é evidente qual o ganho sistémico de o sistema consentir divergências duradouras de orientação na regulação que é alvo de *outsourcing* independente e na intervenção, geral ou sectorial, que o não é<sup>77</sup>. Pelo contrário: a potencial esquizofrenia na utilização dos diferentes instrumentos de política económica constitui um custo adicional – embora *teoricamente* quase desconsiderado<sup>78</sup> – da “*regulação independente*”.

72 Sem qualquer desprimor para os países do Terceiro Mundo (que, por influência internacional, também adotam esse modelo) menos se percebe neles esta fundamentação para a justificação da regulação independente. Com elites estreitas, o recrutamento possível para as entidades ditas independentes decalca necessariamente as escolhas que seriam feitas para os postos cimeiros da administração ou do Governo, não havendo razões para supor que as políticas seguidas numa e noutra veste difiram. Mas aí, sempre se dirá, também não difere o escrutínio público a que uns e outros são sujeitos.

73 O caso nacional mais publicamente evidente desta “circularidade” terá sido a eleição, em 4 de abril de 2007, pela Assembleia da República, de um juiz do Tribunal Constitucional – que renunciou ao mandato em 17 de maio seguinte para se tornar ministro. Sobre o fundamento comum destes Tribunais e das autoridades reguladoras, v. Rosanvallon, 2008: 16 e 22.

Fernandes Soares, 2007: 12, comparando os “*sistemas institucionais português e argentino*” é mais assertivo: “*em ambas as sociedades predominavam relações de mercado demasiado pessoalizadas, que promoviam o favoritismo pessoal, o amiguismo promíscuo. Em ambas, o partidarismo dominava as escolhas. Os agentes reguladores eram nomeados por critérios de lealdade política ou afinidades ideológicas e não por razões de competência ética.*”

74 Por simplicidade, cfr. Moreira & Maças, 2003: 184 (ANACOM), 189 (ERSE), 218 (Banco de Portugal), 223 (CMVM) e 229 (ISP); Cfr. Moreira, 2004: 559-560.

75 Cfr. artigo 171.º, n.º 1 da CRP.

76 Cfr. supra, nota 65.

77 Mesmo quando a independência do regulador não consente intervenção dos decisores políticos nos instrumentos controlados por estes (vg: uma política restritiva na oferta de moeda pelo Banco Central), o poder político tem normalmente meios alternativos de intervenção (vg: uma política orçamental expansionista). Naturalmente, a obstinação em tais desideratos contraditórios só obriga a um uso mais intensivo e extensivo dos respetivos instrumentos.

78 Confraria, 2010: 50, admite francamente que tendo os reguladores “*opções sobre a forma como exercem o seu poder discricionário (...) pode ser vantajoso, do ponto de vista da coordenação da política*

Fala-se igualmente da “Separação entre a política e a economia” e de uma “Blindagem’ contra a captura regulatória”<sup>79</sup>, se bem que não seja evidente, no primeiro caso, porque é que, se o interesse público é apenas o económico, não se deixa funcionar o mercado<sup>80</sup>, e se não é, porque é que se confia a defesa desse interesse público a entidades independentes; e, no segundo caso, porque é que a extensa hierarquia da Administração Pública (e do Governo) se haveria de revelar mais permeável à “*captura regulatória*” do que a escassa direção das entidades administrativas independentes – sobretudo se a transversalidade destas é tida como uma forma de imunização contra essa captura (por mais transversais que essas entidades sejam nunca o serão tanto quanto Governo ou, mesmo, o ministério, ou ministérios, a que reportam), e sobretudo se o perfil (alegadamente) mais técnico dos reguladores os aproxima mais (quer no prévio trajeto profissional, quer nas expectativas de atividade subsequente) dos interesses regulados.

Um argumento adicional para a defesa da criação de entidades reguladoras, que serviria plenamente para dar resposta ao problema do *segundo teste* (o da troca do Estado por uma entidade independente, para resolver as insuficiências do mercado que justificam a sua intervenção), poderia assentar numa denunciada ineficiência dos mecanismos democráticos para assegurar a prossecução de objetivos públicos. Face ao registo dos reiterados desvios da atuação do Estado a favor de interesses privados, poderia defender-se que o *design* deliberado de novas entidades, com mecanismos de responsabilização mais eficientes, seria preferível à tentativa de melhorar a *accountability* democrática

---

*económica geral, promover a sua coerência com opções do Governo*”. Já em 2005: 137, alertava para “situações potencialmente instáveis se as autoridades reguladoras tiverem funções políticas, quer ao nível da representação em organizações internacionais quer no que diz respeito à assessoria do governo na definição de políticas sectoriais para as áreas reguladas.”

Na prática, há indícios de que o potencial de incongruência não passa despercebida: no Brasil, a política dos governos de Fernando Henrique Cardoso, de recurso crescente a agências reguladoras, foi travada pelo seu sucessor. Torres, 2004: 186, escreveu a propósito: “*Outro sinal de que o governo Lula pretende alterar o sistema de regulação é o estrangulamento orçamentário a que foram submetidas as agências reguladoras, diminuindo ou mesmo inviabilizando toda a sua capacidade operacional, principalmente as que dependem mais fortemente dos recursos orçamentários do Tesouro Nacional.*” Em Espanha, a mais da já referida reponderação da criação de novas entidades “independentes”, desapossou-se a *Comission del Mercado de las Telecomunicaciones* do “*poder de controlo das obrigações de serviço público*”, transferindo-o para o *Ministério de Ciencia y Tecnología* – segundo informação colhida em Silva, 2008: 126, nota 319.

79 Neste sentido, ver a “*Declaração de Condeixa*”, in Moreira, 2004: 713 e 715, respetivamente.

80 Como refere Ferreira, 2010: 48, se já há um paradoxo na defesa do mercado através da intervenção nele, “*a adoção de mecanismos regulatórios vai muito mais longe condicionando, por vezes pesadamente, o funcionamento e até o próprio acesso ao mercado.*”

na consecução do interesse público (os interesses instalados tornariam mais difícil a obtenção de acordos para limitar a margem de discricionariedade dos titulares dos cargos políticos, do que a dos seus congéneres numa entidade a criar). Essa via argumentativa alternativa não tem tido grande curso<sup>81</sup>.

O outro argumento corrente a favor da regulação independente – o da extrema complexidade e mutabilidade das soluções técnicas a adotar e a necessidade de as subtrair aos mecanismos burocráticos de governação, incapazes de gerar respostas adequadas em tempo útil – também não se afigura particularmente persuasivo. Se o nível de intervenção das entidades reguladoras é essencialmente administrativo, e se a sua produção normativa, exigente que seja, está subordinada a leis genéricas, então *não estaria fora dos recursos da administração direta ou indireta do Estado desempenhar essas funções em condições equivalentes*<sup>82</sup>. Exceto por três “*pormenores*”, da maior relevância para a compreensão dos atrativos da proliferação de entidades reguladoras:

a) *são custeadas pelos regulados*, ao contrário dos serviços públicos, que são sobretudo custeados pelos contribuintes<sup>83</sup>;

81 A partir de Vasconcelos, 2006: 83-84, podia construir-se um argumento próximo: o de que a transferência do controlo democrático das entidades reguladoras dos plenários parlamentares para as comissões ou subcomissões especializadas, melhora a relação de controlo político:

“– por um lado, promove o aparecimento e valoriza o papel dos especialistas chamados a intervir nas várias fases do processo de regulação;

– por outro lado, difunde o uso de uma linguagem técnica que tem a ver, não só com a matéria tratada, mas também com a própria ‘ciência da regulação’;

– finalmente, desloca o eixo comunicativo do campo da retórica (típico dos grandes debates políticos generalistas) para o campo da argumentação”.

Note-se, porém, que o desenho legal das entidades administrativas independentes no domínio económico não previu, em caso algum, uma ligação à Assembleia da República (exceto pelo envio do Relatório anual, em certos casos), e muito menos às suas comissões. A sua presença nestas faz-se nos termos previstos no seu regimento – tal como a do Procurador-Geral da República, dos membros do Governo ou dos dirigentes máximos da Administração Pública.

82 É de admitir que se possa conceber um bom argumento nessa base, assumindo que as opiniões públicas estarão mais dispostos a aceitar como “tecnicamente pura” a decisão de uma entidade rodeada de um aparato de independência, do que idêntica decisão emanada de um ente da administração pública – desconsiderada esta por servir objetivos “políticos”. O problema da descodificação deste raciocínio implícito nas opções dos decisores políticos é o seu cinismo: assenta no reconhecimento, por eles, da descredibilização do Estado, e na intenção de reagir a tal descrédito com “*smoke & mirrors*”. A razão pela qual certos objetivos económicos (digamos: na gestão aeronáutica ou ferroviária) precisariam dessa “*patine*” tecnocrática, ao passo que os grandes investimentos (designadamente nesses sectores) continuariam a ser consideradas “decisões políticas”, também não fortalecem a lógica dessa leitura.

83 Neste sentido, mas referindo-se antes a “*Facilitar o autofinanciamento*”, ver a “*Declaração de Condeixa*”, in Moreira, 2004: 715. O argumento é aí causal do reforço da independência das “*autoridades reguladoras*” – mas prova de menos: o que realmente importa é encontrar fundamentos para essa sua independência e para esse autofinanciamento. Aliás, prova também de mais: os expedientes de autofinanciamento são usados de modo idêntico no caso dos Institutos Públicos.

b) não estão condicionados à contenção de custos que afeta, em geral, os serviços da Administração direta do Estado e *podem, assim, aumentar as suas despesas*; e, mesmo sujeitando-se a *plafonds* de despesa, podem fixar as taxas que cobram em valores superiores, arriscando menos que, pela divergência entre custos e receitas, estas se qualifiquem como impostos<sup>84</sup>. E, também por isso, enquanto os serviços públicos estão sujeitos às regras e limites salariais da função pública, as entidades reguladoras...

c) ... *sintonizam naturalmente os seus pacotes remuneratórios pelos dos sectores que supervisionam*<sup>85</sup>.

Quer dizer que as entidades independentes constituíram um expediente atrativo para transferir para o sector privado os custos crescentes da administração estadual especializada<sup>86</sup> e, ao mesmo tempo (na interpretação mais benévola), para aumentar a capacidade técnica dos seus serviços, alargando o campo de recrutamento dos seus quadros mais especializados – embora, eventualmente, à custa da transferência para fora do *Estado-ele-próprio* de um

---

84 Está estabelecido que, mesmo *não* tendo de existir uma equivalência económica entre a taxa e o benefício obtido, é necessária a existência de uma equivalência jurídica: v. a recapitulação da doutrina e da jurisprudência no Acórdão n.º 258/2008 do Tribunal Constitucional, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080258.html>.

Note-se que as “taxas de regulação e supervisão” pertencem, desde a revisão de 1997, a uma categoria constitucional autónoma e distinta das dos impostos e das taxas (a das “*contribuições financeiras a favor das entidades públicas*”).

85 Confraria, 2005: 136, dizia que “*Neste sentido, o desenvolvimento da regulação independente em Portugal pode também ser visto como uma experiência de reforma da função pública.*” Em 2010: 46-48, já com uma perspetiva do arco de consequências, responsabiliza, de algum modo, a harmonização estatutária pela criação de sucessivas respostas inadequadas: num primeiro momento, “*a integração de carreiras de pessoal no quadro geral da função pública inviabilizou o desenvolvimento de carreiras especializadas, amputando entidades reguladoras de capacidades técnicas essenciais e pondo em causa, eventualmente, a possibilidade de cumprirem as suas atribuições legais.*” Num segundo momento, a necessária flexibilização do enquadramento laboral fez-se através do recurso a entidades administrativas independentes ou institutos públicos. Num terceiro momento, quando, “*por reacção política e administrativa, ou por simples bom senso*”, se reagiu contra os “*artifícios administrativos com os quais se pretendia evitar alguma rigidez de funcionamento da administração pública*”, “*entidades com competências próprias em matéria de regulação económica acabaram por ter o mesmo tratamento do que outras entidades que actuavam em domínios que se deviam integrar na organização do Estado tradicional.*”

86 O argumento é diverso do inúmeras vezes exposto a propósito da transferência da responsabilidade direta pela prestação de bens e serviços para entidades diversas do Estado, dito decorrente da necessidade de desonerar o seu orçamento (mesmo quando tais atividades são lucrativas e, portanto, quando geram um fluxo de receitas para o Estado) – e que muitas vezes é invocado aquando da exposição da trajetória evolutiva do Estado para a sua configuração de Estado-regulador ou Estado-garantidor. É que, evidentemente, uma coisa é privatizar (ou reprivatizar) atividades produtivas, que podem legitimamente ser arrumadas na esfera do económico – onde se admite que o Estado não tem vantagem comparativa em estar presente –, e outra coisa bem diversa é fazer o *outsourcing* da regulação – que sempre se deveria situar na esfera do político e onde é de presumir que a vantagem comparativa para a defesa do interesse público esteja naquela parcela do Estado que está sujeita a mecanismos de controlo.



certo núcleo de competências especializadas<sup>87</sup>. De facto, até à aplicação aos institutos públicos do Regime de Vínculos, de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores em Funções Públicas (Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro) e à agora anunciada alteração da Lei-Quadro dos Institutos Públicos para a uniformização das remunerações (e outras regalias) dos seus Conselhos Diretivos com as do pessoal dirigente da Função Pública (Conselho de Ministros de 9 de novembro de 2011), os “reguladores”, mesmo os menos independentes, *constituíam a aristocracia do serviço público* – discutindo-se apenas se esse *ethos* podia ainda ser cultivado sobre o desmantelamento dos equivalentes serviços públicos do Estado<sup>88</sup>. Com o completar dessa harmonização, o acréscimo de regalias (supostamente retributivo de competências acrescidas) confinou-se às entidades administrativas independentes, restringindo-se a estas as vantagens competitivas na contratação para o Estado.

Em contrapartida, e em sentido inverso ao destas razões (que ainda se poderiam dizer de interesse público), a criação de entidades administrativas independentes pode implicar uma punção nas receitas de que o Estado pode dispor para o cumprimento da generalidade das suas funções, caso se atribua a essas entidades a totalidade (ou uma parte substancial) das taxas e

---

87 De facto, em muitos casos, a renúncia ao exercício de poderes por parte da Administração Pública tem ainda uma explicação funcional, mas bem prosaica: o que acontece é que, para o nível de competências exigido para o desempenho de certas funções, a grelha salarial oferecida pela Administração direta ou indireta do Estado – ou o congelamento de contratações – inibe o recrutamento dos necessários especialistas para o desempenho de uma atividade inadiável, ou tida como tal. Nesses casos, a criação de uma entidade administrativa independente pode ser um expediente para contornar a rigidez dos quadros de contratação de pessoal – se esta não vier a ser colocada perante os mesmos constrangimentos, o que não é invulgar.

88 Sobre a ética de serviço público que importa introduzir no “*trabalho de regulação*”, v. Confraria, 2005: 111-112. Não deixa de ser difícil conciliar esse desiderato – que convoca um ideal de *salus publica* – com a formatação técnica (e a-valorativa) na preferência pelas soluções de mercado, não por acaso decorrente da insistência na correção das “falhas de mercado” como fundamento das autoridades reguladoras independentes. Como também notou Silva, 2008: 286, “*Não obstante a regulação social se incluir nos objectivos daquelas entidades, uma leitura global, política, da realidade não é sua incumbência, constituindo mesmo factor indesejável de distorção nos mercados.*”

Há, naturalmente, mais justificações para o recurso a entidades independentes com funções de regulação do que as que foram abordadas em texto: a renúncia ao exercício de competências politicamente incómodas para o Executivo, ou a possibilidade de concentrar numa única instância competências disseminadas por diferentes ramos da administração pública, por exemplo. Para “*a exigência de garantia de cumprimento das obrigações de serviço público e a prevenção de riscos*” como fundamentos da regulação, v. Silva, 2008: 122-130.

Historicamente, a criação de entidades reguladoras nos EUA fundou-se na desconfiança em relação ao Executivo, visto como incapaz de servir o bem comum – sobretudo por causa da sua dependência das máquinas partidárias, reconhecidamente corruptas (v. Salvador Martínez, 2002: 106, e Gordon, 2005: 207 e 222, *vg*). Essa é uma raiz que, ao menos em certos países, volta a ser pertinente.

coimas que lhes cabe aplicar<sup>89</sup>. A ser assim, a consignação da nata das funções geradoras de receitas (e destas) a entidades administrativas independentes corresponde a mais uma peça no cerco objetivo às capacidades de intervenção da administração pública sujeita ao Governo e, nessa medida, é mais um instrumento para a neutralização deste.

Finalmente, há casos em que é a criação de uma entidade autónoma a nível da União Europeia que constitui fundamento para a criação ou consolidação de certas entidades reguladoras nos Estados-membros, mesmo quando a criação dessa entidade europeia é já um efeito reflexo da opção por entidades administrativas independentes a nível nacional: como se escrevia no Relatório dirigido por Pontier<sup>90</sup>,

*“Certaines agences ont en effet été créées afin de devenir coordinatrices d’agences nationales. Ce fut le cas par exemple de l’Autorité européenne de sécurité alimentaire, dont le règlement portant création indique clairement que l’Autorité a été mise en place afin de favoriser le fonctionnement en réseaux européens des organismes nationaux\*.”* Ainsi, la création d’agences au sein de l’Union aboutit pour les États membres à une consolidation du principe de l’article 10 TCE (coopération loyale), soit par incorporation des tâches, soit par la mise en gravitation des agences nationales autour d’elle. Dans ce cas, la création communautaire correspond bien, comme pour l’Autorité européenne de sécurité des aliments à une mise en réseau ou à une européanisation des régulateurs nationaux.”\*

---

89 É isso que acontece com as chamadas “taxas de regulação”, previstas, por exemplo, no artigo 25.º-A dos Estatutos da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (alterados e republicados pelo Decreto-Lei n.º 169/2008, de 26 de agosto), na alínea *b*) do artigo 50.º dos Estatutos da ERC (aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro), nas alíneas *a*) e *b*) do artigo 43.º dos Estatutos do ICP-ANACOM (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro), no n.º 3 do artigo 50.º dos Estatutos da ERSE (aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril), e na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 30.º do Estatuto do Instituto de Seguros de Portugal (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de novembro) – mas também com uma parcela (geralmente 40%) do montante das coimas cobradas por cada entidade reguladora (cfr. *vg.*, a alínea *b*) do artigo 31.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro). Em termos comparativos, segundo o Relatório do Senado francês citado na nota 50 (trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-18.html>), o *Conseil de la Concurrence* francês teve, em 2005, um orçamento de 11 milhões de euros, e determinou a aplicação de sanções pecuniárias que fizeram entrar 754 milhões de euros nos cofres do Estado. Com uma regra similar, o seu orçamento teria crescido para 301,6 milhões de euros. Note-se que, entre nós, a Autoridade da Concorrência, além dessa participação nas receitas das coimas ainda é alimentada pelas “taxas” impostas aos reguladores sectoriais nos termos do Decreto-Lei n.º 30/2004, de 6 de fevereiro (um mal disfarçado imposto, como referimos em Calvete, 2010: 1028, nota 6).

90 Pontier, 2006: 445-446. (\* Notas suprimidas).

Há, todavia, um paradoxo adicional na criação de entidades administrativas independentes para resolver uma questão de credibilidade ou de imparcialidade na atuação direta do *Estado-político*: é que ao transferir para estas o desempenho de uma missão, este, o “principal”, cria também, necessariamente, as condições para deixar de poder controlar o desempenho dessa missão. E cria um vazio de responsabilização, na medida em que se não pode sancionar quem quer que seja pelas “falhas regulatórias”. O recente descalabro nos mercados financeiros tornou particularmente evidente que o problema da falta de “*mecanismos endógenos de incentivação correcta*” do lado dos reguladores – para transferir para outro contexto a citada expressão de Leite<sup>91</sup> – coloca um problema adicional à regulação independente. Assim, a sua adoção, ou o desenho institucional das entidades independentes, devia ser dotada das maiores cautelas.

#### IV. THE GRAIL QUEST: A LEGITIMIDADE DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

A partir da experiência francesa, Rosanvallon ensaiou uma reelaboração da legitimidade das entidades reguladoras como “*instituições de consenso*” (por oposição às tradicionais “*instituições de conflito*”, que se legitimariam por eleições adversariais)<sup>92</sup>. Para o referido A., o principal mecanismo de legitimação democrática (ou, por outras palavras, de “*economia de coerção*”<sup>93</sup> e de “*apropriação*”

91 *Supra*, nota 38.

92 Rosanvallon, 2008: 27.

Em obras anteriores, o mesmo A. sublinhara a tendência “*impolítica*” da regulação (“*le caractère impolitique de l'économie va encore plus loin. Il correspond aussi au fait que l'on peut imaginer des entreprises et des marchés qui soient de plus en plus régulés, contrôlés, surveillés, sans que la question politique en économie, c'est-à-dire celle de la répartition des richesses, soit pour autant jamais posée. Il est ainsi frappant de constater que l'écart croissant des revenus entre le travail et le capital, tout comme l'explosion des inégalités de rémunération entre le management et les salariés ordinaires dans les entreprises se sont produits au moment même ou se multipliaient les instances de contrôle et de régulation. Le capitalisme peut ainsi être à la fois plus encadré et plus injuste, plus transparent et plus inégalitaire, pour dire les choses autrement.*” – 2006: 292-293), bem como o “*déclin de la volonté politique*” (“*Un système complexe d'intérêts et de volontés s'est substitué à l'ancien type idéal de la volonté politique, qui présupposait l'unité de l'acteur. Il en est résulté un type de régulation économique et sociale beaucoup plus disséminé et diffracté. Les régulations n'ont donc pas disparu, mais elles ont perdu leur globalité et surtout leur lisibilité. La société n'en a pas cessé de «vouloir», mais elle n'exprime ce voeu qu'en sourdine, prétendant même parfois s'être fait imposer par des forces innommées les choix implicites dont elle n'était pas fière\*. La société civile mène bien une «politique», mais une politique discrète et silencieuse, résultant d'une multitude de délibérations à voix basse et de choix discrets, jamais ouvertement raccordés.*” [\* Notas suprimidas] – Rosanvallon, 2000: 418).

93 No sentido de que essa “*institution invisible*” que é a legitimidade é, em termos gerais, um “*simple économiseur de coercion*”, v. Rosanvallon, 2008: 21.

*social do poder*<sup>94</sup>) ainda é a eleição dos legisladores e governantes<sup>95</sup>. Mas a uma fase de ascensão histórica do *princípio aritmético*<sup>96</sup> – por oposição a mecanismos de legitimação *histórica* (dinástica ou tradicional), ou *carismática* –, seguiu-se a fase da sua decadência, resultante do encurtamento da participação popular, da apropriação partidária da função de representação, e da flexibilização do sentido do mandato popular conferido às “maiorias”. Em contrapartida, a emergência paralela da Administração Pública como encarnação de um ideal de serviço público, serviu de complemento ao ideal democrático de realização da vontade geral, elevando o “concurso público” a mecanismo legitimador<sup>97</sup>. Na sua fórmula<sup>98</sup>, “*Ces deux formes croisées de légitimité – procédurale et subs-*

94 No sentido de que a “*variante démocratique*” da legitimidade “*produit un mouvement d’adhésion des citoyens indissociable d’un sentiment de valorisation d’eux-mêmes*”, e “*a pour fonction plus exigeante de tisser des liens constructifs entre le pouvoir et la société*”, v. Rosanvallon, 2008: 21.

95 Nos regimes presidencialistas a eleição do Parlamento (uni ou bicameral) é autónoma da eleição que determina a formação do executivo, sendo diferente, mas homogênea, a legitimidade de ambos os legisladores. Já nos regimes parlamentaristas, essa eleição, concentrando ambas as legitimidades (o Governo é uma emanção da maioria parlamentar), coexiste com uma outra, sem poderes legislativos, do chefe de Estado: democrática, quando este é eleito (direta ou indiretamente), hereditária, quando há uma monarquia. A legitimação democrática através de sufrágio universal pode ser replicada para os diferentes planos da organização política do Estado: federal, estadual, regional e local.

96 “*La notion de gouvernement se simplifie: le nombre seul fait la loi et le droit. Toute la politique se réduit à une question d’arithmétique.*” Alexis de Tocqueville, *Considérations sur la Révolution*, cit. por Rosanvallon, 2008: 26.

97 Martins, 2009: 163-164, faz remontar essa característica da função pública a uma sobrevivência da revolução francesa e ao Estado Liberal: “*numa função pública necessariamente exígua, a garantia da separação da mesma relativamente à política, e da sua sujeição exclusiva a interesses gerais da comunidade, prosseguidos com objectividade e neutralidade, é assegurada através do seu estatuto definidor de direitos e deveres, em que ressaltam a segurança de emprego, a estruturação do trabalho em carreiras, a promoção em função da antiguidade, a remuneração segundo o posicionamento hierárquico em cada carreira e o ingresso mediante concurso público baseado no mérito.*”

Não deixa de ser significativo que, entre nós, o regime de contratação de pessoal na generalidade das entidades administrativas independentes (e, designadamente, nas que têm funções de regulação económica), seja o do contrato individual de trabalho – a esta luz, menos apto a salvaguardar o interesse público. Em contrapartida, leia-se o que se escreve no estudo sobre as AAI alemãs incluído em Pontier, 2006: 196 (a propósito do *Bundeskartellamt*): “*La présence majoritaire dans ces sous structures de membres ayant le statut de fonctionnaires sans limitation de durée (fonctionnaires «auf Lebenszeit», restant en activité jusqu’à leur retraite) est l’élément qui garantit l’indépendance de l’institution.*”

Também em França a regra é a da utilização de funcionários, em regime de destacamento provisório ou definitivo: como se refere no Relatório do Senado citado na nota 50 (trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-18.html>), “*On observe que la majorité du personnel est constituée d’agents de droit public*”, havendo limites para o recurso a outros tipos de vínculo: “*La plupart des autorités peuvent en outre recruter des agents contractuels, dans la limite du nombre d’emplois temps plein travaillés fixé chaque année par la loi de finances. Seules les plus petites ont des services composés exclusivement de fonctionnaires (détachés ou mis à disposition).*”

98 Rosanvallon, 2008: 14.

*tantielle – avaient donné a partir du début du XXe siècle, une certaine assise aux régimes démocratiques.*”<sup>99</sup>

Nesta sua análise, a emergência de autoridades independentes de supervisão e regulação (e de Tribunais Constitucionais), a partir dos anos 80 do século passado, assinalou a ascensão de formas de “*democracia indirecta*”<sup>100</sup> e, *ipso facto*, a primeira modificação da conceptualização da democracia em duzentos anos. Poderiam ser agora convocadas novas fontes de legitimidade: o que chama a “*legitimidade de imparcialidade*” – ligada a “*une variable de structure qui en est le support (le fait d’être indépendant), et à une variable de comportement (le maintien de la distance ou de l’équilibre)*” –, a “*legitimidade de reflexividade*” – ligada a “*un travail de pluralisation des expressions de la souveraineté sociale*” – e a “*legitimidade de proximidade*” – ligada a “*prise en considération de la multiplicité des situations, par la reconnaissance de toutes les singularités sociales*”<sup>101</sup>.

Generalizando, o A. pôde concluir que “*Implications « techniques » de formes de régulation affectant des domaines complexes et aspirations « démocratiques » à plus de justification des décisions, à plus de publicité, mais surtout à plus d’impartialité,*

99 Na sua obra de 2000, Rosanvallon (2000: 431) trabalhara com um outro entendimento dessas legitimidades:

*“Les représentants du peuple sont certes d’abord ceux qu’il a élus. Mais pas uniquement. Peuvent également être considérés comme des représentants ceux qui parlent, qui agissent et qui décident « au nom du peuple ». C’est notamment le cas des juges, qu’ils soient judiciaires ou constitutionnels\*; mais c’est aussi, par extension, le caractère que revêtent de multiples autorités de régulation. La représentativité est en effet une qualité qui peut avoir deux origines: fonctionnelle ou procédurale\*. La représentativité fonctionnelle est celle qui est organisée et reconnue par les textes organisant la vie publique, qu’il s’agisse des lois ou surtout de la Constitution, alors que la représentativité procédurale est directement constatée par le corps électoral.”*

100 Canotilho, 2009: 105-106, fala antes da “*crescente importância de uma “república de reguladores” (desde entidades independentes no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias, até às entidades reguladoras da concorrência e do mercado de valores mobiliários).*” A nosso juízo, o “*herding behavior*” dos decisores políticos que permitiu a rápida difusão de entidades reguladoras na paisagem institucional do Continente europeu da viragem para o Século XXI está repleta de equívocos, misturando boas e más razões. Na definição de Daughety & Reinganum, 1999: 159, o “*comportamento de rebanho*” (*herding*) – ou “*cascatas informacionais*” (*informational cascades*) – “*occurs among agents when their decisions are decreasingly determined by their own information and increasingly determined by the actions of others*”. Claro que, como sublinha a literatura aí brevemente revista, “*when an agent’s decision is not a perfect signal of his private information, it is eminently possible for the agents to end up coordinating on the “wrong” outcome.*” (Daughety & Reinganum, 1999: 160-161).

101 Rosanvallon, 2008: 17.

*ont donc convergé, même si cela n'a pas été sans susciter des tensions entre ces deux impératifs, pour développer ce type d'institutions sur tous les continents.*"<sup>102</sup>

É mais do que duvidoso, porém, que a adesão ao modelo das entidades administrativas independentes se possa reconduzir, pelo menos entre nós, a essa matriz de “*mais democracia*” e “*mais imparcialidade*”<sup>103</sup>. De facto, para assegurar simultaneamente essas exigências e salvaguardar a independência das entidades administrativas independentes, há basicamente três modelos: *o plural* (nascido nos EUA, e adaptado ao seu sistema bipartidário), que exige que em cada órgão colegial de cada agência não haja mais do que uma maioria simples de um partido; *o pessoal*, que exige que a nomeação para os seus órgãos preencha requisitos estritos de competência e qualidades pessoais; e *o representativo*, que faz participar neles representantes dos diferentes sectores e interesses envolvidos, ou de poderes imparciais do Estado<sup>104</sup>. Ora, cometendo certamente injustiças, pode dizer-se que nenhuma dessas variáveis é especialmente prioritária na constituição das direções das nossas entidades administrativas independentes. Um dos seus traços mais característicos é, aliás, a sua progressiva *autonomização teórica* em relação ao *poder político*<sup>105</sup> ir de par com

102 Rosanvallon, 2008: 132.

103 Entre nós, veja-se a visão desencantada de Fernandes Soares, 2007. Em sentido aparentemente oposto, Catarino, 2010: 77 (\* notas suprimidas), que defende que as “*autoridades que fogem da Administração*” se enquadram

“[...] numa variante da administração burocrática\* que não busca a sua legitimidade democrática e responsabilidade política num circuito Governo-Parlamento. Rompendo com o circuito top-down\* permite uma maior simbiose e adesão à realidade e necessidade social e uma nova forma institucional de auctoritas (participada, transparente, autónoma, neutral ou imparcial.”

104 Nas primeiras experiências nacionais com entidades administrativas independentes, a presidência era legalmente atribuída a um magistrado. Cfr. infra, nota 113.

105 Afinal, é isso que em larga medida fundamenta a sua justificação *teórica* e – pelo menos para um observador exterior – isso é levado a sério em outras ordens jurídicas. Não é de excluir, porém, que um conhecimento detalhado dos procedimentos de nomeação e funcionamento das autoridades reguladoras nacionais de outros países revelasse que, ao menos em alguns, a “lealdade institucional” continua a ser mais para com o poder político nacional (e o que nele vai implicado em termos de carreira) do que para com o centro de regulação supranacional (e o que nele vai implicado em termos de carreira). O enquadramento teórico pode ser o fornecido por Thatcher, 2005: 48-49 (que aponta as duas origens das “*agency losses*”: “*shirking*”, because the agent follows its own preferences which diverge from those of its principal(s) and “*slippage*”, due to institutional incentives causing the agent to behave contrary to the wishes of its principal”, e explora as soluções de “*formal institutional design*” e de “*post-delegation behaviour*” votadas a minimizar tais “*agency losses*”), ou o proposto por Viscusi, Vernon & Harrington, 2000: 311 (que, seguindo a taxonomia de James Wilson, distinguem, entre os quadros e dirigentes das entidades reguladoras, três tipos: o “*careerist*”, o “*politician*” e o “*professional*”). O sistema de incentivos pessoais difere de uns para outros e o que ressalta claramente do extrato do Memorando reproduzido na nota 2 – e que teria certamente correspondência em outros países, se também eles tivessem de se sujeitar à imposição de

a sua progressiva *submissão prática ao Governo* (exemplos infra). A convicção firmada na opinião pública – que levou, de resto, a diversas iniciativas legislativas dos partidos de direita, então na oposição<sup>106</sup> –, é ainda a de que *as entidades administrativas independentes são realmente um pseudónimo do Governo*<sup>107</sup>.

No nosso palco político-jurídico assoma, portanto, a mesma duplicidade da linguagem que George Orwell ficcionou<sup>108</sup> e que Serens repetidamente identificou na evolução do sistema capitalista<sup>109</sup>. Assim:

- num dos *únicos casos* em que a lei salvaguardava, a prazo, uma composição politicamente plural para a direção de uma autoridade administrativa

---

condições externas – é assegurar a conversão dos “políticos” em “profissionais”, de modo a que a gestão das próprias carreiras vise o alinhamento das decisões nacionais com os padrões internacionais – mesmo que em desalinhamento com os interesses nacionais. Para exemplos, cfr. infra, nota 159).

106 Quer no Projeto de Lei n.º 49/XI, apresentado na Assembleia da República por iniciativa do PSD (*DAR*, II Série A, n.º 7/XI/1, de 21 de novembro de 2009, retomando o anterior Projeto de Lei n.º 344/X, *DAR*, II Série A, n.º 40/X/2, de 1 de fevereiro de 2007), quer no Projeto de Lei n.º 55/XI, de iniciativa do CDS (*DAR*, II Série A, n.º 7/XI/1, de 21 de novembro de 2009) propunha-se que a nomeação dos membros dos órgãos de direção das entidades reguladoras fosse feita “*pelo Presidente da República, sob proposta do Governo e após (a respectiva) audição pública na Assembleia da República.*”

107 Entre nós, o expediente para conciliar a independência dessas instituições com o controlo governamental (ou, o que é bem pior, partidário) da sua atuação traduziu-se amiúde na constituição de laços informais e paralelos de dependência, mantidos pela nomeação de “*gente de confiança*”, em muitos casos sem qualquer ligação à área, e destituídos da competência técnica que é suposto ser apanágio dessas entidades. Estas comezinhas evidências práticas não costumam ter espaço na nossa literatura teórica, mas são alvo de atenção lá fora (v., por exemplo, Thatcher, 2005: 53-61, que conclui que “*informal relationships and wider networks are equally if not more important for the relationship between IRAs and elected politicians*” do que a mera nomeação de “*individuals with clear party links*”). Recentemente, Confraria, 2010: 50, admitiu que já assomou à discussão pública a tentação de “*tentar reduzir a independência dos reguladores escolhendo para seus dirigentes pessoas que já estão dispostas a alinhar as suas opções com as opções do Governo, subordinando a actuação reguladora a objectivos políticos de circunstância.*”

Numa visão mais cínica, isso até pode ser visto como uma vantagem, face à alternativa da captura pelos interesses regulados (um regulador é mais fácil de capturar do que uma parte do Governo, e um regulador especializado é mais fácil de capturar do que um regulador transversal). Ainda para mais, atravessar a “*revolving door*” é um comportamento mais aceitável para os “*técnicos*” das entidades reguladoras do que para os “*políticos*” dos Governos. Para Fernandes Soares, 2007: 436, “*Porta giratória é uma metáfora para planeamento burocrático do mandato regulador de modo a obter no final um emprego remunerado da indústria regulada*” – e parece não haver dúvidas de que a *porta* gira tanto mais eficazmente quanto mais especializada for a autoridade pública – muito embora também afunile mais as oportunidades “*de negócio*” (ou até por isso).

108 As *entidades independentes que não são independentes* podiam ter servido ao autor de *Mil novecentos e oitenta e quatro* para ilustrar as virtualidades de uma mesma palavra englobar dois sentidos mutuamente contraditórios, como na Novílingua vigente na Oceania. Referindo-se a um “*oxímoro jurídico*”, v. o Relatório do Senado francês citado supra, nota 50, no trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17>.

109 Serens, 2007: *maxime* 699, 765, 783, 789 e 1079-1080.

- independente<sup>110</sup>, a gestão do tempo pelos decisores políticos permitiu, *contra legem*, a uniformização dos mandatos<sup>111</sup>;
- a obrigação legal da seleção dos trabalhadores por concurso público e algumas das garantias da sua independência no exercício de funções de autoridade (que historicamente serviram para os furtar às pressões das chefias e continuam a ser requeridas em outros ordenamentos como parte da blindagem de imparcialidade das entidades administrativas independentes) não vinculam as nossas<sup>112</sup>;
  - na substituição do Conselho da Concorrência pela Autoridade da Concorrência, como na da Alta Autoridade para a Comunicação Social pela Entidade Reguladora da Comunicação, suprimiu-se a, até então necessária, participação do poder judicial<sup>113</sup>;

110 Nos termos do artigo 8.º dos Estatutos da ERSE, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de fevereiro, os mandatos do presidente (5 anos) e dos vogais (2 e 3 anos na primeira nomeação, 5 nas subsequentes) geravam um desfasamento contínuo.

De modo análogo, embora a nomeação dos membros do Conselho da AdC se faça para mandatos de cinco anos, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 13.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, o seu n.º 2 previa (e prevê) que “na primeira nomeação do conselho, ou após dissolução” se operasse a divisão dos membros em dois grupos, um nomeado por três anos (renovável por cinco) e outro por cinco anos (cfr. a Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2003, de 20 de fevereiro de 2003, DR, II Série). O sentido da norma era, portanto, garantir diferentes datas de nomeação dos seus membros em todas as subsequentes nomeações, por força da continuidade desse desfasamento inicial, garantindo o legislador, a partir da primeira recomposição daquele Conselho, a *intervenção de diferentes maiorias governamentais na nomeação dos seus membros*.

111 Protelando, desde fevereiro de 2006, a substituição da vogal cujo mandato cessara, pôde o Governo, em 2008, fazer coincidir a sua substituição com a dos restantes membros, frustrando a intenção do legislador de, através da previsão de prazos de substituição diferenciados e das previsíveis alternâncias no Governo, fazer coexistir no seu Conselho membros com orientações políticas diversas. Ao substituir por inteiro o Conselho da AdC, *atribuiu-se, para futuro, a uma única maioria governamental a nomeação da totalidade dos seus membros*.

112 Cfr. supra, nota 97. É certo que, mesmo na administração pública, a regra passou a ser o contrato de trabalho para o exercício de funções públicas: cfr. a Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro. No que é um depoimento de um *insider*, escreve Catarino, 2010: 81

*“O novo modelo público segue novos métodos ou modelos administrativos de grande liberdade de gestão financeira, orçamental e de recursos humanos (segundo uma lógica privada baseada no mérito e sistemas internos de avaliação), de flexibilização, simplificação e desburocratização administrativa com base numa lógica de mercado (análise custo-benefício das suas ações) e de participação e contratualização com organizações e grupos de interesses (diálogo da Administração e do Legislativo com a sociedade civil num triângulo que os politólogos norte-americanos designam de iron triangle).”*

113 O Conselho da Concorrência – que, na vigência dos Decretos-Leis n.ºs. 422/83, de 3 de dezembro, e 431/93, de 29 de outubro, era o órgão decisor em matéria de aplicação dessas leis de defesa da concorrência – era necessariamente presidido por um magistrado judicial ou do Ministério Público, mas já não assim a Autoridade da Concorrência, que o substituiu (Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro). Também presidida por um magistrado judicial era a Alta Autoridade para a Comunicação Social – esta substituída pela Entidade Reguladora da Comunicação Social, de composição puramente parlamentar (ainda que com



- a interferência do Governo na fixação, em 2006, das tarifas da energia elétrica pela Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, levou à demissão do Presidente desta<sup>114</sup>;
- no momento em que estava em curso a apreciação da mais importante operação de concentração de sempre no seu sector, a ANACOM viu o seu presidente ser substituído em pleno mandato<sup>115</sup>.

Com um tal historial<sup>116</sup>, dificilmente as nossas entidades administrativas independentes *com intervenção no domínio económico*<sup>117</sup> se podem considerar

---

um elemento cooptado pelos eleitos pela Assembleia da República). O mesmo teria ocorrido na (nunca constituída) Comissão para a Fiscalização do Segredo de Estado, não tivesse o veto presidencial de 5 de julho de 2009 atalhado as alterações introduzidas pelo Parlamento à Lei n.º 6/94, de 7 de abril.

A presença de um representante do poder judicial evoca(va) a participação dos vários poderes do Estado no desempenho de funções que, nalguma medida, lhes poderiam ser sonegadas, reforçando a natureza “consensual” e “imparcial” das instituições e a sua legitimidade *representativa*. Com a voracidade do político, esse suplemento de legitimidade perdeu-se nessas entidades, não se ganhou nas novas, mas manteve-se em algumas: é o caso da Comissão Nacional de Eleições (um magistrado do STJ), membros designados pela AR, três membros designados por ministérios – artigo 2.º da Lei n.º 71/78, de 27 de dezembro), da Comissão Nacional de Proteção de Dados (três membros eleitos pela AR, dois magistrados, dois membros designados pelo Governo – artigo 25.º da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro), da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (um magistrado, dois deputados eleitos pela AR, um professor de Direito designado pelo PR, dois membros designados pelo Governo, um representante de cada Região Autónoma, e três outros membros – um designado pela Associação Nacional de Municípios, outro pela Comissão Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Informatizados, e outro pela Ordem dos Advogados – artigo 19.º da Lei n.º 65/93, de 26 de agosto), e da Comissão Nacional de Objeção de Consciência (um magistrado judicial, um membro designado pelo Provedor de Justiça e o diretor do Gabinete do Serviço Cívico dos Objetoires de Consciência – artigo 28.º da Lei n.º 7/92, de 12 de maio).

114 *Supra*, nota 65.

115 Em 28 de setembro de 2004, a Resolução do CM n.º 96/2004 nomeou o presidente da ANACOM. A Resolução do CM n.º 52/2006, de 11 de maio, aprovou a sua exoneração a pedido (para ocupar o lugar de Vice-Governador do Banco de Portugal, nomeado pelo Governo). A OPA da Sonaecom sobre a PT foi apresentada em Fevereiro de 2006, tendo sido aprovada pela AdC (sem a oposição, mas também sem a concordância da ANACOM), em dezembro de 2006.

116 Os conhecedores de cada sector facilmente dão conta de outras interferências governamentais nas decisões dos reguladores. Para a atuação do ICP-ANACOM, v. Fernandes Soares, 2007. Aí se relata, por exemplo (Fernandes Soares, 2007: 446-447), que o então presidente da ANACOM confessou ao *Expresso* (caderno de Economia, de 26 de Outubro de 2002) que “*havia sido o ministro da Economia que lhe dissera (...) para não sancionar os operadores prevaricadores*” (a Optimus e a Vodafone, que recusando proceder à interligação da Oniway às suas redes “*mesmo após cinco recomendações nesse sentido*”, conseguiram afastá-la do mercado).

Muito embora muito se tenha falado da “desautorização” da AdC quando, em Junho de 2006, o ministro da Economia decidiu dar provimento ao recurso extraordinário (artigo 34.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro) contra a decisão de proibição da aquisição da Auto-Estradas do Atlântico pela Brisa, *formalmente* não se tratou de nada disso. Sobre o ponto já escrevemos em 2010: 1041-1044, maxime nota 46.

um exemplo de independência<sup>118</sup> ou transparência<sup>119</sup>. Ao que acresce, como referido, um factor adicional de problematização da legitimidade dessas entidades: a confluência nelas de todos os tradicionais poderes do Estado (normativo, executivo e adjudicativo<sup>120</sup>), ainda para mais sem que os poderes despossuados – mormente o Parlamento – tenham intervenção na sua criação<sup>121</sup>, ou, sequer, na sua composição<sup>122</sup>.

A essa luz, pode entender-se que a avaliação dos procedimentos de nomeação dos corpos dirigentes das autoridades administrativas independentes

---

Mais preocupante, se bem que menos mediática, é a sujeição das entidades reguladoras aos interesses dos regulados como um todo (caso do Instituto de Seguros de Portugal), ou aos interesses de algum, ou alguns, desses regulados.

117 E, poder-se-ia dizer, não apenas destas: a insatisfação que levou à substituição da Alta Autoridade para a Comunicação Social pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social, e as queixas veiculadas quanto à sua sucessora, revelam que as deficiências estatutárias não são exclusivo das entidades administrativas independentes com funções de regulação especificamente económica.

118 Diga-se que a ideia de independência dos “reguladores” em relação ao Executivo também não está em alta nos EUA – pelo menos a avaliar pelas declarações do Presidente Barack Obama ao anunciar a nomeação de Julie Brill e Edith Ramirez para a *Federal Trade Commission*: “*These individuals bring a depth of experience to their respective roles, and I am confident they will serve my administration and the American people well*” (segundo um despacho da *Reuters* de 16 de Novembro de 2009, destaque aditado). De facto, referindo-se à *Federal Communications Commission*, Geradin, 2005: 236, já dizia que “*over the last couple of years, politicization has reached new heights.*”

119 A publicidade das suas reuniões, obrigatória nos EUA nos termos do *Government in the Sunshine Act*, de 1976, não ocorre a ninguém entre nós, passados trinta e cinco anos; e mau grado quase todas dispõem de plataformas virtuais de acesso, nominalmente postas ao serviço do cidadão (ou do cliente do sector regulado), os seus resultados são muito variáveis. No caso da substituição do Conselho da Concorrência pela Autoridade da Concorrência, perdeu-se até o acesso ao texto das decisões (que eram publicadas com o relatório daquele na II Série do *Diário da República* e em edição autónoma, e de que agora só se conhecem os comunicados de imprensa).

120 A criação de *independent agencies* levantou “*questões de legitimidade desde logo por entrosar num só corpo três poderes que os framers da Constituição queriam separados, e que tende a ser mimética e acriticamente transplantado para os reguladores nacionais.*” “*Em 1937, Roosevelt mandou elaborar um estudo sobre as [independent agencies] (o President’s Committee on Administrative Management que criou a tão famosa ideia-chave do Fourth Branch of the Government), tendo em vista a sua futura integração nos Departamentos governamentais.*” – Catarino, 2010: 104. Sobre a definição das “*independent agencies*” como “*fourth branch*” v. o voto do *Justice Jackson* no acórdão do *Supreme Court* de 26 de maio de 1952 no caso *FTC v. Ruberoid Co.*, acessível em <http://supreme.justia.com/us/343/470/case.html>.

121 Ao contrário do que era típico no berço destas entidades, consideradas como a “*longa manus*” do Congresso norte-americano, e criadas por este como trincheiras de resistência às orientações “políticas” do Executivo: cfr. Geradin, 2005: 226 e 230, e Salvador Martínez, 2002: 95 e 105-106. Sobre o esvaziamento da presença do poder judicial nas entidades administrativas independentes, cfr. supra, nota 113.

122 No Projeto de Lei-Quadro das Autoridades Administrativas Independentes (Moreira & Maças, 2003: 280-281), previa-se que a nomeação dos membros dos seus conselhos diretivos fosse “*precedida pela apresentação dos indigitados pelo ministro da tutela à comissão competente da Assembleia da República, acompanhada do seu currículo e de uma justificação da respectiva escolha.*”

concitassem o interesse dos representantes das instituições internacionais que negociaram o pacote de ajuda financeira a Portugal<sup>123</sup>. O que, como se advertiu, não fica claro é *qual o benefício que um efetivo desligamento dessas entidades do Governo proporciona à recuperação da economia nacional*. Em França, por contraste, a primeira recomendação do *Office parlementaire d'évaluation de la législation*<sup>124</sup> – visando melhorar as condições de exercício dos poderes das Autoridades Administrativas Independentes – era a de reforçar a presença do Estado nessas entidades, generalizando a solução, já adotada<sup>125</sup>, de *“Assurer la présence d'un commissaire du Gouvernement auprès des autorités de régulation et, de façon générale, des AAI dotées d'un pouvoir réglementaire.”*<sup>126</sup>

Sendo esse caminho inverso do que seria indicado, *ceteris paribus*, numa hipotética negociação do poder político francês com a *troika*, a discussão que conviria ter é sobre qual o modelo que, presumivelmente, melhor serve os interesses nacionais – se o do reforço *transparente* dos poderes do *Estado-ele-próprio* na regulação independente, se o do maior afastamento do *Estado-ele-próprio* da regulação independente, sendo certo que os interesses de um pequeno país não coincidem necessariamente com os de um grande país. Em qualquer caso, é fácil concordar com Rodrik<sup>127</sup>, *“the choice between democratic discretion at home and external restraint is not always a choice between good and bad policies.”*

123 Cfr. supra, notas 2, 105 e 116.

124 Relatório senatorial referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-14.html>.

125 Cfr. supra, nota 53. Segundo o relatório mencionado na nota anterior, havia comissários do Governo em sete dessas entidades: *“le Bureau central de tarification\*, le Conseil de la concurrence, l'AMF [Autorité des Marchés Financiers], la CNIL [Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés], la CRE [Commission de Régulation de l'Énergie], la Commission de sécurité des consommateurs et la CNEC [Commission Nationale d'Équipement Commercial].”* (\* Nota suprimida).

No Brasil existe nalgumas agências o chamado “ouvidor”, nomeado pelo Presidente da República para um mandato de dois anos, renovável uma vez, com acesso a todos os assuntos dessa autarquia.

126 Relatório senatorial referido na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-10.html>.

127 Rodrik, 2011, versão original (a tradução portuguesa, transcrita na nota 2, verte “*discretion*” em “critério”).

## V. DER DURCHBRUCH: LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES

Como já em 2003 referiam Moreira & Maçãs<sup>128</sup>, “*Na generalidade dos países europeus com sistemas administrativos próximos do nosso a emergência e desenvolvimento das AAI verificou-se sem apoio constitucional e até em contradição com a própria Constituição, na opinião de muitos autores.*” O já referido “*oxymore juridique*” – mas não apenas jurídico – era assim formulado no Relatório do Senado francês de 2006<sup>129</sup>: “*les AAI portent-elles une contradiction fondamentale: la Constitution plaçant l’administration sous l’autorité du Gouvernement, comment une autorité administrative pourrait-elle en être indépendante ?*”

Na própria doutrina americana, a longa coexistência com as *independent regulatory agencies* (desde a *Interstate Commerce Commission*, de 1889<sup>130</sup>) não desvaneceu as reservas contra o (que alguns designam como) “*quarto poder*”, nem as dúvidas sobre a sua conformidade constitucional<sup>131</sup>. Por outro lado, o núcleo duro dessa incompatibilidade não é sempre coincidente: nos EUA tem sido sublinhado que a “*causa próxima da criação de cada uma das agências consistiu sempre numa atitude de desconfiança do Congresso relativamente*

128 Moreira & Maçãs, 2003: 248. Cfr. também 41-48. Os autores seguiam a terminologia então vigente em França, desconsiderando duas subtilezas:

– que se utilizavam em França duas “*appellations juridiques différentes: les autorités indépendantes (Médiateur de la République, CSA [Conseil Supérieur de l’Audiovisuel], Défenseur des enfants), les autorités administratives indépendantes (CNIL [Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés], CNDP [Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité], HALDE [Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l’Égalité], ARCEP [Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes]...)*” – a que se juntou posteriormente uma terceira: “*autorités publiques indépendantes (AMF [Autorité des Marchés Financiers], ACAM [Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles], HAS [Haute Autorité de Santé], AFLD [Agence Française de Lutte contre le Dopage])*.” - Relatório do Senado referido na nota 50 (no trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17>);

– que tais *autorités administratives indépendantes* não eram aí dotadas, em princípio, de personalidade jurídica autónoma: cfr. supra, nota 19. Como se explica no Relatório do Senado referido na nota 50 (no trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-11.html>), a primeira referência a uma Autoridade Administrativa Independente surgiu em Novembro de 1977, por iniciativa do Senado, na discussão do que viria a ser a “*loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés*”, a propósito da *Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés*, que “*l’Assemblée nationale proposait d’en faire un service du ministère de la justice.*”

129 Supra, nota 108.

130 Tendo embora sido criada em 1887, foi-o no âmbito de um Departamento governamental. A desconfiança em relação à política de transportes da Administração do Presidente Harrison, anteriormente advogado ao serviço de interesses das companhias de caminhos-de-ferro, levou o Congresso, nesse ano, a destacá-la do ministério do interior e a dar-lhe independência.

131 Vg, Catarino, 2010: 104-106; Rosanvallon, 2008: 132-133; Moreira & Maçãs, 2003: 19-20; Cardoso, 2002: 63-67.

ao Presidente.”<sup>132</sup>, ou seja, do Legislativo em relação ao Executivo – ao passo que, entre nós, a proliferação de “reguladores independentes” (maioritariamente em resultado de uma iniciativa governamental sufragada pela maioria parlamentar, se é que não mesmo por decisão exclusiva do Governo) tende a erodir o espaço de atuação do executivo – e, *et pour cause*, do Parlamento e do Presidente da República enquanto vigilantes deste<sup>133</sup> –, sem ganhos para o legislativo (e, ao contrário do que acontece na América, tende a contrair o espaço de atuação nacional, em benefício dos poderes internacionais). Já em 2001 Morais<sup>134</sup> advertia para a agressão ao princípio da separação de poderes implicada na possibilidade de que “*leis desprovidas de um largo consenso parlamentar possam expropriar, sem mais, a esfera material de competência do Governo, como órgão superior da Administração (art. 182.º da Constituição), em benefício de instituições imunes a um poder mínimo de “indivizço”, e potencialmente blindadas contra formas adequadas de responsabilização democrática.*”

Em França, um dos poderes desapossados foi o jurisdicional, na medida em que uma parte das suas entidades independentes surgiu vocacionada para o exercício sistemático de competências sancionatórias que só pontualmente eram efetivadas através dos tribunais<sup>135</sup>. Em qualquer caso, o já referido relatório do Senado francês<sup>136</sup> incluiu nas suas recomendações “*Affirmer dans*

132 Cardoso, 2002: 42. Nos anos 80 do Século XX, a “engenharia social” imputada às agências norte-americanas e a interferência destas nas livres escolhas dos cidadãos alterou as raízes políticas da sua contestação.

133 A responsabilidade do Executivo perante ambos os órgãos está constitucionalmente prevista (artigos 190.º e ss. da Constituição). Uma das conclusões tiradas por Cardoso (2002: 558) é a de que “*a criação de autoridades administrativas independentes consubstancia um modo de o “bloco político maioria parlamentar/Governo” restringir ao Presidente da República o exercício da sua função de “polícia do Governo”, visto que o impede de chamar este órgão de soberania a responder politicamente pela actuação das autoridades administrativas independentes.*”

134 Morais, 2001: 112.

135 No já referido Relatório do Senado francês (supra, nota 12, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-12.html#fn17>), escreveu-se (AMF são as iniciais de *Autorité des Marchés Financiers*, HALDE significa *Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité*, e ARCEP remete para a *Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes*):

*“Dans un entretien avec Mme Marie-Anne Frison-Roche, M. Renaud Chazal de Mauriac, premier président de la Cour d’appel de Paris, a considéré que ‘d’une part, la création de certaines AAI correspond à une défiance à l’égard du judiciaire. D’autre part, il peut y avoir une appréciation négative sur la capacité technique du judiciaire à intervenir dans certains secteurs. Si l’on prend l’AMF ou la HALDE, on constate des différences significatives. La HALDE est née d’un échec du judiciaire, tandis que l’AMF, comme l’ARCEP(\*)’, sont liées au caractère très spécifique des matières traitées: il faut un dispositif extrajudiciaire pour traiter celles-ci ‘.”*

136 Citado na nota 50, trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-10.html>.

*la Constitution, ou dans une loi organique complétant l'article 34 de la Constitution, la compétence du législateur pour fixer les règles concernant la création et l'organisation des autorités administratives et publiques indépendantes.*”, e “Assurer la présence d'un commissaire du Gouvernement auprès des autorités dotées d'un pouvoir réglementaire.”

Entre nós, mesmo que, desde a 4ª revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro), tais entidades tenham indiscutível arrimo na Lei Fundamental (n.º 3 do artigo 267.º da CRP), Canotilho adverte que se mantém um défice de “*equilíbrio entre a legitimação democrática e o limite jurídico da política*”, desde logo porque tal “*equilíbrio pressupõe o respeito pela separação e interdependência dos órgãos de soberania, o que nem sempre acontece*”<sup>137</sup>. E conclui: “*Em último termo, volta a colocar-se a questão de saber se o fundamento normativo de qualquer poder é, em si suficiente, para garantir a juridicidade material no exercício do político.*”<sup>138</sup>

Morais<sup>139</sup> criticou tal solução por, entre o mais<sup>140</sup>, se traduzir numa “*habilitação em branco*”, por não referenciar nem os “*domínios onde, em abstracto, a instituição dessas autoridades poderá ter um mínimo de justificação material*”, nem o “*fim que preside à actividade que desenvolvem*”. Também Moreira & Maçãs<sup>141</sup> consideraram aquela previsão “*uma norma em branco*”, na medida em que “*nada adianta sobre os critérios que hão-de presidir à sua instituição, funções que podem desempenhar, limitações e grau de independência.*” No mesmo sentido, escreveram Miranda & Medeiros<sup>142</sup> que o que o legislador da revisão constitucional de 1997 fez, ao introduzir o n.º 3 no artigo 267.º da CRP, foi

137 Canotilho 2009: 104, que continua: “*no bojo da constituição e das leis votadas pelos órgãos próprios, foram-se alojando entidades, actividades e parâmetros de regulação cuja bondade democrática não é visível a olho nu (entidades administrativas independentes, formas de exercício de actividades públicas por entidades privadas, adoção de esquemas regulativos ‘standards’, ‘boas práticas’, ‘regras técnicas’). Além deste desvio, há os de carácter – que reconduz à “neutralização” dos chamados “princípios republicanos vinculativos do exercício de poderes e funções públicas” – “corrupção”, “partidarização”, “mercantilização”, “captura pelos regulados”.*”

138 Canotilho, 2009: 103-104.

139 Morais, 2001. Cfr. especialmente o que escreve nas pp. 111-114 e 148-152.

140 Além dessa objeção “*político-legislativa*”, apontava duas outras: uma “*técnica*” (o emprego da expressão “*entidade*”, o que pressupõe “*um sujeito dotado de personalidade jurídica, natureza que não envolve a totalidade das autoridades independentes existentes*”) e outra “*competencial*” (por se não ter logrado a alegadamente visada “*reserva de competência parlamentar relativamente aos actos legislativos criadores destas autoridades.*”) – cfr. Morais, 2001: 111-114.

141 Moreira & Maçãs, 2003: 249.

142 Miranda & Medeiros, 2007: 586-587.

insuficiente, pois não fixou “*quaisquer critérios ou limites à criação e à actuação de tais entes. Remeteu assim para o legislador ordinário a tarefa delicada, que parcialmente lhe competia, de definir a este propósito o ponto de equilíbrio entre o princípio da imparcialidade e o princípio democrático.*”

De facto, a essas insuficiências, digamos, “*estatutárias*”<sup>143</sup>, acrescem insuficiências, digamos, “*procedimentais*”, que se colocam, ou podem colocar, na atuação externa das entidades administrativas independentes – e para as quais já Catarino chamou demoradamente a atenção<sup>144</sup>: compromissos assumidos diretamente por estas no âmbito da cooperação internacional, seja em termos de coordenação de intervenções (para evitar conflitos positivos ou negativos de competência), seja em termos de interferência com direitos constitu-

143 Tendo reentrado na agenda da discussão política com o projeto de revisão constitucional apresentado pelo PSD em setembro de 2010 (supra, nota 30), que caducou com a dissolução da Assembleia da República, a questão será naturalmente retomada no próximo processo de revisão constitucional.

144 Catarino, 2010: 181-182 (\* Notas Suprimidas, parêntesis retos aditados):

*“Estas normas de cooperação e assistência ou entajuda, quer se traduzam em meros “módulos procedimentais”, quer se traduzam em verdadeiras “normas comunitárias distributivas de competência administrativa”, têm limites que decorrem do “pecado original” da natureza jurídica da autoridade que os celebra:*

- a) na sua “imperatividade”, atenta a inexistência de personalidade ou capacidade jurídica internacional do regulador para vincular o Estado português (art. 8.º da Constituição)\*;*
- b) na sua “normatividade”, pois estes acordos administrativos não são objecto do especial regime de Direito Internacional Público, vg. da Convenção de Viena sobre os Tratados e responsabilidade internacional nem podem buscar a sua legitimidade a uma norma programática (como a vertida no art. 2.º do Tratado da União\* e art. 3.º, n.º 3 CRP);*
- c) na sua “coercibilidade”, a consideração dos acordos como essencialmente técnicos e não jurídicos não afasta o problema da licitude ou ilicitude do seu incumprimento (arts. 112.º, n.º 8 e 119.º, n.º 1, b) da CRP)\*;*
- d) na sua admissibilidade constitucional: (i) pelo facto de estes acordos não serem assinados pelo Executivo e ratificados pela Assembleia (cfr. art. 8.º, n.ºs 2 a 4 da CRP); (ii) quando respeitarem a matéria de direitos, liberdades e garantias, como o regime contra-ordenacional em que muitas das investigações se inserirão, existir reserva relativa da Assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, b) a d) e p) da CRP); (iii) por decorrerem de uma “delegação de competências administrativas internacionais” directamente nas autoridades reguladoras (arts. 197.º, n.º 1, b) e c) e 199.º da CRP, art. 35.º, n.º 1 do CPA, n.º 4 do art. 144.º). Se um regulador não cumpre uma recomendação emanada de um Grupo internacional de que faz parte, ou se não cumpre as obrigações decorrentes de um MoU [Memorandum of Understanding] que assinou com uma entidade pública ou privada estrangeira, para além dos efeitos previstos na lei civil (arts. 405.º e 798.º e ss Código Civil) podem a(s) contraparte(s) retaliar pela adoção de medidas “moles”, como a recusa recíproca de cumprimento (que coloca em causa os objectivos de todo o Grupo) ou a pública indicação do incumprimento (fenómeno do naming and shaming que, por exemplo, no âmbito GAFI [Grupo (intergovernamental) de Ação Financeira contra o Branqueamento de Capitais] se repercute na criação e divulgação de uma “lista negra” que contém a indicação dos “Estados não cooperantes”).”*

cionais, colocam, no diagnóstico daquele A., problemas de “imperatividade”, “normatividade”, “coercibilidade” e “constitucionalidade”<sup>145</sup>.

E, o que é mais, revelam um *Leitmotiv* para o empenho internacional no *Federalismo Regulatório*. Ainda nas palavras de Catarino<sup>146</sup>: “*A soft law corresponde um soft power que aproveita aos agentes mais fortes.*”

Rodrik<sup>147</sup> concretiza esse enviesamento a favor dos atores mais poderosos (“*os requisitos da adequação de capital criados pelo Comité de Basileia reflectem tremendamente a influência dos grandes bancos.*”; “*As normas internacionais sobre patentes e direitos de autor traduzem a capacidade das empresas farmacêuticas e de Hollywood – para referir apenas dois exemplos – de conseguirem o que querem.*”) e revela o pano de fundo da tendência internacional para transferir para entidades independentes, ligadas em rede, a regulação dos mercados: permitir que as suas regras sejam geradas à escala mais adequada às maiores empresas, ou seja, aos maiores interesses.

Não se trata de mais do que uma atualização do que já referira Stigler no seu clássico artigo<sup>148</sup>: “*as a rule, regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefit.*”

Como Rodrik conclui<sup>149</sup>: “*Quero realmente tornar o mundo seguro para os políticos democráticos. E, honestamente, interrogo-me sobre aqueles que não querem.*”

## V. CONCLUSÕES

1. *A arquitetura regulatória do Estado é uma questão de Poder*<sup>150</sup> – e, portanto, eminentemente política: na sua configuração, na sua legitimidade e na sua eficiência.

145 Cfr. nota anterior. O A. acrescenta (Catarino, 2010: 182, nota 369):

*“Também nada se prevê para o caso de incumprimento das obrigações de cooperação decorrentes para os signatários do estabelecido nos acordos de cooperação - é possível exigí-las judicialmente, vg. no âmbito das obrigações assumidas no quadro da União? Em caso negativo, é possível obter uma indemnização por incumprimento pelo Estado português de obrigações internacionalmente assumidas pela CMVM (vg. junto do TJCE)? Ou utilizar as “contra-medidas” duras usualmente utilizadas em Direito Internacional Público, seja retorsão, represálias, direito de indemnização?”*

146 Catarino, 2010: 182.

147 Rodrik, 2011.

148 Stigler, 1971: 3. Está reproduzido, por exemplo, em Ekelund, Jr., 1998: 81-120.

149 Rodrik, 2011.

150 É por isso que Nicolas Jabko fala de “*bring the state back in*” – o que, como referido por Catarino, 2010: 185, nota 378, que o cita, “*pretende salientar a necessidade de voltar a trazer a política para dentro do Estado regulador e da sua compreensão no pressuposto de que o estado regulador é um fenómeno de*



2. Não surpreende, portanto, que essa arquitetura regulatória difira de Estado para Estado, não obstante a *reação pavloviana*<sup>151</sup> dos legisladores (e os interesses envolvidos) na difusão transfronteiriça de esquemas institucionais que proporcionem imunidades à defesa dos interesses nacionais no domínio económico.

3. A opção pela *regulação independente* de um sector económico – ie, pela criação de um centro de poder, sobre a atividade desse sector, diferente do que tem o seu vértice no Governo<sup>152</sup> – pode ter vários álibis (técnicos, económicos, políticos), mas recupera a velha ideia liberal da *desintervenção política na economia* (o argumento da transferência dos poderes de intervenção públicos para entidades independentes reconduz-se ao apagamento do *político* face ao *económico*) e corresponde, em termos de distribuição do Poder, a uma *opção descentralizadora no plano interno* e a uma *opção centralizadora no plano externo*<sup>153</sup> (alimentada sistematicamente pelas instituições internacionais).

4. Essa opção descentralizadora interna tem consequências *diretas* e *indiretas*: *diretas*, na *diminuição de poderes do centro de direção política interna democraticamente legitimado* (o Governo) *em relação aos sectores transferidos para a órbita da regulação independente*<sup>154</sup>; *indiretas*, através da (maior ou menor) sonegação das receitas que, sendo geradas pela intervenção administrativa nos sectores mais progressivos (ou mais concentrados) das economias (telecomunicações, energia, banca, seguros, comunicação social, fármacos, transportes,...), podiam reverter para o financiamento das restantes atividades da administração direta ou indireta do Estado – ou seja, *pela redução da capaci-*

---

poder e não de mero desenvolvimento de eficiência económica.” No mesmo sentido, escrevia Silva (2008: 285): “Porque o primado da Economia cria, ou pelo menos não resolve, problemas graves como a exclusão ou a desordem urbana, impõe-se devolver o protagonismo da acção pública à política”.

151 Cfr. supra, nota 18. O “*herding behavior*” referido na nota 100 também explicaria – até com vantagens, tendo em atenção as especificidades nacionais – a “clonagem regulatória”, internacionalmente detetável.

152 A expressão “*regulação independente*”, aqui usada por comodidade (na sequência da expressão “*arquitectura regulatória*”, que pretende recobrir a distribuição de poderes do Estado), é, a nosso aviso, pleonástica: como concluímos em 2009: 94, “*mesmo que a actividade de “regulação” fosse, num primeiro momento, apenas funcionalmente determinada (...) a sua existência conceptual só é útil se estiver ligada a um particular sujeito: um ente autónomo – i.e., desinserido, por um lado, da pirâmide administrativa cujo vértice é o Governo\*, e, por outro, da auto-administração dos interesses envolvidos*”. Cfr. supra, nota 7.

153 Cfr. supra, nota 49.

154 Não apenas na perda do controlo sobre as competências exercidas pela entidade administrativa independente, mas até em outras com elas relacionadas, se perder *expertise* e informação direta sobre a área, como é normal que perca se não houver duplicação de estruturas, dentro e fora do *Estado-ele-próprio*. Cfr. supra, nota 87, e o texto correspondente.

*dade financeira desse órgão de direção política nacional para intervir em outros sectores.*

5. A descentralização dos poderes governamentais torna mais difícil o cumprimento das missões que o Governo, em cada momento, se propõe – mais que não seja por diminuir o leque de instrumentos à sua disposição<sup>155</sup>, os meios financeiros à sua disposição<sup>156</sup>, e, mesmo (o que a recente crise financeira internacional evidenciou), os mecanismos de responsabilização pelas falhas de regulação “independente”<sup>157</sup>. Um dos objetivos – e, mesmo que não explicitamente, um dos argumentos – da agenda regulatória é, aliás, a prevenção, ou limitação, dessa intervenção estadual. A medida do Estado-Regulador é a medida de um Governo não-interventor.

6. Essa *neutralização* do Governo inscreve-se na “*economização da política*”, na “*despolitização do Estado*”, na “*sua redução a uma aparelhagem técnica, instrumental em face da sociedade*”, como já escrevia em 1969 Rogério Soares<sup>158</sup>. *With a vengeance*: com a interpenetração das esferas interna e externa, o “*anarquismo de grupos*” que ele via a estabelecer o “*equilíbrio*” ou a “*composição de*

---

155 A mais do exemplo das políticas potencialmente contraditórias adotadas pelas autoridades monetárias e orçamentais, não poucas vezes os serviços da administração direta ou indireta do Estado atuam de modo a defender o que se entende ser o interesse nacional – tal como definido pelo membro do Governo com a sua tutela. Os pequenos episódios ilustram sempre a grande História: por entre protestos de ser vítima de uma “*justiça governamental*”, o selecionador nacional de futebol foi afastado das suas funções, com fundamento na suspensão por seis meses aplicada, em 30 de agosto de 2010, pela Autoridade Antidopagem de Portugal (AdoP, I.P.), que avocou o processo que previamente lhe fora instaurado pela Federação Portuguesa de Futebol e de que resultara, em 19 de agosto, uma suspensão por um mês – mas com absolvição do ilícito disciplinar de obstrução à realização dos controlos *antidoping* a jogadores da seleção. A decisão condenatória da AdoP veio depois a ser revogada pelo Tribunal Arbitral do Desporto, sediado em Lausana, mas, na altura, serviu a vontade do Governo – e da opinião pública – de substituir o treinador. Tendo em conta que os factos remontavam a 16 de maio, pode admitir-se, se não um diferente desfecho, pelo menos um diferente calendário no processo e na decisão, se a AdoP fosse imune a tais pressões, como em França se tentou que fosse (cfr. *supra*, notas 19 e 128). E pode igualmente admitir-se que, sem alterações no comando da seleção, esta não se qualificaria para o Europeu de 2012 – seja qual for o interesse nacional envolvido nisso.

156 Quanto mais um sector económico gere ganhos significativos, mais razões depõem a favor da sua transferência da esfera da concorrência para a da regulação: lucros exagerados duradouros são um índice de insuficiências do mercado. Ora, na medida em que as receitas geradas pela intervenção administrativa nesses sectores regulados sejam consignadas – no todo, ou em parte significativa – a entidades administrativas independentes, mais se diminuem as fontes de receita disponíveis para custear as restantes funções do Estado.

157 Confraria, 2005: 141, já tinha notado que “*nas áreas onde existe regulação independente se verificou, regra geral, uma desvalorização ou eliminação de outras entidades que na administração pública pudessem acumular conhecimento e capacidade de análise sobre os assuntos.*”

158 Soares, 2008: 106-107.

*interesses*” transfere-se para os maiores palcos, marginalizando os grupos das sociedades periféricas.

7. Qualquer que seja o álibi para a opção pela *regulação económica*, ao incentivar a troca de lealdade interna por uma lealdade externa (ao substituir a cultura *política* simbólica do interesse nacional pela cultura *in-política* igualmente simbólica<sup>159</sup> das *best practices*, definidas em função de interesses alheios aos – ou, pelo menos, desfasados dos – internos<sup>160</sup>), tal opção opera uma efetiva transferência de poderes dos Estados para um plano a-estadual, mesmo que não supraestadual.

8. No discurso corrente, em vez de se formular tal opção como um *paradoxo de poder* (descentralizar para dentro e centralizar para fora<sup>161</sup>), a opção pela regulação faz-se corresponder a uma (alegada, mas já muito desacreditada) *preferência pela eficiência*<sup>162</sup> – normalmente silenciando que tal opção se faz em detrimento da legitimidade democrática.

9. Porém, como ainda agora alertou Rodrik<sup>163</sup>, “*a criação de regras raramente tem que ver só com eficiência; ela pode implicar contrabalançar objetivos sociais concorrentes – estabilidade versus inovação, por exemplo – ou fazer escolhas de distribuição.*”

10. O problema, como Rodrik<sup>164</sup> também nota, é que “*quanto menor for a transparência, a representatividade e a responsabilidade de um sistema político,*

---

159 Naturalmente, em ambos os casos é possível que esse discurso ostensivo sirva de disfarce de interesses inconfessados, e que as decisões que o invocam sirvam interesses ocultos muito particulares. Por isso se acentuou o lado ostensivo do móbil legitimador invocado.

160 Basta pensar nas opções de política monetária a cargo do BCE e do Sistema Europeu de Bancos Centrais: não custa admitir que, no seu seio, o Banco de Portugal tenha defendido (ou, pelo menos, aceite) medidas contra cíclicas para a economia nacional.

Do mesmo modo, em *países pequenos*, os obstáculos ao ganho de quota de mercado via operações de concentração (por vezes em direta oposição aos incentivos de política industrial para o efeito) podem servir para evitar o desenvolvimento de *challengers* internacionais (como foi o caso da inviabilização, em finais de 2004, da aquisição pela EDP de 51% da GDP-Gás de Portugal, detida pela Galp).

161 Gonçalves, 2006: 551, dá como exemplo “*no sector das comunicações electrónicas, [o] poder de veto que a Comissão detém sobre medidas adoptadas pelas autoridades nacionais.*”, concluindo que “*a Comissão encontra-se investida de uma maior capacidade administrativa de influenciar a regulação da ANACOM do que o Governo português!*”

162 Como referia Peltzman, 1993: 824, graças ao contributo fundamental de Stigler, 1971, “*Arguments that regulation enhances efficiency now must show what is “in it” for the political actors when they move in that direction.*” Como aí também refere, “*economists now understand that regulation and tariffs share a common political susceptibility to the influence of organized interests.*”

163 Rodrik, 2011.

164 Rodrik, 2011.

*mais provável é que sejam os interesses especiais a controlar as regras*". Ora, por mais desacreditadas que estejam as democracias, elas "continuam a ser a nossa melhor salvaguarda contra regras arbitrárias."<sup>165</sup>

11. O Estado-Regulador é, na medida em que o Governo se desresponsabilize pelo (efetivo) *outsourcing* da regulação, uma mera substituição de uma imagem do poder por outra (as entidades de si "independentes" são ainda Estado<sup>166</sup> – se bem que *outro Estado*: mais opaco, menos escrutinado, menos transparente, mais permeável aos fenómenos de captura pelos interesses regulados<sup>167</sup>, e, ou, reduzido à irrelevância de mero transpositor de opções tomadas em outra sede) – e, na medida em que não se alheie desse efetivo *outsourcing*, uma mera redundância (se as atividades "regulatórias" continuarem a ser determinadas pela *longa manus* do Governo, a criação dessas entidades é uma mera cortina de fumo para fazer valer os mesmos valores e os mesmos critérios decisórios). A opção é, portanto, como na clássica explicação dos truques de magia, entre *Mirrors* e *Smoke*.

12. Se a preferência política interna é (tem sido) pelo *fumo*<sup>168</sup>, a preferência externa é pelos *espelhos* (como se percebe da lógica da integração europeia<sup>169</sup>, e se viu pelo Memorando assinado com a *troika*<sup>170</sup> – naturalmente porque

---

165 Como já em 1969 avisava Rogério Soares (2008: 109), a "substituição da engrenagem política por uma auto-organização económica" era a meta final de Georges Sorel.

166 E nem poderiam cumprir as suas funções se não comungassem dos poderes do Estado, mas é facto que (até porque o Estado é a expressão política da sociedade e os reguladores se querem apolíticos) há tendência para ver a regulação independente como pública, mas "não estadual". Neste sentido, Pinto, 2005: 161-162.

167 Pinto, 2005: 188 (\* nota suprimida), dá uma síntese adequada:

*o que se passa de facto é a transferência de poderes públicos do Estado para outras entidades que, no seu exercício, dão menos garantias, são menos independentes e conhecem limites mais ténues que o próprio Estado. São uma imitação do Estado, sujeita a um conjunto de normas de criação autista\* e com margens de discricionariedade e opacidade eventualmente superiores às instituições e organismos especializados, integrados na Administração Pública. As imitações são sempre piores que os modelos imitados.*

168 Por boas e más razões: se para alguns políticos o que está em causa é manter capacidade de intervenção para defender os interesses nacionais, o sonho de outros políticos – que, aliás, vários têm conseguido concretizar – parece ser transitarem para o conforto discreto e bem remunerado da direção de uma entidade administrativa independente. E, como se nota no Relatório referido na nota 50 (trecho acessível em <http://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-14.html>) não se trata de uma especificidade nacional: "Dans de nombreux pays continentaux (...) les nominations, sans être nécessairement franchement «partisanes», se portent sur des personnalités politiques, anciens ministres ou parlementaires."

169 Silva, 2008: 207, cita uma observação certa de Martin Shapiro (em 1996): "Para aqueles que querem que a União Europeia cresça, não parece plausível no momento que a Comissão cresça. E se não se consegue fazer a Comissão crescer, distribuem-se agências europeias por toda a União e vemos se a fazem crescer."

170 Supra, nota 2.

quanto maior for a lealdade dos reguladores aos decisores políticos internos, ou mais sensíveis forem os reguladores aos interesses nacionais, menor será a conformação à cultura do sector, sendo que esta acaba sempre por ser determinada pelos maiores interesses em presença<sup>171</sup>). Certamente pelas mesmas razões, tal preferência externa não é aplicada à arquitetura institucional da União Europeia, onde a criação de entes especializados e independentes *no âmbito dos poderes conferidos pelos Tratados* tem sido minimizada.

## BIBLIOGRAFIA

CADETE, Maia

2005 *Concorrência e Serviços de Interesse Económico Geral*, Cascais: Principia.

CALVETE, Victor

2009 “As semelhanças e as diferenças: regulação, concorrência e *all that jazz*”, *JULGAR*, n.º 9, pp. 73-95.

2010 “O Controlo Jurisdicional da Actividade da Autoridade da Concorrência”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. II, *Economia, Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, pp. 1025-1068.

CONFRARIA, João

2005 *Regulação e Concorrência – Desafios do Século XXI*, Lisboa: Universidade Católica Ed.

2010 “Falhas do Estado e Regulação Independente”, *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 3, pp. 33-52.

CANOTILHO, Gomes

2009 “O princípio democrático sob a pressão dos novos esquemas regulatórios”, *Revista de Direito Público e Regulação*, n.º 1, pp. 99-108.

CARDOSO, Lucas

2002 *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição – Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração independente*, Coimbra: Coimbra Editora.

CARREIRA, Medina (e Ricardo Costa)

2007 *O Dever da Verdade*, Lisboa: Dom Quixote.

---

171 Até pelo fenómeno do *forum-shifting*, descrito entre nós por Catarino, 2010: 42-45, onde o processo negocial não conduza aos resultados pretendidos pelos interesses dominantes, congela-se ou abandona-se o processo nesse *forum* e reabre-se em outro, até à obtenção desses resultados.

CATARINO, Luís

2010 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros*, Coimbra: Almedina.

CROLY, Herbert

1911 *The Promise of American Life*, New York: Macmillan.

EKELUND JR., Robert (ed.)

1998 *The Foundations of Regulatory Economics - Vol. II - Modern Approaches to Regulatory Economics*, Cheltenham: Edward Elgar.

FERREIRA, Eduardo Paz

2001 *Direito da Economia*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

2010 “Em torno da Regulação Económica em Tempos de Mudança”, *C&R Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 3, pp. 31-54.

FERREIRA, Eduardo Paz & MORAIS, Luís Silva

2009 “A Regulação Sectorial da Economia – Introdução e Perspectiva Geral”, in Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais & Gonçalo Anastácio (coords.), *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina, pp. 7-38.

FERNANDES, Soares

2007 *Teorias Económicas da Regulação – Grupos de Interesse, Procura de Renda e Apri-  
sionamento*, Lisboa: Instituto Piaget.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne

2006 “Lignes Directrices du Bilan des Autorités Administratives Indépendantes”, in *Rapport sur les Autorités Administratives Indépendantes, par M. Patrice Gélard, Sénateur, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006, Tome II: Annexes*, pp. 9-167.

GARCIA, Maria da Glória

2001 “As Transformações do Direito Administrativo na Utilização do Direito Privado pela Administração Pública – Reflexões Sobre o Lugar do Direito no Estado”, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, BFD – Studia Iuridica 60, Coimbra: Coimbra Editora.

GERADIN, Damien

2005 “The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience”, *Regulation through Agencies in the UE – A New Paradigm of European Governance*, ed. by Damien Geradin, Rodolphe Munõz & Nicolas Petit, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 215-245.

GONÇALVES, Pedro

2006 “Direito Administrativo da Regulação”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 535-573.

GORDON, J. Steel

2005 *An Empire of Wealth – The Epic History of American Economic Power*, New York: Harper Perennial.

GOUVEIA, Rodrigo (com a colaboração de Raquel Santos e Patrícia Gomes)

2001 *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora.

GROS, Daniel

2011 “Privatisation is no salvation”, disponível em <http://www.voxeu.org/index.php?q=node/6670>.

LEITE, Nogueira

2004 “Lição Inaugural do I Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública”, *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 493-515.

MAÇÃS, Fernanda

2006 “O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, pp. 21-49.

MARQUES, Rui (com Pedro Simões, João Simão Pires, João Almeida e Tiago Neves)

2011 *A Regulação dos Serviços de Abastecimento de Água e de Saneamento de Águas Residuais – Uma perspectiva internacional*, Lisboa: Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR) – Centro de Sistemas Urbanos e Regionais (CESUR).

MARTINS, Alda

2009 “A laboralização da função pública e o direito constitucional à segurança no emprego”, *JULGAR*, n.º 7, pp. 163-184.

MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui

2007 *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora.

MORAIS, Blanco de

2001 “As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, n.º 1, pp. 101-154.

MOREIRA, Vital

1997 *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra.

2004 “Regulação Económica, Concorrência e Serviços de Interesse Geral”, *Estudos de Regulação Pública – I*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 547-563.

2004 *Estudos de Regulação Pública – I (org.)*, Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, Vital & MAÇÃS, Fernanda

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

NAZARÉ, Luís

2004 “Lição Inaugural do II Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública”, *Estudos de Regulação Pública - I*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 517-545.

OTERO, Paulo

2001 *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – A Influência do Totalitarismo na Democracia do Século XXI*, Cascais: Principia.

2001a “Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo*, BFD – Studia Iuridica 60, Coimbra: Coimbra Editora.

PELTZMAN, Sam

1993 “George Stigler’s Contribution to the Economic Analysis of Regulation”, *The Journal of Political Economy*, Vol. 101, n.º 5, pp. 818-832.

PINTO, Vera-Cruz

2005 “A regulação pública como instituto jurídico de criação prudencial na resolução de litígios entre operadores económicos no início do Século XXI”, *Regulação e Concorrência – Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência*, Coimbra: Almedina.

PONTIER, Jean-Marie

2006 “Étude de Droit Comparé sur les Autorités Administratives Indépendantes”, in *Rapport sur les Autorités Administratives Indépendantes, par M. Patrice Gélard, Sénateur, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 juin 2006, Tome II: Annexes*, pp. 171-449.

RODRIK, Dani

2011 “Economistas e Democracia”, *Público* de 22 de maio de 2011, tradução de “*Economists and Democracy*”, publicado online em 11 de maio de 2011 (<http://www.project-syndicate.org/commentary/rodrik56/English>).

ROSANVALLON, Pierre

2000 *La démocratie inachevée – Histoire de la souveraineté du peuple en France*, s/l., Gallimard.

2006 *La contre-démocratie – La politique à l’âge de la défiance*, Paris: Seuil.

2008 *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris: Seuil.

SALVADOR MARTINEZ, María

2002 *Autoridades Independientes*, Barcelona: Ariel Derecho.



- SANCHES, Saldanha  
 2008 *Direito económico – Um Projecto de Reconstrução*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SERENS, Nogueira  
 2007 *A Monopolização da Concorrência e (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Coimbra: Almedina.
- SCOTT, Colin  
 2005 “Agencies for European Regulatory Governance: A Regimes Approach”, *Regulation through Agencies in the UE – A New Paradigm of European Governance*, ed. by Damien Geradin, Rodolphe Munõz & Nicolas Petit, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 67-87.
- SILVA, Nuno Calvão da  
 2008 *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Coimbra: Almedina.  
 2009 “Regulação das Águas e dos Resíduos em Portugal”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXV, pp. 565-620.
- SOARES, Rogério  
 2008 *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra: Tenacitas (a 1.<sup>a</sup> edição é de 1969).
- STIGLER, George  
 1971 “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, n.º 1, pp. 3-21.
- STOBER, Rolf  
 2008 *Direito Administrativo Económico Geral – Fundamentos e Princípios – Direito Constitucional Económico*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora.
- THATCHER, Mark  
 2005 “Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”, *Regulation through Agencies in the UE – A New Paradigm of European Governance*, ed. by Damien Geradin, Rodolphe Munõz & Nicolas Petit, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 47-66.
- TORRES, M. D. F.  
 2004 *Estado, Democracia e Administração Pública no Brasil*, Rio de Janeiro: FGV.
- VASCONCELOS, Jorge  
 2006 “O Estado Regulador: Principais características e perspectivas de evolução”, *Anos-Luz – A regulação da energia em Portugal*, Lisboa: Entrelinhas, pp. 67-89.
- VISCUSI, Kip, VERNON, John & HARRINGTON, Joseph  
 2000 *Economics of Regulation and Antitrust*, 3.<sup>a</sup> ed., Cambridge: The MIT Press.



# SWITCHING COSTS IN THE PORTUGUESE TELECOMMUNICATIONS SECTOR: RESULTS FROM A CUSTOMER SURVEY

*Ana Amante\*/João Vareda\*\**

*ABSTRACT: Switching costs increase the rigidity of consumers demand and lessen competition between firms, effects that are particularly relevant in the telecommunications market. Therefore, besides characterizing the most important mobility restrictive factors for consumers in the telecom markets, we conducted a survey to obtain data on consumption decisions by telecommunications customers in Portugal. The survey results suggest that, on average, switching costs represent more than 40% of the monthly expenditure of each customer with these services, and that fixed voice services are the ones where customers seem to face higher difficulties in switching, while broadband services and triple-play offers are the ones where switching is effortless. Considering the tasks necessary to complete the switching process, we find the disclosure of a new phone number to be the most difficult one. Customers also showed high concern with respect to the possibility of losing quality of service. The comparison of offers is another relevant task for customers. Compatibility costs are also imposing high restrictions to customer mobility. Finally, we discuss the remedies which policy makers can adopt to address the most relevant switching costs identified.*

**SUMMARY:** Introduction. 1. A typology of mobility restrictive factors. 2. Impact of switching costs on competition. 3. Empirical evidence on switching costs. 4. Switching costs value and switching process. 4.1. Sample description. 4.2. Switching costs. 4.3. Switching process difficulties. 5. Conclusion and policy discussion.

---

\* Autoridade da Concorrência, Avenida de Berna, n.º 19, 1050-037 Lisboa, Portugal. E-mail: ana.amante@concorrenca.pt.

\*\* Autoridade da Concorrência, Avenida de Berna, n.º 19, 1050-037 Lisboa, Portugal. E-mail: joao.vareda@concorrenca.pt.

## INTRODUCTION

Switching costs are particularly relevant in the context of telecommunications markets as these are generally characterized by the presence of operators which own large customer bases and often adopt strategies to avoid customers' switching and the consequent reduction of their market share. These strategies frequently inhibit the development of a more effective competition and may even pre-empt entry by new operators.

In fact, according to a recent EU Directive on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services:

*“In order to take full advantage of the competitive environment, consumers should be able to make informed choices and to change providers when it is in their interests. It is essential to ensure that they can do so without being hindered by legal, technical or practical obstacles, including contractual conditions, procedures, charges and so on.”* (European Commission, 2009).

In the particular case of the Portuguese telecommunications market, and as a result of the late full market liberalization and the stability of the operators' market shares, switching costs constitute a key issue. Indeed, churn rates in Portugal, as in many other countries, are very low with only 8% of consumers switching their fixed voice services provider per year, 4% for the mobile voice services and 9.5% for broadband services.

This paper characterizes the consumer's mobility in the telecommunications market, starting with a discussion about the most important mobility restrictive factors for consumers, presenting some specific examples and evaluating their impact on prices, market shares and entry.

Moreover, a survey was conducted to obtain data on consumption decisions by Portuguese telecommunications customers. According to the results of the survey, switching costs are equal to 11.4 euros for broadband services, 13.2 euros for fixed voice services and 13.6 euros for mobile voice services. Regarding the triple-play offers, comprising fixed voice, broadband and pay-TV services, switching costs amount to more than 23 euros. Taking into account the average monthly expenditure with each of these services, fixed voice services are the ones where customers seem to face higher difficulties in the switching process, with switching costs representing 62% of the monthly expenditure, while broadband services and triple-play offers are the ones where switching costs seem to be less important, with a weight of 41% of the monthly expenditure. These results are consistent with the average difficulty level of the switching process stated by customers for each type of service.

Considering the different tasks necessary to complete a switching process, voice services customers classify the disclosure of a new phone number with the highest grade in terms of the effort demanded. This justifies why number portability is valued between 7% and 10% of the average monthly expenditure with each service. Customers also showed high concern with respect to the possibility of losing quality of service (QoS) after switching. The comparison of alternative offers is another relevant task for customers. Compatibility costs are also imposing high restrictions on customer mobility, particularly for the mobile voice services case. These are therefore the tasks on which policy makers should focus with priority if they want to improve consumers mobility.

The remainder of the article is organized as follows. A typology of switching costs is described in Section 2 and, in Section 3, we discuss its impact on competition. In Section 4, a summary of the empirical literature on switching costs is presented. In Section 5, the survey results concerning the switching costs and the switching process effort are explained. Finally, in Section 6, we conclude with a discussion about the remedies that can be adopted by policy makers to reduce the most relevant switching costs identified.

## 1. A TYPOLOGY OF MOBILITY RESTRICTIVE FACTORS

The telecommunications sector, as other service sectors such as banking, insurance and electricity supply, is often characterized by the presence of factors that restrict consumers' mobility. These factors include costs related with the search and comparison of offers (search costs) and costs related with the process of switching suppliers (switching costs).

*Search costs* include the set of costs faced by a consumer when trying to identify and understand alternative offers' characteristics. They result from a lack of information transparency and from the consumers' difficulties when comparing the terms and conditions of different offers.

For instance, the difficulties on the comparison of prices may result from price heterogeneity. For voice communications services, prices differ according to the period of the day (peak and off-peak prices) and the distance (local, national and international calls). Prices also vary with the call receivers' network, i.e. if the receiver of a call belongs to the same network as the caller (on-net call) the price is usually lower than if he belongs to a different network (off-net call). On the other hand, there is a wide range of types of tariffs, namely, linear tariffs, flat rates, two-part tariffs, or even multiple-part tariffs which increase the difficulty of comparing prices.

Besides the different types of tariffs, broadband services are also characterized by the absence of homogeneity concerning quality. In this case, the existence of different download and upload speeds and traffic limits makes the comparison of alternative offers extremely complex.

Finally, and still concerning search costs, the recent convergence process while allowing for the emergence and growing penetration of multiple-play offers, namely double-play, triple-play and even quadruple-play, has led to an increase in the offers' heterogeneity and complexity, reinforcing the comparison difficulties faced by consumers.

*Switching costs*, on the other hand, are borne by a consumer whenever he chooses to switch from his previous service provider to a new one. These differ from search costs since switching costs are only incurred when a consumer is already buying services from a given provider, while search costs arise not only when the consumer decides to switch provider, but also when he enters the market for the first time or when he "looks around" without switching.

Switching costs can be categorized into: (i) *transaction costs*, (ii) *contractual costs*, (iii) *psychological costs*, (iv) *uncertainty costs*, (v) *learning costs*, (vi) *compatibility costs*, and (vii) *switching costs associated with bundled offers*.<sup>1</sup>

*Transaction costs* have both a pecuniary and a non-pecuniary nature, with the latter resulting from the need to carry out several time consuming tasks, namely the celebration and the cancellation of a contract of telecom services.

Moreover, the services' disconnection by the old provider and the services' installation and activation by the new provider also require waiting times that may be significant from a consumer perspective.

In addition to the previous tasks, there are other transaction costs related to the disclosure of a new fixed or mobile number, or even of a new e-mail address. These costs may be substantial, especially for non-residential customers who have to contact all their clients and suppliers and to change their marketing and promotional material.

*Contractual costs* are generally introduced by service providers in order to create switching barriers. These costs take the form of restrictive contractual clauses with respect to the unilateral ending of a contract by a consumer. Consumers are often obliged to subscribe services for minimum periods of time, e.g. from 12 to 24 months, as a compensation from having benefited

---

1 See OFT, 2003 for a general description of these categories.

from lower prices on handsets or other equipment. Some promotional campaigns with rebates also require minimum subscription periods.

On the other hand, loyalty programs, by creating incentives for repeated acquisitions, also constitute a contractual cost. These programs usually reward consumption with points which may later be used by consumers when buying new equipment.

*Psychological costs* are one of the most difficult categories of switching costs to identify. In fact, when a consumer engages in a long-medium-term contractual relationship he develops a close “emotional” link towards his provider which may constitute a barrier when deciding to switch to an alternative one.

*Uncertainty costs* emerge when services are not fully standardized. Often, consumers only become aware of the services’ quality after purchasing and trying them, i.e. these services are what it is generally called “experience goods”. For instance, only after subscribing and making use of a given mobile network a consumer is able to realize the quality and coverage of its services. Under these conditions, switching to a new provider can lead to distrust by the consumer related to an eventual decrease in QoS.

*Learning costs* are another switching cost category which arises whenever a consumer contracts a service from a new provider and has to learn how to use it. For instance, when switching from a mobile network operator to another the consumer has to learn the new access numbers to voice-mail and to other customer support services. Also, switching to a new broadband provider may force the consumer to face a new access portal with different features and/or a different presentation.

*Compatibility costs* are one of the switching costs most frequently faced by consumers of telecommunications services. These costs are imposed by providers and make it difficult for consumers to keep the same equipment when they switch suppliers.

This type of cost is frequently faced by consumers of mobile voice services, with SIM-locking being the best example. Indeed, if a mobile voice services consumer wants to switch to an alternative provider and keep the same handset, he usually has to pay a fee to the original supplier in order to unlock it. Another example of compatibility costs has to do with the incompatibility of set-top boxes of different pay-TV operators.

Finally, there are also *switching costs associated with bundled offers* whenever a consumer has incentives to buy all the services from a unique provider, instead of “shopping around”.

Under these circumstances, whenever a consumer intends to switch the provider for a given service of the bundle, he cannot keep the previous bundle terms and conditions. Therefore, he has to renegotiate his contract which may result in a deterioration of the conditions he was benefiting from.

Telecom services are also characterized by the presence of network effects. A service exhibits network effects if the consumption by different customers is complementary, i.e., if each customer consumption payoff, and his incentives to consume, increase as more others consume the service. This is particularly present in case of mobile voice services, where the network effects result from the large price differences between on-net and off-net calls. In fact, when the customer's most frequent contacts (e.g. family and friends) have the same operator as him, this may constitute a barrier to switching, considering the bigger costs arising from the associated increase in the volume of off-net calls. However, and despite the importance of network effects in the industry, this issue is out of the scope of the paper, as our focus is on direct switching and search costs.<sup>2</sup>

## 2. IMPACT OF SWITCHING COSTS ON COMPETITION

These mobility restrictive factors increase the probability of a consumer keeping the same telecom provider, even in contexts where other providers are offering the same service at a lower price. According to Klemperer (1987a), switching costs make individual demand more rigid since consumers become less sensible to changes in prices, therefore reducing competition intensity.

Switching costs are therefore a source of market power to telecommunications service providers. In fact, two services which may be identical with respect to their characteristics, terms and conditions previously to their purchase become afterwards differentiated. Hence, the presence of switching costs has an impact on *prices*, on *market shares*, on *market entry decisions* and on *innovation*. This impact must be evaluated from a dynamic perspective, taking into account the presence of a mature or a growing market and the possibility of price discrimination between old and new consumers, as argued below.

---

<sup>2</sup> See Farrel & Klemperer, 2007 for a distinction between switching costs and network effects.



### **Impact on prices and market shares**

Concerning the impact on prices when price discrimination between old and new customers is not possible, there are two opposite effects, as identified by Klemperer (1995).

On one hand, firms have an incentive to take advantage of the presence of switching costs to charge higher prices to “harvest” the rewards from their locked-in customer base. As old customers are generally locked-in, they only switch to an alternative provider if the price charged by their current provider is higher than its rival’s price added by the switching cost value.

On the other hand, and taking into account that in markets where switching costs are present the customer base has a higher value for firms as they are later able to charge higher prices, there may be an intensification of competition because firms have incentives to price low to “invest” in new customers.

Accordingly, in the definition of its price strategy, the firm must balance the “harvest” and the “investment” incentives, being determinant for this evaluation the proportion of locked-in customers on the number of total customers. The higher the proportion of locked-in customers, the stronger is the first of the two incentives, and as a consequence, the lower is the competitive level in a given market.

It is therefore natural that a firm’s market share plays an important role in the definition of its prices. As Farrel & Shapiro (1988) and Klemperer (1995) argue, firms with higher market shares tend to extract profits from their locked-in customer base since these profits are higher than those they could obtain by capturing new customers through lower prices. As a consequence of these different incentives, firms frequently adopt a strategy denominated by “bargain then rip-off”. This strategy, identified by Klemperer (1995), implies that a firm initially charges a lower price, with the aim of building a customer base, adopting higher prices at a later stage when customers are already locked-in.

According to this strategy, in mature markets, the incentive for a firm to extract profits from its customer base is more intense as the proportion of locked-in customers is higher. In growing markets, on the other hand, the intensity of competition is stronger the lower the number of locked-in customers. In this case, firms tend to adopt lock-in strategies by charging lower prices.

In the telecommunications sector it is possible to distinguish both mature and growing markets. The mobile voice services market is near its maturity as penetration rates in most European countries are already above 100%.

In this market it is expected that the “harvest” effect prevails, i.e., it is more profitable for a firm to explore its locked-in customer base, than to invest in attracting new customers. On the other extreme, for broadband services the penetration is growing faster and the proportion of locked-in customers is still small. Therefore, the incentive to invest in the building of a customer base should be stronger, and lower prices are expected.

When price discrimination between old and new customers is possible, there is no need for a firm to balance these two incentives. In fact, as pointed out by Chen (1997), under these circumstances it is possible to offer lower prices to new customers, and at the same time to charge higher prices to locked-in customers. As a result of this discrimination, the definition of prices becomes independent of a firm’s market share, and the “bargain then rip-off” strategy applies directly.

One example of the application of a “bargain then rip-off” strategy in the mobile voice services market is the subsidization of handsets by providers, with the objective of encouraging the purchase of the service and recouping those losses later by pricing above cost on traffic.

We can then conclude that the presence of switching costs does not necessarily translate into a higher price level. In a scenario where price discrimination is not possible the combination of a price below cost when the market is developing, with a price above cost when the market is already mature may result on an inter-temporal average price higher or lower than the one that would have resulted in the absence of switching costs. When price discrimination is possible the average price can also be higher or lower than in a scenario without switching costs depending on the proportion of locked-in customers on the number of total customers.

According to Farrell & Klemperer (2007), the incentive to “harvest” the customer base tends to be stronger than the incentive to invest in new customers. Therefore, the average price should be higher than if there were no switching costs. Doganoglu (2010) and Cabral (2008) however show that, when switching costs are low, its presence in a market may give origin to lower average prices than in the absence of switching costs, since the “harvesting” effect is of second order under these conditions.

### **Impact on entry**

One of the most relevant aspects of switching costs is their effect on entry, as stressed out by Farrel & Klemperer (2007). When switching costs are high,

entry into a market with a high proportion of locked-in customers may become difficult. In these circumstances, an entrant has to charge a price substantially lower than the incumbent's price in order to attract a customer base. This however demands from the entrant an investment level which it may not have the conditions to engage in. When switching costs are low, market entry may also be difficult since incumbents are likely to fiercely fight entry in order to retain their customers and avoid switching.

However, and as suggested by Beggs & Klemperer (1992), when switching costs are neither too high nor too low, entry into the market can be facilitated by their presence, albeit on a limited scale. Indeed, when switching costs determine the setting of higher prices, markets become more profitable, and thus more attractive. On the other hand, and following Klemperer's (1987b) and Farrell & Shapiro's (1988) arguments, when incumbents are unable to price discriminate they may be more tempted to accommodate entry, focusing their commercial efforts on the extraction of profit from their customer base.

In this case, entrants choose to adopt a "judo strategy", which consists on entering on a small scale, leaving the incumbent free to explore its customer base.<sup>3</sup> The alternative strategy of incentivizing customer switching by paying for the switching costs would be too costly since the incumbent could react aggressively.

### **Impact on innovation**

Switching costs create a powerful incentive to innovation by guaranteeing higher investment returns. If there is no lock-in effect, a firm that invests in R&D, upgrading or creating a new service, may face a loss of customers to its rivals which meanwhile may copy its innovations and sell them at lower prices.

### **3. EMPIRICAL EVIDENCE ON SWITCHING COSTS**

There are a few empirical studies that try to estimate switching costs and its impact on consumers' decisions. In the following, we will present some of this literature applied to the telecommunications sector.

Concerning the fixed voice services market, the literature so far has focused on the switching costs in the North American market.

Knittel (1997) analyses the changes in the prices of long-distance calls in US after the AT&T divestment in 1984, based on a panel data of the

---

<sup>3</sup> Note that for entry on a small scale to be profitable the cost structure must not be very heavy.

three main operators. The author shows that switching and search costs were a source of market power for the operators that emerged from the AT&T divestment, determining the price rigidity observed after 1984. Additionally, Knittel (1997) identifies the negative effects on welfare due to higher prices charged by these operators.

The results of Epling (2002), based on a sample of the long-distance calls market of California after 1996, indicate that consumers less willing to switch are those that more frequently pay higher prices for this service. According to her behavioural model, the prices, the language operator service, and the inherent switching costs are the factors that have a higher influence on the switching decision, being possible to observe a high heterogeneity on consumers' behaviour.

Regarding the mobile voice services market, there are studies for a wide variety of countries, like Israel, Korea, Portugal, United Kingdom and Spain.

Shy (2002) develops a quick and easy method to estimate switching costs and applies it to several industries, namely to the mobile voice services sector in Israel. This author concludes that the expense of purchasing a new mobile phone is the most important factor, and shows that switching costs are approximately equal to the average price of a mobile phone.

On the other hand, Kim (2006) uses aggregate data on the mobile voice industry in Korea to estimate a structural dynamic model of switching decisions between tariff plans and firms. According to this author, consumers diverge substantially with respect to their preferences and the switching costs they face. This author argues that lower switching costs encourage consumers to switch relatively earlier. Moreover, changes in the variety of optional plans and characteristics also play an important role in the consumers switching decision.

Also on the Korean mobile voice market, Lee *et al.* (2006) estimate the existence of high switching costs, which implies that consumers are locked-in with their services providers. Furthermore, the findings point to the fact that incumbents have a first-mover advantage which results from brand loyalty and from having conquered, at the initial stage of the market, profitable consumers.

A study by Grzybowski & Pereira (2011), based on a panel of Portuguese consumer level data, shows that the price elasticity of demand for subscription of mobile voice services is high and switching costs are large. If these costs were eliminated, consumer surplus would increase in 44.7%. Grzybowski

& Pereira (2011) conclude by identifying, as determinant elements of the market structure, switching costs and brand preferences.

Grzybowski (2008), using a multinomial and mixed logit model on British consumer panel data, shows that consumers of mobile voice services in UK face significant switching costs which vary according to the service providers. Moreover, this author shows that the probability of a consumer switching its service provider depends on consumer characteristics as age and the ways he spends his free time.

A study by Maicas *et al.* (2009a) on the network effects and switching costs in the Spanish mobile voice market shows that these two forces play an important role on consumers' decisions regarding the selection of a mobile operator. According to this article, the probability of a consumer selecting a given mobile voice service provider increases with the number of his social network contacts already subscribing services from that provider.

Krafft & Salies (2006) focus on the French broadband industry and conclude that switching costs act as a barrier to mobility, bringing about a dominance of the technology supplied by the largest operator. Krafft & Salies (2006) also conclude that the price differential in this industry is insufficient to induce consumers to switch, but also too high to make entry profitable.

#### 4. SWITCHING COSTS VALUE AND SWITCHING PROCESS

##### 4.1. Sample description

In order to determine the relevance of the different search and switching costs, we conducted, in 2009, an online survey that allowed us to obtain data on consumption decisions by telecommunications customers in Portugal, distinguishing between customers of individual services and bundles. The sample of 1000 respondents represents the average residential customer of telecommunications services in Portugal, with ages between 18 and 64, according to the parameters of gender, region and age.<sup>4</sup>

Of these 1000 respondents, 86% subscribe to fixed voice services, 57% of which in a bundled offer and 43% individually. Regarding mobile voice services, there is a 96% subscription rate, but only 2% of which in a bundled offer. Finally, and concerning broadband services, the subscription rate is

---

<sup>4</sup> The margin error for an interval of 95% is  $\pm 3.1$  pp.

also 96%, but from these, 57% subscribe it in a bundled offer and only 43% subscribe it individually.

The bundled offer subscribed by the highest number of respondents is a triple-play offer which includes fixed voice, broadband and pay-TV services with a subscription rate of 64% of the number of respondents with bundled offers. As the remaining bundles are subscribed by a small proportion of the respondents, we will only focus on this triple-play offer.

## 4.2. Switching costs

In the survey customers were firstly asked about the monthly savings they would require from a new service provider to switch from their current provider, under two scenarios, one where number portability was not available, and the other where it was.

Table 1 presents the statistics on these amounts and also on the average monthly spending for each of the four services considered.

TABLE 1: Switching costs

	Fixed voice	Mobile voice	Broadband	Triple-play
Average monthly spending, €	19.79	23.29	26.39	57.85
Switching costs, € (without nr portability)	13.15	13.58	11.44	23.34
Switching costs, € (with nr portability)	10.51	10.25	–	19.42
Switching costs % (without nr portability)	62%	57%	41%	41%
Switching costs % (with nr portability)	51%	44%	–	34%

If we take the savings demanded by customers to switch provider as an indicator of the switching costs, we can conclude that these are extremely high. In fact, when customers cannot keep their phone number, for fixed and mobile voice services the switching costs amount to more than 13 euros, for broadband services switching costs are above 11 euros, and for triple-

play offers switching costs increase to more than 23 euros. When number portability is possible, these costs decrease to around 10 euros for fixed and mobile voice, and to near 20 euros for the triple-play offer.

As average monthly spending differs significantly across services, the percentage of switching costs on the average monthly spending is a more meaningful measure and it is more useful for comparison purposes. With this respect, fixed voice services present the highest relative switching cost (62%), followed by mobile voice services (57%). Broadband services and triple-play offers present lower switching costs as a proportion of the average monthly spending (41%). Again, if we consider these variables when number portability is possible, we observe that switching costs decrease between 7 and 13 percentage points.

Note that the difference between the two scenarios, where only the possibility of keeping the phone number is changed, allows us to determine the value of number portability for customers of fixed and mobile voice services, and of triple-play offers. Comparing the three different offers where number portability is relevant, we find that number portability is more important for fixed and mobile voice services customers, representing 11% and 13% of the average monthly spending, respectively. For the customers of the triple-play offer, number portability is less important due to the fact that the fixed voice service is only one component of this package, which includes additionally broadband and pay-TV services.

Despite the importance of number portability, many consumers reveal that they opted to change their phone number when they switched service providers. The main reasons for not keeping the same number vary from not knowing that this was possible (for the fixed voice services consumers) to not considering it important (for the mobile voice services and triple-play offers). The complexity of the portability process and the pecuniary costs associated to it are other reasons referred by consumers for changing the phone number.

### **4.3. Switching process difficulties**

In order to determine the areas where policy makers' intervention is more urgent, customers were asked to score, according to a 10-grade scale, the level of effort demanded by several tasks and factors that constitute the switching process. These can be classified according to the categories of restrictive mobility factors identified in Section 2, as follows:

(i) searching for offers	}	<b>Search costs</b>
(ii) comparing relevant offers		
(iii) cancelling the old contract	}	<b>Transaction costs</b>
(iv) celebrating a new contract		
(v) new phone number disclosure		
(vi) learning how to use the new service	}	<b>Learning costs</b>
(vii) risk and uncertainty in terms of QoS associated to the switch		
	}	<b>Uncertainty costs</b>

Customers were also asked to grade the level of effort demanded in their last switching process or, for those who did not switch provider, which could potentially be demanded. The comparison of the average grade for each of the tasks and factors with the total difficulty level of the complete switching process allows us to determine in which areas it is more critical to intervene.

Table 2 presents the average effort level revealed by telecom customers for each of the tasks and factors that constitute the switching process, distinguishing between each individual service (fixed voice, mobile voice and broadband services) and the triple-play offer.

TABLE 2: Effort in switching tasks

	Fixed voice	Mobile voice	Broadband	3-Play
Searching for offers	5.0	4.7	4.8	4.6
Comparing relevant offers	5.1	4.9	4.8	4.9
Cancelling the old contract	4.8	3.4	4.8	4.8
Making a new contract	4.3	3.9	4.2	4.0
Learning how to use the new service	3.6	3.4	3.8	3.8
Installing the new service	4.9	–	4.2	4.5
New phone number disclosure	7.4	7.2	–	6.5
Risk and uncertainty regarding QoS	7.0	6.3	7.0	6.8
<b>Total difficulty</b>	<b>5.0</b>	<b>4.9</b>	<b>4.8</b>	<b>4.8</b>



Concerning fixed voice services, the task that on average is classified by customers with the highest grade in terms of the effort demanded is the disclosure of a new phone number. This is followed by the fear of a decrease in the QoS. Searching and comparing relevant offers are also above the total difficulty level. Learning how to use the new service seems to be the task that customers consider to be effortless.

The mobile voice services customers reveal a similar pattern, i.e. the disclosure of a new phone number is the most effort demanding task and the fear of a decrease in the QoS is very high. Again, the comparison of relevant offers is above the total difficulty level. Cancelling the old contract and learning how to use the new service are the tasks where, on average, customers reveal a lower effort.

Regarding broadband services, customers showed a high concern with the possible loss of quality. The search for and the comparison of alternative offers, and cancelling the old contract are the tasks which present the same level of difficulty as the complete switching process, while learning how to use the new service is the effortless task.

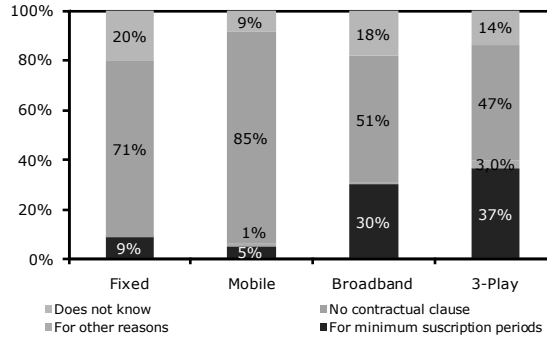
Finally, and similarly to the fixed and mobile voice service customers, the task of switching a triple-play provider that is perceived by customers as the most difficult one is the disclosure of the new phone number. Additionally, customers show, on average, a higher fear with respect to the loss of QoS. Comparing the relevant offers and cancelling the old contract are the other tasks which are also above the total difficulty level. Learning how to use the new service is the lowest effort demanding task.

Comparing the four services, we do not observe large differences in terms of the total difficulty level experienced by customers to complete a switching process. Even so, it is possible to state that the fixed voice services are the ones where customers seem to face higher difficulties, while broadband and triple-play services are the ones where switching is less difficult. This is in accordance with our results for the switching cost value presented in section 5.2.

Regarding contractual costs, we observe that minimum subscription periods and penalties are particularly relevant to broadband and triple-play customers. Indeed, according to Figure 1, a third of the customers of these services are subject to long-term contracts. Even so, the majority of telecommunications customers reveal that they are not subject to contractual clauses. Note that some customers can eventually be subject to this type

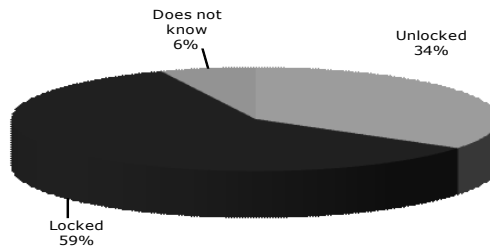
of penalties. However, they are not aware of this. In this case, the contract clauses do not constitute a switching cost.

FIGURE 1: Customers subject to contractual penalties



Finally, and concerning compatibility costs, we determine in our survey that, in Portugal, a large majority of mobile voice customers have their mobile handsets locked-in to a given network (see Figure 2).

FIGURE 2: Mobile Voice Customers subject to SIM-locking



## 5. CONCLUSION AND POLICY DISCUSSION

This study characterizes the telecom markets in terms of the most important mobility restrictive factors for consumers, namely search costs and switching costs, distinguishing between its different categories (transaction costs, contractual costs, psychological costs, uncertainty costs, learning costs, compatibility costs and switching costs associated with bundle offers).

We find that switching costs are very high in the telecommunications sector. They vary between 11.4 and 13.6 euros for individual services and are above 23 euros for triple-play offers. These correspond to more than 40% of the average monthly expenditure with each of these services. Furthermore, fixed voice services are the ones where customers seem to face higher difficulties in switching, while broadband services and triple-play offers are the ones where switching is less difficult.

Regarding the difficulty level of the switching process, we observe a similar pattern, i.e. fixed voice services are the ones where customers seem to face higher difficulties, while broadband and triple-play services are the ones where switching is less difficult.

Considering the tasks necessary to complete the switching process, we find that the disclosure of a new phone number is scored with the highest grade in terms of the effort demanded for customers of fixed and mobile voice, as well as for triple-play customers. In fact, customers attribute a value to number portability between 7% and 10% of the average monthly expenditure with each service. Customers also show high concern with respect to the possibility of losing QoS. The search and comparison of offers are other relevant tasks for customers. Compatibility costs are also imposing high restrictions to mobile voice customers' mobility.

Several remedies aimed at reducing switching costs can be adopted. In the particular case of the tasks and factors that are identified by customers as being more restrictive, the following remedies have been recently discussed or applied in different countries.

As concerns remedies focused on search costs, two examples are worth mentioning: price comparison tools and quality comparison tools. *Price comparison tools* are usually made available online, and require the introduction of a usage profile by customers. Then, these tools compare the different offers available in the market and select the one which fits better the introduced profile, i.e. the one that allows the customer to minimize his monthly expenditure. The efficiency of these tools can be maximized if they include all the relevant prices and offers' characteristics. For instance, for voice services they should include, not only per minute prices, but also installation and activation fees. In the case of broadband, the download and upload speeds as well as contention ratios are essential to evaluate the best offer.

Similarly to price comparison tools, *quality comparison tools* facilitate the evaluation by customers of different operators' performance regarding a set

of quality indicators. This set of indicators should respect some basic rules, namely they should be straightforward, the most updated possible and in a reasonable number. For voice services, quality comparison tools could comprise some of the following indicators: percentage of number portability requests addressed on time, percentage of customers' complains dealt with on time, and percentage of customers' calls to information and support services answered on time. Comparative information regarding the geographic coverage of mobile voice services could also be made available to customers.

The success of price and quality comparison tools is highly dependent of the way they are designed. If customers find them complex to use they will not be able to obtain the correct output. To increase the reliability of customers on these tools, they should be subject to an accreditation process by policy makers that would guarantee the quality, transparency, accessibility, comprehensibility and availability to all.

Regarding transaction costs, and more specifically intervening on the new phone number disclosure, the *process of number portability* can be improved in several aspects. In fact, the relevance of number portability depends on its cost and on the time taken by service providers to carry out the process. The success of this remedy also depends on how it is perceived by customers. Thus, policy makers should enforce number portability rules to prevent operators from delaying its implementation with the objective of discouraging customer switching. Furthermore, increasing the awareness of this tool is essential for its generalized adoption by customers.

The uncertainty about quality can be partially alleviated by the *publication of QoS studies and regulations*. These studies and regulations not only allow customers to make more informed decisions, but also make service providers liable for eventual service faults. The utility of QoS studies can be improved if they include rankings for several indicators as well as a global ranking system which facilitate the customer selection. Regarding quality regulations, they should indicate quality indicators to be measured and published online by service providers. The development of *informative campaigns* can also be an efficient measure to improve customer awareness. In particular, providing to customers, through multiple channels (e.g. online, in sales points or in customer associations), an informative guide aimed to assist them in their service selection and daily usage can contribute to diminish the uncertainty costs.

Finally, and acting on the compatibility costs, the *removal of SIM-locking* would be the most obvious remedy. However, according to a study

commissioned by the British Regulator, this measure has several pros and cons. The benefits of forbidding SIM-locking identified in the study were: (i) it would be easier and faster to switch between providers; (ii) customers could split mobile voice services between two or more providers using one handset with two (or more) SIM cards which would enable them to select a network according to a call type and the time of day; (iii) more options for call coverage and signal quality, as customers could switch between networks by using multiple SIM cards; (iv) competitive pressure on handset prices; (v) greater customer choice; (vi) greater transparency of pricing since handsets and tariffs could be compared separately by customers; (vii) lower entry barriers; and (viii) protection from undue restrictions in relation to handset subsidies. This study also identified disadvantages from removing SIM-locking. In particular, many operators compete partly on the basis of specialized handsets and services that those handsets can offer. If the handsets were sold unlocked there would be less incentives for providers to compete in such way. This could potentially have adverse consequences on innovation as operators may not develop services if they are not sure that they are able to retain customers.

Given this pros and cons, the removal of SIM-locking may be seen as an extreme measure, as it is always possible for customers to buy the same unlocked handsets at higher prices. Even so, the locking period and the fee charged to unlock the handset should be related to the benefits customers have enjoyed when buying the equipment at lower prices. Moreover, charging a fee for unlocking a handset even after the end of the minimum subscription period does not seem to be in line with the imposition of this period. Thus, banning the charge of a fee after the end of the minimum subscription period is a justifiable measure to remove this compatibility cost. Finally, the unlock fee should take into account not only the price of the equipment without any subsidy, but also the time left to the end of the minimum subscription period.

We argued that switching costs affect competition by making demand more rigid since consumers become less sensible to changes in prices. They may then result in higher prices and in entry barriers for new operators. Therefore, it is critical for policy makers, sectoral regulators, competition authorities and/or governments, to design and implement remedies which enhance customers' switching behaviour, particularly those that act over the more restrictive switching costs identified.

## REFERENCES

- BEGGS, A. & Klemperer, P.  
1992 “Multiperiod Competition with Switching Costs”, *Econometrica*, 60 (3), pp. 651-666.
- CABRAL, L.  
2008 “Small Switching Costs Lead to Lower Prices”, mimeo.
- CHEN, Y.  
1997 “Paying Customers to Switch”, *Journal of Economics and Management Strategy*, 6 (4), pp 877-897.
- DOGANOGLU, T.  
2010 “Switching Costs, Experience Goods and Dynamic Price Competition”, *Quantitative Marketing and Economics*, 8 (2), pp. 167-205.
- EPLING, N.  
2002 “Price Discrimination amid Heterogeneous Switching Costs: A Competitive Tactic of the Telephony Resale Fringe”, Yale University.
- EUROPEAN COMMISSION  
2009 “Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council”, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009L0136:EN:NOT>.
- FARREL, J. & Klemperer, P.  
2007 “Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects”, in *Handbook of Industrial Organization*, vol. 3. Amsterdam: North Holland Publishing.
- FARREL, J. & SHAPIRO, C.  
1988 “Dynamic Competition with Switching Costs”, *The Rand Journal of Economics*, 19 (1), pp. 123-137.
- GRZYBOWSKI, L.  
2008 “Estimating Switching Costs in Mobile Telephony in the UK”, *Journal of Industrial Competition Trade*, 8, pp. 113-132.
- GRZYBOWSKI, L. & PEREIRA, P.  
2011 “Subscription Choices and Switching Costs in Mobile Telephony”, *Review of Industrial Organization*, 38 (1), pp. 23-42.
- KIM, J.  
2006 “Consumers’ Dynamic Switching Decisions in the Cellular Service Industry”, NET Institute Working Paper 06-24.

KLEMPERER, P.

1987a “Markets with Consumer Switching Costs”, *Quarterly Journal of Economics*, 102 (2), pp. 375-394.

1987b “Entry Deterrence in Markets with Consumer Switching Costs”, *Economic Journal (Supplement)*, 97(0), pp. 99-117.

1995 “Competition when Consumers have Switching Costs”, *Review of Economic Studies*, 62 (4), pp. 515-539.

KNITTEL, C.

1997 “Interstate long distance rates: search costs, switching costs and market power”, *Review of Industrial Organization*, 12, pp. 519-536.

KRAFFT, J. & SALIES, E.

2006 “The cost of switching Internet providers in the French broadband industry, or why ADSL has diffused faster than other innovative technologies”, OFCE, 16.

LEE, J., KIM, Y., LEE, J.-D. & PARK, Y.

2006 “Estimating the extent of potential competition in the Korean mobile telecommunications market: Switching costs and number portability”, *International Journal of Industrial Organization*, 24, pp. 107- 124.

MAICAS, J. P., POLO, Y. & SESE, F. J.

2009 “Reducing the level of switching costs in mobile communications: The case of Mobile Number Portability”, *Telecommunications Policy*, 33 (9), pp. 544-554.

OFT

2003 “Switching costs”, Economic Discussion Paper 5.

SHY, O.

2002 “A quick-and-easy method for estimating switching costs”, *International Journal of Industrial Organization*, 20, pp. 71-87.





# DOSSIER TEMÁTICO I

*Direito da Concorrência – Uma perspectiva brasileira*



# A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE NO BRASIL

*Fernando Herren Aguillar\*/Diogo R. Coutinho\*\**

**ABSTRACT:** This brief paper attempts to summarise the changes of the roles of the State and law in the recent trajectory of Brazilian development, in order to present the innovations and challenges brought by the enactment, in late 2011, of a new antitrust law. We shall attempt to highlight the facts that the adoption and effective implementation of competition defence legislation in Brazil is associated to the processes of liberalisation, operational regulatory deconcentration and monetary stabilisation of the 1990s and that, since then, the application of antitrust law has followed a slow and sometimes tortuous path of evolution and institutional maturity. We argue that, in light of the above, the process of consolidation and development brought about by the new law involves non-trivial challenges, as it will demand institutional, procedural and substantive changes and adjustments of complex implementation which, in practical terms, will constitute an important test of the effectiveness of antitrust public policy in Brazil.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: do controle de preços à defesa da concorrência. 2. A implementação efetiva da ação antitruste no Brasil (1994-2011). 3. A nova lei e suas principais inovações. 3.1. Alterações institucionais. 3.2. Alterações materiais. 3.3. Alterações processuais. 3.3.1. Tipos de procedimento. 3.3.2. Processo administrativo no controle de atos de concentração econômica. 3.3.3. Processo administrativo por infrações à ordem econômica. 3.3.4. Programa de leniência. 4. Atos de concentração. 4.1. Acordo em controle de concentrações – ACC. 5. Conclusão: desafios de consolidação e aperfeiçoamento.

---

\* Professor do Curso de Gestão de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. E-mail: aguillar@usp.br.

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap). E-mail: diogocoutinho@usp.br

## 1. INTRODUÇÃO: DO CONTROLE DE PREÇOS À DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Desde os anos 1930 e mais intensamente a partir da década de 1950, o Estado brasileiro vem, de diferentes formas e com distintas motivações, transformando e influenciando de modo decisivo a dinâmica capitalista do país. Para fazê-lo, tem se valido de uma ampla gama de instrumentos de política pública – boa parte dos quais jurídicos – destinados a perseguir metas como industrialização, crescimento e desenvolvimento.

Como se sabe, a estratégia de substituição de importações, adotada também em outras partes da América Latina, partiu do pressuposto de que os mercados domésticos não eram capazes de reunir e coordenar os investimentos necessários para promover a industrialização, entendida como saída para o atraso e para a dependência de produtos industrializados estrangeiros. A visão predominante, influenciada pelas escolas de pensamento econômico estruturalista e keynesiana, era a de que a ação econômica privada era débil e desarticulada e, por isso, precisava ser planejada e induzida pelo Estado no bojo de uma estratégia mais ampla de superação do subdesenvolvimento.

Diante disso, no período conhecido como “Era Vargas”<sup>1</sup>, o direito (primordialmente o direito público) foi, em síntese, instrumentalizado para promover a modernização e o fortalecimento do Estado e de suas instituições, suprimindo lacunas e falhas estruturais dos mercados domésticos. Foram largamente utilizadas ferramentas como o planejamento, o protecionismo tarifário, o controle e o tabelamento de preços, a criação de empresas estatais monopolistas e de conselhos setoriais regulamentares, o uso de estímulos financeiros, linhas de crédito e subvenções públicas.

Ao mesmo tempo em que se converteu em um conjunto de meios pelos quais o Estado procurava moldar e impulsionar a transição do capitalismo brasileiro de um modelo agrário exportador para uma economia baseada na indústria, o direito público econômico serviu à finalidade de, com muitas limitações, forjar e institucionalizar o aparato tecno-burocrático que daria suporte às políticas de substituição de importações. Assim, um grande número de autarquias, conselhos, empresas públicas, autoridades setoriais e

---

1 Em alusão a Getúlio Vargas, que entre 1930 e 1945 e depois, entre 1951 e 1954, governou o Brasil tanto como presidente eleito, quanto como ditador. Vargas, apelidado de “pai dos pobres”, liderou o início do processo de industrialização brasileiro, tendo sido também responsável pela estruturação de boa parte do arcabouço tecnocrático adotado nessa fase da história econômica do país. A expressão “era Vargas”, em um sentido alargado, compreende o período 1930-1980.

outras instituições de atuação direta e indireta na economia foram criadas nesse período no Brasil.

O modelo desenvolvimentista brasileiro começou a dar sinais de exaustão no final dos anos 1970 e, combatido pela conjunção de diferentes fatores (como as crises fiscais e financeira domésticas, os choques do petróleo, a crise do juro e o endividamento) fica definitivamente comprometido na década de 1980. Combinando estagnação e elevados índices de inflação, a década de 1980 mina significativamente a capacidade de investimento do setor público estatal e agrava o quadro de desigualdade sócio-econômica da sociedade brasileira. Ao longo desse período, o governo fez uso intensivo (e em boa medida mal-sucedido, por conta de efeitos contraproducentes) do tabelamento de preços e da fixação de tarifas de serviços públicos como formas de controle e estancamento inflacionário. Por essa razão, o emprego, no passado, das ferramentas de controle, fixação e tabelamento de preços, utilizadas com regularidade no Brasil desde o início dos anos 1960, é um importante elemento a ser considerado quando se trata de compreender a emergência da defesa da concorrência (política antitruste) no Brasil nos anos 1990.

Em 1988 uma nova ordem jurídica emerge com a promulgação da nova constituição, restaurando a democracia e o Estado de direito suprimidos pelo regime militar autoritário vigente entre 1964 e 1985. A Constituição de 1988, progressista e generosa, concebida com o objetivo de transformar a realidade econômica e social do país, enuncia direitos econômicos e sociais e almeja expressamente o desenvolvimento como objetivo, além de disciplinar, em um capítulo próprio, a ordem jurídica da economia brasileira. Esta deve equilibrar-se entre dois fundamentos amplos: a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa. Além disso, a nova constituição assegurou ao poder público a prestação de serviços públicos, permitindo ao Estado que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, discipline, fiscalize e planeje o setor público e indique ao setor privado que objetivos públicos pretende perseguir. As hipóteses de ação direta – empresarial – do Estado na economia são limitadas a casos e circunstâncias excepcionais e os monopólios públicos de atividades econômicas são limitados taxativamente a certos setores considerados estratégicos.

Pouco tempo depois, ainda no final dos anos 1980, os influxos das políticas neoliberais de abertura, privatização e desregulação econômicas chegam ao Brasil. Logo após sua entrada em vigor, a Constituição Federal de 1988 passa, no primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, por

sucessivas emendas e modificações com a finalidade de permitir a chamada “reforma do Estado” brasileiro. Monopólios públicos são flexibilizados e setores abertos à participação privada, em regime de concorrência.

Ao longo da década de 1990 um movimento de liberalização da economia brasileira é posto em marcha e, por meio de programas de privatizações, ajuste fiscal, abertura comercial e criação de agências reguladoras, um novo leque de instrumentos jurídicos passa a ser adotado para mediar e disciplinar as relações Estado-mercado no país. Dentre os componentes desse leque, surgem a ação reguladora – isto é, a adoção do modelo de autoridades reguladoras independentes – assim como a premissa de que mercados liberalizados devem promover a rivalidade entre agentes econômicos como forma de maximizar a eficiência econômica, seja no campo dos serviços públicos (por exemplo, telecomunicações, distribuição de energia elétrica e de gás, transportes públicos), seja no campo das atividades empresariais tipicamente desempenhadas por agentes privados (como, por exemplo, mineração, siderurgia, seguros, exploração de gás e petróleo<sup>2</sup>). De forma esquemática, pode-se dizer que, nesse contexto, o direito passa a ser instrumentalizado como meio de fortalecimento dos mercados em regime de concorrência e do estímulo ao investimento privado, voltando-se, com isso, aos objetivos de assegurar equilíbrio fiscal, calculabilidade e previsibilidade e, de forma ampla, eficiência econômica.

No ano de 1994 foi anunciado o Plano Real, iniciativa voltada para controlar a inflação e assegurar a estabilidade da moeda brasileira (o Real). Como parte das medidas adotadas por esse plano, foi recuperada e robustecida a acanhada legislação voltada, desde a década de 1930, à proteção da “economia popular” e à repressão aos atos contrários à “moral econômica”, aos crimes contra a “economia popular” e ao “abuso do poder econômico”<sup>3</sup>. Em outras palavras, somente a partir de 1994 é que o Brasil passou a efetivamente aplicar a legislação de defesa da concorrência que há décadas já possuía, mas

---

2 Evidentemente que o modelo de Estado desenvolvimentista que predominou no Brasil entre 1930 e 1980 não foi inteiramente substituído por um tipo de Estado regulador no qual a defesa da concorrência tem papel relevante. Como em regra ocorre, mais do que uma *substituição*, o que se verifica é a *sobreposição*, em “camadas geológicas”, de instituições, normas e processos característicos desses modelos de Estado. O que existe hoje no Brasil é, portanto, um modelo de Estado capitalista híbrido.

3 Desde a década de 1930 o Brasil adotou, em suas constituições inclusive, normas voltadas à defesa da concorrência (inicialmente designada “proteção da economia popular”) e à repressão a abusos decorrentes do exercício do poder econômico. Essas expressões foram empregadas, respectivamente, pelo Decreto-Lei n.º 869 de 1938, Decreto-Lei n.º 7.666 de 1945, Lei n.º 1.521 de 1951 e Lei n.º 4.137 de 1962.

havia deixado de operacionalizar de forma abrangente e consistente em vista da prevalência de outras ferramentas de política econômica – o controle de preços, em especial<sup>4</sup>.

Em suma, apenas com a edição da Lei n.º 8.884/1994 o Brasil passou a ter uma legislação antitruste vigente e de fato aplicada, a despeito de uma série de limitações orçamentárias. Foi somente na segunda metade da década de 1990, portanto, que a autoridade antitruste brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), existente do ponto de vista formal desde 1962, começou a atuar no controle de concentrações e atos potencialmente abusivos de poder de mercado no país. O que se nota, portanto, é que a defesa da concorrência como política pública esteve, no caso brasileiro, claramente associada à liberalização econômica da década de 1990, quando novos instrumentos e ferramentas jurídicas de disciplina das relações econômicas foram adotados. Em outras palavras, a adoção do antitruste no Brasil foi etapa de um processo mais amplo pelo qual os papéis do Estado foram reduzidos a partir da suposição, liberal no sentido econômico, de que as falhas de mercado existem mas são menos graves que as falhas de governo.

## 2. A IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA DA AÇÃO ANTITRUSTE NO BRASIL (1994-2011)

A partir de 1994 começa a lenta estruturação do chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo Cade<sup>5</sup>, pela SDE (Secretaria de Direito Econômico) e pela SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda). Do ponto de vista institucional, o SBDC era fragmentado e, em alguns aspectos, redundante. Cada uma das autoridades envolvidas na análise de fusões e aquisições (denominadas “atos de concentração”), cartéis e outras formas de conduta anti-concorrencial tinha a incumbência de preparar um parecer<sup>6</sup> recomendando a aprovação, reprovação

4 Exemplos disso são a Lei n.º 1.522, que criou a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP), a Lei-Delegada n.º 5, de 1962 (que cria a Superintendência Nacional de Abastecimento de Preços (SUNAB) e o Decreto n.º 63.196, que instituiu o Conselho Interministerial de Preços (CIP). Todas essas iniciativas legislativas previam meios pelos quais o Estado poderia interferir no circuito econômico de produção e distribuição de bens e serviços, bem como no processo de formação e reajuste de preços de variadas mercadorias produzidas e comercializadas no Brasil.

5 Órgão autônomo (*autarquia*) vinculado ao Ministério da Justiça brasileiro.

6 Meramente opinativo no caso da SEAE e da SDE e vinculante no caso do Cade, que funcionava, sob a Lei n.º 8.884/1994, como um tribunal administrativo.

ou aprovação parcial da operação em análise ou, no caso de condutas anti-competitivas, verificando sua licitude e razoabilidade.

De modo geral, se por um lado representou o início da aplicação do arcabouço normativo de defesa da concorrência no Brasil, de outro lado a implementação da Lei n.º 8.884/94 enfrentou desafios significativos, dentre eles a persistente falta de recursos e de um *staff* qualificado, capaz de dar conta da grande quantidade de casos levados à apreciação das autoridades como requisito dos então vigentes requisitos de notificação (*thresholds*) de fusões e aquisições. Em especial a SDE, encarregada de analisar acordos anti-competitivos e abuso de poder de mercado, careceu de recursos materiais e investimento em capital humano<sup>7</sup>. Além disso, o antitruste no Brasil passava a ser adotado como um tipo de política pública até então desconhecida em um tipo de capitalismo de origem colonial ibérica, no qual a rivalidade e a competição por preços não têm a mesma centralidade que têm no mundo anglo-saxão.

Apesar de certos ajustes na divisão de papéis e tarefas dos órgãos do SBDC, a ação antitruste no Brasil ressentiu-se de problemas de articulação e coordenação institucional que afetaram não apenas as diferentes autoridades antitruste brasileiras que compunham o sistema, mas também a relação dos órgãos que compunham o SBDC com as agências e órgãos reguladores setoriais, como o Banco Central do Brasil (incumbido da regulação financeira), CVM (o regulador do mercado de capitais) e as novas agências reguladoras de serviços públicos (Anatel, Aneel, ANP e outras)<sup>8</sup>.

Outro desafio identificado ao longo do período de vigência da Lei n.º 8.884/1994 foi o crescente movimento de questionamento judicial das decisões do Cade. Embora admissível desde o ponto de vista do direito brasileiro (no qual nenhuma decisão administrativa tem imunidade quando se trata de revisão judicial), a “judicialização” das questões antitruste gerou, com o passar do tempo, situações em que, seja por conta da demora do Judiciário em

---

7 Diz o *peer review* feito pela OCDE sobre o antitruste no Brasil em 2010: “o sistema criado foi composto por três autoridades independentes, que coordenavam suas atividades de forma ineficiente. As investigações ocorriam lentamente; muitos recursos foram destinados à análise de atos de concentração, a grande maioria das quais não representava uma ameaça à concorrência; pouca atenção foi dedicada ao combate a cartéis clássicos (*hard core*), sabidamente o tipo mais prejudicial de conduta anticoncorrencial. E, talvez o elemento mais fragilizador, as autoridades padeciam de recursos insuficientes e altos índices de rotatividade de pessoal”. Cf. *Competition Law and Policy in Brazil: a Peer Review* (2010), p. 9.

8 Em especial no campo da regulação financeira, há uma antiga e indesejável indefinição institucional a respeito das competências do Banco Central do Brasil e do Cade para a análise de concentrações no setor bancário.



deslindar questões, seja por conta da utilização de recursos de procrastinação por parte dos agentes econômicos insatisfeitos com as decisões do Cade, o SBDC foi “testado” com alguma mitigação da segurança e da previsibilidade jurídicas no campo da defesa da concorrência. Em resposta a isso, ao longo da década de 2000 o Cade esforçou-se para fortalecer o *staff* de advogados (procuradores), com a finalidade de aumentar as perspectivas de *enforcement* de suas próprias decisões perante o Judiciário brasileiro e, pouco a pouco, vem alcançando bons resultados nos litígios em que atua.

Também o fato de as análises de atos de concentração (*merger reviews*) ocorrerem posteriormente à operação (seja ela uma fusão, aquisição, *joint venture*, compra de ativos ou qualquer outra forma de concentração econômica) conspirava para que o SBDC tivesse sua eficácia limitada no Brasil. Não é difícil entender que as possibilidades de se retornar (caso necessário) ao *statu quo ante* são muito remotas quando, ao invés de análise prévia, adota-se, como era o caso no regime da Lei n.º 8.884/1994, a análise posterior (*post merger review*) de concentrações econômicas. Para lidar com isso, o Cade, por meio de resolução interna, criou mecanismos contratuais (e em certa medida paliativos) voltados para assegurar a reversibilidade da operação, na hipótese de ela ser rejeitada ao final da análise antitruste.

Ainda assim, em meio a dificuldades estruturais, institucionais e ligadas ao fato de que o país não tem uma “cultura de concorrência” arraigada em sua história, o SBDC enfrentou e julgou muitos casos importantes entre 1994 e 2011. Esses casos eram relativos a movimentos de concentração econômica por vezes preocupantes (em relação aos quais o Cade impôs restrições comportamentais, sobretudo, mas também estruturais) e também relativos a condutas anti-concorrenciais. Vale destacar o esforço que as autoridades antitruste brasileiras despenderam para combater, com poucos recursos, os cartéis que reduzem e ainda reduzem a eficiência da economia brasileira. Mais recentemente, a partir de 2000, a prática de acordos de leniência (*leniency agreements*) foi adotada em colaboração com o Ministério Público e isso impulsionou a repressão a esse tipo de prática no país.

A Lei n.º 8.884/1994, em resumo, pode ser considerada a primeira etapa de um processo de consolidação da defesa da concorrência no Brasil. Nova em relação ao arcabouço jurídico pré-existente (que, como visto, relegava o antitruste a um papel figurativo), essa lei revelou-se, com o passar do tempo, insuficiente para dar conta da dinâmica capitalista brasileira em um cenário em que o controle, o tabelamento e a fixação de preços pelo Estado foram

abandonados em nome da eficiência alocativa supostamente gerada pela competição. Assim, depois um excessivo período de tramitação, um projeto de lei destinado a alterar a legislação brasileira em vigor foi aprovado, como já mencionado, no final do ano de 2011. A seguir, sintetizaremos suas principais inovações

### 3. A NOVA LEI E SUAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES

Há alterações de três ordens sob a nova legislação de defesa da concorrência no Brasil (Lei n.º 12.529/2011<sup>9</sup>): institucionais, materiais e processuais. As alterações institucionais implicam uma redefinição estrutural do sistema, criando-se órgãos novos e reformulando-se a competência de outros. As alterações materiais dizem respeito ao conteúdo das regras jurídicas substantivas do antitruste no Brasil. E, finalmente, há as alterações nos procedimentos adotados no seio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

#### 3.1. Alterações institucionais

Com a nova formulação legal, o SBDC é composto apenas pelo Cade e pela SEAE, embora a SDE não seja extinta. Ela continua operando, mas seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica (antes encarregado de assuntos de concorrência) é integralmente capturado pela Superintendência-Geral do Cade, novo órgão criado. Por sua vez, o Cade passa a ser composto por três órgãos: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos. A mudança atende a antigas reivindicações, tendo sido, inclusive, objeto de recomendação por ocasião dos *peer reviews* feitos pela OCDE em seus relatórios de 2005 e 2010. A manutenção de três “guichês” distintos para atuar frequentemente em funções sobrepostas representava, de fato, uma grande perda de eficiência e um consequente risco de alongamento dos prazos para conclusão dos trabalhos.

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica passa a ser uma das partes componentes do novo Cade. Ele mantém a composição de sete membros no Conselho, submetidos aos mesmos critérios anteriores de nomeação pelo Presidente da República e sabatina pelo Senado, mas alterando-se a duração do mandato, que passa a ser de quatro anos, não podendo haver recondução. A Superintendência-Geral do Cade (SG) cumulará as principais funções antes desempenhadas pela SDE e pela SEAE.

---

9 A Lei n.º 12.529/2011, sancionada em 30 de novembro de 2011, entrará em vigor em 30 de maio de 2012.

Como dito, a SDE perde algumas das competências que detinha no regime anterior, que são absorvidas pelo novo Cade. O que competia ao Secretário de Direito Econômico sob a Lei n.º 8884/94, em regra, passa à incumbência do Superintendente-Geral (art. 13 e seus incisos da nova lei). Mas este terá outras atribuições antes inexistentes no âmbito da SDE e que serão adiante explicitadas. O Superintendente-Geral será escolhido por critérios idênticos aos que presidem a nomeação dos Conselheiros do Cade (art. 12, § 1.º). Terá mandato de dois anos, renovável uma vez apenas (art. 12, § 1.º).

Além das competências que foram herdadas da SDE (incisos I a IV; VII e VIII; XI do art. 13 da Lei n.º 12.529/11), as competências da SG compreendem poderes amplíssimos (art. 13), que a colocam em posição de realizar procedimentos preparatórios e inquéritos administrativos, decidir pelo arquivamento deles ou dar início a processos administrativos para apuração de condutas anticoncorrenciais ou de julgamento de atos de concentração. Para tanto, são-lhe atribuídas prerrogativas de requisitar informações, documentos, realizar inspeções, colher depoimentos e o que mais for necessário para deliberar a respeito das questões que lhe chegarem ao conhecimento. Também incumbe à SG propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica (inciso IX) e sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento (inciso X).

Note-se que a SEAE, embora continue existindo, deixa de ter participação na instrução de processos de concentração econômica. Se desejar parecer de ordem econômica para tais processos, o Tribunal recorrerá ao novo órgão do Cade, o Departamento de Estudos Econômicos. Esse departamento, previsto no art. 17 da Lei n.º 12.529/11, será dirigido por um economista-chefe. Sua função é a de elaborar estudos e pareceres econômicos, de modo que, sob certo aspecto, supre a função desempenhada pela SEAE na instrução técnica dos processos em trâmite preliminar à submissão ao Cade na lei antiga.

Quanto à Procuradoria Federal do Cade, ligada à Advocacia Geral da União, emitia pareceres obrigatoriamente, sob a lei anterior, nos processos de competência do Conselho. Na nova lei (art. 15, VII) seus pareceres dependem de solicitação expressa de Conselheiro ou do Superintendente-Geral. Tal medida visa a reduzir o tempo de tramitação dos processos e, mesmo que haja solicitação de pareceres da Procuradoria, não haverá suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo. Também o parecer do Ministério Público Federal não será obrigatório em todos os processos,

embora possa ser emitido sempre que o ele julgar necessário, independentemente de provocação do Cade. Da mesma forma que no caso da Procuradoria, não se interrompem ou suspendem mais os prazos para a emissão de parecer do Ministério Público, tendo em vista a celeridade dos trâmites.

### 3.2. Alterações Materiais

A nova lei, com exceção de minúcias dos artigos 33 e 34, reproduz integralmente as disposições gerais sobre infrações à ordem econômica da lei anterior. Com relação às infrações, o *caput* e os quatro incisos do art. 36 da Lei n.º 12.529/11 permanecem com a mesma redação do art. 20 da Lei n.º 8.884/94. Disso decorre que a caracterização de infração à ordem econômica continua regida basicamente pelos mesmos fundamentos contidos na lei anterior. Permanece como ilícito, por exemplo, o ato independente de culpa, que tenha por objeto ou produza certos efeitos anticoncorrenciais, mesmo que não tenham sido alcançados concretamente. Os quatro efeitos listados são os mesmos da legislação anterior, ou sejam i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Continua, portanto, válido o debate teórico a respeito da ilegalidade *per se* e a regra da razão (*rule of reason*), ainda que o relatório do projeto de lei declare que não há dúvidas sobre a predominância desta última no regime brasileiro<sup>10</sup>. Essa visão, contudo, advém de construção doutrinária, pois a letra da lei não deixa a questão pacificada.

No § 2.º do art. 36 é que se notam as primeiras alterações importantes, fixando-se as hipóteses de posição dominante em linguagem mais enxuta e objetiva, mantida a presunção de 20% de *market share* como *proxy* de poder de mercado:

“§ 2.º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

---

10 V. Fernando Herren Aguillar, *Direito Econômico – Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*, São Paulo, Atlas, 2009, Capítulo 7.

Em relação às penas, o art. 37, I institui penas de multa para empresas que oscilam em patamares inferiores aos previstos na lei anterior. Sob a Lei n.º 8.884/94 a multa variava de 1% a 30% do valor do “faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável” (art. 23, I). Na nova lei, a multa varia de 0,1% a 20% do valor do “faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”. A nova redação exclui, portanto, da base de cálculo da multa o faturamento correspondente às “atividades empresariais” diversas daquela em que a infração ocorreu.

### **3.3. Alterações Processuais**

Aqui temos uma modificação estrutural mais significativa do que nas alterações institucionais e materiais já analisadas. A nova sistemática é mais completa e complexa, sinalizando amadurecimento e aprendizado institucionais relevantes, com aproveitamento do acervo de experiências do SBDC e demonstrando a importância dada ao tema pela nova legislação.

O Título VI da Lei n.º 12.529/11, que trata das “Diversas Espécies de Processos Administrativos”, contém quarenta artigos sobre matéria processual, o que equivale a quase um terço do total de artigos da nova lei. Os tópicos abaixo sintetizarão os enunciados mais relevantes em matéria processual.

#### **3.3.1. Tipos de Procedimento**

O art. 48. lista um total de seis procedimentos administrativos que podem ser instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica: i) procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; ii) inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; iii) processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; iv) processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; v) procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e vi) processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais. Tais procedimentos, portanto, cobrem tanto o controle de condutas quanto o controle estrutural do direito antitruste no Brasil.

O procedimento preparatório – sem equivalente na lei anterior – se limita a verificar se a conduta em questão é matéria da competência do SBDC (art. 66, § 2.º) e deverá ser concluído em 30 dias (§ 3.º). Cabe à SG a iniciativa do procedimento preparatório, mas, caso decida arquivá-lo, poderá haver recurso de qualquer interessado, que deverá ser endereçado ao Superintendente-Geral, que dará palavra final sobre o tema (§ 4.º). Já o inquérito administrativo poderá ser instaurado *ex officio* ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo. Cabe recurso ao Superintendente-Geral, como última instância, do indeferimento do requerimento de abertura de inquérito administrativo, ou seu arquivamento. O prazo para a conclusão do inquérito administrativo é de 180 dias, prorrogáveis por até 60 dias, justificadamente.

### **3.3.2. Processo Administrativo no controle de Atos de Concentração Econômica**

Anteriormente o processo de Ato de Concentração (AC) era encaminhado inicialmente à SDE, que o repassava sequencialmente à SEAE e ao Cade (art. 54, § 4.º da Lei n.º 8.884/94). Pela nova sistemática, o pedido, endereçado ao Cade e devidamente instruído, será inicialmente apreciado pela SG (arts. 53 e 54 da Lei n.º 12.529/11). Esta poderá exigir a emenda da petição inicial por defeitos ou irregularidades. Caso não o providencie o requerente, a AG determinará o arquivamento do processo (§ 1.º do art. 53). Uma vez protocolado o AC ou sua emenda, a Superintendência-Geral deve publicar edital, com o nome dos requerentes, a natureza da operação e os setores econômicos envolvidos (§ 2.º).

A SG tem então duas possibilidades: i) conhece do pedido (isto é, o aceita), proferindo decisão terminativa, em casos simples ou de menor potencial ofensivo à concorrência, conforme definição em resolução do Cade; ou ii) determina a realização da instrução complementar (IC), especificando as diligências a serem produzidas (art. 54). Se aprovar o pedido, na hipótese do inciso I, sua decisão poderá ser desafiada por recurso de terceiros, agência reguladora ou avocação pelo próprio Tribunal. Se determinar a realização de IC (inciso II), a SG poderá declará-la aceitável para julgar o mérito da questão ou sujeita a novas investigações (art. 55).

Uma novidade da Lei n.º 12.529/11 é a criação de um novo incidente processual, que surge com a declaração, pela SG, de que a operação é complexa (art. 56). Sendo a operação declarada complexa, a SG poderá determinar a realização de nova instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas (art. 56). Note-se que até este ponto terá havido pelo menos duas IC, que poderão ser acrescidas de outra ou outras, retificatórias. A questão dos prazos é de crucial importância no conjunto das alterações promovidas pela nova lei: a autoridade concorrencial tem um prazo de 240 dias para a conclusão do processo de AC (§ 2.º do art. 88). A criação de sucessivas hipóteses de IC já causa preocupação entre os profissionais da área quanto à viabilidade de cumprimento dos prazos previstos ou, se cumpridos, quanto à qualidade das decisões proferidas. É certo que o parágrafo único do art. 56 permite que, declarando-se a operação como complexa, pode a SG pedir ao tribunal a prorrogação do prazo de 240 dias.

Também para a hipótese de a SG optar pela realização de IC (art. 54, II, e IC para operações complexas), restam-lhe duas alternativas quando recebê-la (art. 57): i) aprovar o ato sem restrições; ou ii) impugná-lo perante o Tribunal, pedindo sua rejeição, aprovação com restrições ou declarando que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado.

O processo de AC somente irá ao Tribunal, portanto, nas hipóteses de impugnação da SG, de terceiros interessados ou de agências reguladoras, estas duas últimas quando não concordarem com a aprovação preliminar da SG ao ato. Se a SG impugnar o AC, o requerente terá 30 dias para juntar suas razões em sentido oposto, acompanhadas das provas, estudos e pareceres que as justifiquem (art. 58). O processo será distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator em 48 horas da decisão da SG de impugnar o AC. Note-se que, do ponto de vista prático, o Conselheiro-Relator somente trará contato com o caso após toda sua tramitação perante a SG, visto que o sorteio se dá após a impugnação do AC por esta e não simultaneamente ao protocolo do pedido pela requerente. O Conselheiro-Relator, após a manifestação do requerente (art. 59): i) leva o processo, devidamente instruído, à pauta de julgamento; ou ii) determina a realização de nova IC.

Considerando todas as previsões legais, é possível que, nesta altura do processo, já tenha havido quatro IC, sem contar eventuais retificações por insuficiência. Se, por um lado, tais aberturas permitem um aprofundamento das questões técnicas e econômicas do processo, de outro, sem dúvida que

entram em conflito com o objetivo declarado da reforma de agilizar o trâmite dos AC.

O § 1.º do art. 59 abre a possibilidade de que o Conselheiro-Relator defira, provisória e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, “impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto”.

O Tribunal continua, na nova sistemática, em relação ao AC, a dispor das prerrogativas de (art. 61): i) aprová-lo integralmente; ii) rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente. Caso decida aprová-lo mediante restrições parciais, poderá determinar, exemplificativamente (§ 2.º do art. 61): i) a venda de ativos ou de conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial; ii) a cisão de sociedade; iii) a alienação de controle societário; iv) a separação contábil ou jurídica de atividades; v) o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e vi) qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

A decisão de mérito do AC exclui a possibilidade de reapresentação do ato e não admite recurso administrativo (art. 61, § 3.º). Por outro lado, o pedido pode ser rejeitado preliminarmente, sem julgamento do mérito, se houver recusa, omissão, enganiosidade, falsidade ou retardamento injustificado, pelo requerente, na apresentação de informações ou de documentos exigidos pelo Cade (art. 62).

O art. 63 institui a regra segundo a qual nenhum prazo em matéria de AC será suspenso ou interrompido, exceto por falta de quórum do tribunal, hipótese em que, diferentemente do regime anterior, os prazos são suspensos e a contagem é retomada após a recomposição do quórum deliberativo. O art. 64 foi vetado pela Presidência da República. Ele dispunha que em caso de descumprimento dos prazos fixados pela lei os atos de concentração seriam tidos como tacitamente aprovados, além de dar margem à apuração de responsabilidades por tal descumprimento. O veto pode representar, na prática, uma possível desconfiança do próprio Executivo em relação à viabilidade do cumprimento dos prazos pelo novo Cade.

Há que se notar ainda a criação do Recurso contra Decisão de Aprovação do Ato pela SG, por terceiros ou por agência reguladora, ou por avocação ao Tribunal pela provocação de Conselheiro. O prazo para o exercício desses direitos é de quinze dias, contado da publicação da decisão da SG que aprovar o ato de concentração (art. 65). A grande inovação neste item é a instituição da litigância de má-fé, prevista no § 3.º do art. 65. A penalidade



pode variar de R\$ 5.000,00 até R\$ 5.000.000,00<sup>11</sup>, “levando-se em consideração sua condição econômica, sua atuação no processo e o retardamento injustificado causado à aprovação do ato”. A hipótese surge claramente como uma antecipação à possibilidade de que terceiros recorram da decisão da SG de aprovação do AC como forma de causar prejuízos aos requerentes, visto que estes não têm, como regra geral, interesse no retardamento do processo.

### **3.3.3. Processo administrativo por infrações à ordem econômica**

O processo administrativo para verificação de condutas anticoncorrenciais se inicia, em regra, com a nota técnica final do inquérito administrativo. Dizemos “em regra”, pois o art. 66, § 6.º determina que a representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas casas (senado ou câmara dos deputados), bem como da SEAE, das agências reguladoras e da Procuradoria Federal junto ao Cade, independe de procedimento preparatório, instaurando-se desde logo o inquérito administrativo ou o processo administrativo. O prazo para apresentação de defesa, especificação de provas e indicação de testemunhas é de trinta dias. O § 5.º do art. 70, contudo, permite uma única prorrogação de 10 dias, mediante requisição do representado. As regras de revelia permanecem idênticas às da lei anterior.

A SG tem 30 dias úteis para determinar a produção de provas (art. 72). Instruído o processo, o representado tem 5 dias úteis para apresentar novas alegações. Após isso, a SG encaminha ao Tribunal seu relatório, opinando pelo arquivamento do processo ou a configuração da infração. Após o sorteio do Conselheiro-Relator, novas diligências poderão ser determinadas, após o quê novo prazo de 15 dias se abrirá ao representado para alegações finais.

Caso o Tribunal decida pela ocorrência de infração à ordem econômica, deverá obrigatoriamente (art. 79): i) especificar os fatos infracionais e as providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar; ii) fixar prazo para tais providências; iii) fixar multa; iv) fixar multa diária em caso de continuidade da infração; e v) fixar multa em caso de descumprimento das providências exigidas. Trata-se de procedimento singularmente mais complexo que o anterior, é preciso notar. A parte representada (a ré, no equivalente processual) tem uma oportunidade a mais de se manifestar, comparativamente à lei anterior, e tem prazo mais longo para fazer sua defesa inicial. A nova oportunidade de manifestação é a que vem contemplada no art. 73

---

11 Aproximadamente US\$ 3,000 a US\$ 3,000.000 (taxa de câmbio US\$ 1 = R\$ 1,7).

em que, após a instrução do processo, a representada tem a oportunidade de apresentar novas alegações em cinco dias úteis. O prazo para defesa é de 30 ou 40 dias na nova lei, enquanto, na anterior, o prazo é de 15 dias (art. 33 da Lei n.º 8.884/94).

A obtenção de Compromisso de Cessação de prática é uma prerrogativa atribuída ao Cade (art. 85) e, na nova lei, se aplica ao procedimento preparatório, ao inquérito administrativo e ao processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (art. 48, I a III). Manteve-se basicamente a mesma estrutura regulatória da lei anterior sobre o tema. As mudanças são as seguintes (art. 85): i) a proposta de termo de compromisso de cessação somente pode ser apresentada uma vez (§ 4.º); ii) a proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial (§ 5.º); iii) o termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 dias após a sua celebração (§ 7.º); iv) a proposta de celebração do compromisso de cessação será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos (§ 13); admite-se a intervenção de terceiros no compromisso de cessação da Prática (§ 15, c/c art. 50).

### **3.3.4. Programa de Leniência**

Apesar de haver poucas mudanças em relação ao acordo de leniência da lei anterior, cria-se na lei nova um rótulo mais pomposo para o instituto, que passa a se chamar “Programa de Leniência”. A estrutura regulatória, a disposição e a sequência dos artigos sobre o tema quase que não se alteram. O papel antes desempenhado pela SDE é assumido pela SG. E o que era atribuído à União, passa para o Cade. O que era da competência do Ministro da Justiça passa à do Tribunal. A redução de penas é mantida nos mesmos patamares de antes. Analisemos, então, as mudanças relevantes.

Eliminou-se a disposição da lei anterior que impedia a aplicação do acordo de leniência às empresas ou pessoas físicas que tivessem estado à frente da conduta tida como infracional (§ 1.º do art. 35-B da Lei n.º 8.884/94). Portanto, mesmo a empresa líder da atuação ilícita pode propor o acordo, o que não era permitido pela lei anterior. Além disso, pessoas físicas continuam podendo se beneficiar de acordos de leniência, porém, com a vantagem de que não se lhes aplica mais a regra de que devem ser as primeiras a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação (art. 35-B, § 2.º da Lei n.º 8.884/94). Essa regra sobrevive no art. 86, § 1.º, I da Lei n.º 12.529/11,

mas exclusivamente para pessoas jurídicas. As pessoas físicas que queiram fazer o acordo, porém, continuam sujeitas aos requisitos do art. 86, § 1.º, incisos de II a IV, quais sejam: i) devem cessar completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo (inciso II); ii) é necessário que a SG não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo (inciso III); e devem confessar sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, a todos os atos processuais, até seu encerramento (inciso IV).

Finalmente, uma mudança de impacto significativo é a inclusão no Programa de Leniência de tipos penais de outras leis que não a Lei n.º 8.137/90. O art. 87 da nova lei faz mais do que incluir expressamente os crimes previstos na Lei n.º 8.666/93 e o art. 288 do Código Penal brasileiro, mas os trata como exemplos de tipos penais diretamente relacionados com a prática de cartel. A disposição, portanto, quebra a anterior condição de *numerus clausus* dos tipos penais suscetíveis de acordo de leniência.

#### 4. Atos de Concentração

A partir da vigência da nova lei, em 30 de maio de 2012, os AC deverão ser *previamente* notificados (*pre-merger review*), ao contrário da sistemática instituída pela Lei n.º 8.884/94, em que as partes tinham 15 dias úteis para submeter a operação ao Cade. A lei fixa em 240 dias o prazo para a conclusão do processo de AC (§ 2.º do art. 88), a contar do protocolo de petição ou de sua emenda, prorrogáveis por: i) até 60 dias, se solicitado pelas partes; ou ii) por até 90 dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal (§ 9.º).

Segundo o art. 88 da nova lei, serão submetidos ao Cade os AC em que, cumulativamente: i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00<sup>12</sup>; e ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00<sup>13</sup>.

12 Cerca de US\$ 235 milhões.

13 Cerca de US\$ 17,6 milhões.

A nova lei consagra uma nova forma de caracterização de AC suscetível de controle pelo Cade, deixando de lado o enunciado vago da lei anterior, preferindo criar requisitos específicos para a obrigatoriedade de sua submissão à autarquia. Tal medida levou sem dúvida em consideração a experiência da lei anterior e trouxe significativas alterações quanto ao critério de submissão. Por um lado, manteve o valor de referência no patamar de 400 milhões de reais, o que pode ser objeto de críticas, pois mais de 94% dos AC submetidos ao Cade entre 1994 e 2009 foram aprovados sem qualquer restrição pela autarquia. Teria sido desejável que houvesse, pelo menos, uma atualização desses valores, fixados originalmente em 1994. Por outro lado, a introdução da regra adicional de que uma das empresas da operação tenha faturamento equivalente ou superior a 30 milhões de reais tende a reduzir o número de AC tramitando no Cade. Além disso, o novo texto legal eliminou o anterior critério de concentração de 20% do mercado relevante. Em suma, as hipóteses de AC, portanto, ganharam em nitidez, com a adoção de critérios objetivos. Porém, o art. 88 deve ser interpretado em conjunção com o art. 90, e aí parte da recém-adquirida nitidez se vê comprometida.

Diz o art. 90 da nova lei que, para os efeitos do art. 88, realiza-se um ato de concentração quando: i) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Este dispositivo, que já se aponta<sup>14</sup> como sendo de inspiração direta do Regulamento 139/2004, do Conselho da União Europeia, deve suscitar alguma polêmica por tratar de situações que não se limitam ao controle societário. Admite a regra em questão (inciso II) que mesmo a aquisição de parte de empresa ou empresas pode representar concentração econômica. A linha divisória entre a simples aquisição de ações (como, por exemplo, em operação de bolsa) e a aquisição que representa concentração nos termos da lei não

---

14 Notadamente em exposição do ex-Conselheiro do Cade Affonso Arinos em evento do Grupo de Estudos de Direito Concorrencial da Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), em 8 de dezembro de 2011.

está claramente demarcada. Também suscita dúvidas a hipótese em que se configura a concentração pela aquisição de ativos tangíveis ou intangíveis de outra empresa.

A Súmula n. 3 do Cade dava tratamento especial aos consórcios criados para o fim de participação em licitação pública, permitindo que o termo inicial do prazo para submissão da operação ao Cade fosse a data da celebração do contrato de concessão. Na nova lei, a solução para a questão foi mais drástica, dispensando da submissão ao Cade o contrato associativo, consórcio ou *joint venture* entre duas ou mais empresas, quando destinado às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes (parágrafo único do art. 90). Este item, embora torne mais operacional a formação de consórcios em licitações públicas, pode ser objeto de questionamentos quanto à sua constitucionalidade, visto que pode se converter em instrumento de acobertamento de práticas anticoncorrenciais.

Em relação ao critério de aprovação dos AC, o § 5.º do art. 88 determina que "serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços", ressalvado o disposto no § 6.º desse artigo. Houve também modificações, embora pouco expressivas, nesses dispositivos que tratam da autorização pelo Cade de operações em que haja comprovada concentração.

Outra inovação que tem deixado os especialistas inquietos é a previsão do art. § 7.º do art. 88. Ele faculta ao Cade, no prazo de 1 ano da operação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto na lei. A previsão é impactante, pois dá ao Cade o poder de exigir a submissão de operações que a própria lei não considera suscetíveis de controle. O dispositivo poderá, sem sombra de dúvida, ser questionado quanto a sua constitucionalidade, pois gera insegurança jurídica e um poder ilimitado à autarquia sobre atos jurídicos perfeitos.

#### **4.1. Acordo em Controle de Concentrações – ACC**

Aboliu-se a figura do compromisso de desempenho na nova lei, criando-se o Acordo em Controle de Concentrações – ACC. Entretanto há um problema delicado a ser enfrentado, pois o art. 92 da Lei n.º 12.529/11, que dava forma e ritos à nova figura do ACC, foi objeto de veto presidencial. O que torna ainda mais complexa a questão é o fato de que o motivo do veto não é o da incons-

titucionalidade do instituto, mas sim o de que “[o]s dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica<sup>15</sup>”.

Os ACC são referidos ao longo do texto legal em diversas ocasiões: art. 9.º, V e X; art. 13, X; e art. 46, § 2.º. Entretanto, diante do veto, não há previsão legal sobre o conteúdo, forma, ou procedimentos para a sua elaboração. Por haver referências expressas a tais acordos, está criada a figura legal do Acordo em Controle de Concentrações. As condições para seu exercício poderão ser fixadas em Decreto regulamentador, nos limites que se impõem a estes. Não cabe ao próprio Tribunal instituir regramento inovador em seu regimento interno, pois seria atribuir à autarquia poderes normativos de que não dispõe.

#### **4. CONCLUSÃO: DESAFIOS DE CONSOLIDAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO**

Em grandes linhas, a nova sistemática do Cade tem por objetivo aumentar a eficiência geral dos processos aos cuidados da autarquia, fixando prazos para o andamento mais ágil dos processos. Para tanto, a lei fornece um elemento indispensável, que é a previsão de contratação de até 200 novos servidores para a autarquia. Para que os esforços não se percam, será necessário, contudo, que haja uma adequada seleção, capacitação e treinamento desse novo corpo técnico, visto que as pressões para um aumento da agilidade dos processos não podem se converter em decisões rápidas, mas tecnicamente inadequadas.

A nova lei antitruste brasileira tem suscitado muitas dúvidas entre os juristas, economistas e empresários, o que é natural em momentos de transição de sistema. A expectativa é a de que a regulamentação infralegal que está sendo preparada (decreto regulamentador, novo regimento interno do Cade e outras normas administrativas) venha sanar as principais dúvidas. Mas é certo que apenas a implementação prática e cotidiana da legislação é que vai permitir que os questionamentos iniciais se assentem pela jurisprudência do Tribunal Administrativo. É possível antever, por outro ângulo, que haverá mudanças importantes no campo profissional do direito antitruste, em virtude da alteração da regra de que os atos de concentração deverão ser aprovados pelo Cade antes da conclusão do negócio entre as empresas. Se, no regime da Lei n.º 8.884/1994, os profissionais de fusões e aquisições intervem antes de os profissionais do antitruste entrarem em cena, em atuações

---

15 Mensagem n.º 536, de 30 de novembro de 2011, da Presidência da República.

em princípio desconectadas, a partir da vigência da nova lei será indispensável uma maior integração entre as equipes de advogados e economistas antitruste com os profissionais que atuam na operação societária.

É preciso, por fim, dizer que a nova legislação está longe de representar uma revolução no direito antitruste brasileiro. Ela consagra avanços longamente esperados e que vinham amadurecendo pela própria evolução da jurisprudência do Cade, sinalizando uma preocupação maior com a eficiência e com os prazos. Lançando muitos desafios internos (isto é, de organização e implementação) e externos (isto é, no que diz respeito às relações que ele travará com outras autoridades administrativas e reguladoras brasileiras no plano da administração pública federal), a nova lei será nos próximos anos testada e, em larga medida, seu sucesso dependerá do investimento em capacitação, fortalecimento e coordenação institucional que o campo do antitruste terá no Brasil.





# UM BALANÇO CRÍTICO DO DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NO BRASIL NOS ÚLTIMOS 15 ANOS E O INÍCIO DA REPRESSÃO DAS CONDUTAS UNILATERAIS – ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

*Vicente Bagnoli\**

*ABSTRACT: The present article search for to conciliate the doctrine, the legislation and the jurisprudence to present a critical investigation of the development of the Competition Policy in Brazil from the last 15 years and to analyze the repression of the unilateral conducts – abuse of dominance in Brazil.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O advento da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 8.884/1994). 1.1 O Projeto de Lei n.º 06/2009 (A Nova Lei de Defesa da Concorrência). 2. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. 2.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). 2.2 Secretaria de Direito Econômico (SDE). 2.3 Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE). 3. Atos de Concentração. 4. Condutas Anticoncorrenciais. 5. Condutas Unilaterais – Abuso de Posição Dominante. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo procura de forma objetiva, conciliar a doutrina, a legislação e a jurisprudência para apresentar um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – abuso de posição dominante. Para tanto, o artigo está dividido em cinco itens.

---

1 Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, consultor não-governamental da *International Competition Network* – ICN, membro da *Academic Society of Competition Law* – ASCOLA e sócio do escritório Vicente Bagnoli Advogados; bagnoli@vicentebagnoli.com.br.

No primeiro, intitulado “O advento da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 8.884/1994)”, procura-se contextualizar o momento histórico que culminou com a Lei de Defesa da Concorrência e, ao final deste item, comentar, ainda que sucintamente, os pontos mais relevantes do “Projeto de Lei n.º 06/2009 (A Nova Lei de Defesa da Concorrência)”.

Já no segundo item, “O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, dedica-se a explicar a atuação dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil: o “Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)”; a “Secretaria de Direito Econômico (SDE)”; e a “Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)”.

Nos itens terceiro e quarto, nos quais serão abordados respectivamente os aspectos preventivos e repressivos da Lei de Defesa da Concorrência, a análise crítica se dá a partir das decisões do CADE que tratam dos “Atos de Concentração” e “Condutas Anticoncorrenciais”.

Por fim, o quinto item abordará as “Condutas Unilaterais – Abuso de Posição Dominante” a partir da sua evolução histórica com as decisões mais relevantes proferidas pelo CADE.

## **1. O ADVENTO DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (LEI N.º 8.884/1994)**

A década de 1990 inicia a transformação do Estado brasileiro, em conformidade com a nova ordem econômica disposta na Constituição Federal de 1988, basicamente arts. 170, 173 e 174. Esse importante processo modifica a qualidade do Estado de interventor, atuante direto na economia inclusive como empresário e fixador de preços, para um Estado normativo e regulador da atividade econômica, fiscalizando-a, incentivando-a e, em certos casos, planejando-a.

Fenômeno que se observava desde a década de 1980 em países da Europa, inicia-se no Brasil com o governo de Fernando Collor de Mello e o Plano Nacional de Desestatização (PND), tendo prosseguido de forma mais tênue no governo Itamar Franco, ganha toda força e destaque a partir da segunda metade da década de 1990 com o governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC) e o Plano Real. Essa tendência constitui reformas tributárias, administrativas e previdenciárias do Estado, e da ordem econômica, juntamente com os processos de desestatizações e privatizações.

As reformas da ordem econômica, aprovadas pelo Congresso Nacional, extinguíram os monopólios estatais de diversos setores, como o da pros-

pecção, exploração e refino do petróleo, das telecomunicações e da geração e distribuição de energia. A alteração do conceito de “empresa nacional”, conforme constava do revogado art. 171 da Constituição Federal, objetivou garantir igualdade de condições para empresas estrangeiras atuarem no mercado brasileiro.

Dentre as diversas justificativas apresentadas e defendidas para a realização do processo de privatizações, pode-se agrupá-las e fazer uma divisão em duas vertentes: uma de natureza estrutural e outra de natureza conjuntural.

As justificativas estruturais para a realização das privatizações podem ser apresentadas como: (i) ideologia, com a defesa da livre iniciativa; (ii) eficiência, já que empresas estatais têm suas gestões muito politizadas e dificilmente atuam pelos parâmetros do mercado; (iii) mudança dos setores estratégicos, uma vez que o Estado não precisaria continuar atuando em setores anteriormente tidos como de vanguarda e em outros setores necessitaria arcar com elevados investimentos, como telecomunicações; (iv) amadurecimento e fortalecimento do setor privado; e (v) evitar o efeito *crowding-out*, isto é, evitar que o Estado esteja em setores de atuação da iniciativa privada, o que é fator de desestímulo de investimentos privados.

Já no que se refere às justificativas conjunturais para o processo de privatizações, destacam-se: (i) a credibilidade política, fundamental para atrair capitais estrangeiros e receber apoio de organismos internacionais; (ii) a crise fiscal e estabilidade da moeda, a fim de se abater a dívida pública e ter orçamentos equilibrados; (iii) as limitações do investimento público, já que o Estado não consegue adequar suas empresas para enfrentar a concorrência e ao mesmo tempo ele, Estado, atender positivamente às áreas sociais; e (iv) os efeitos catalisadores e dinamizadores sobre a economia, no caso de se fortalecer o mercado de capitais, por exemplo.

A justificativa principal do governo FHC para a realização das privatizações era centrada em dois pontos: o atendimento das áreas sociais e a redução das dívidas públicas.

Todo esse processo fez com que o mercado recebesse novos entrantes, dispostos a disputar os consumidores em diversos setores da economia, muitos até então fechados e garantidos exclusivamente ao monopólio estatal. O processo de desestatização faz com que empresas privadas venham a ocupar setores até então exclusivos de atuação estatal.

Com isso, a concorrência se acirra e muitos setores da economia vão se tornando mais eficientes para o bem dos consumidores. Entretanto, é cada

vez mais imperiosa a atuação do Estado, seja nos mercados imperfeitamente competitivos, por meio das Agências Reguladoras que buscam corrigir as falhas destes mercados instituindo a concorrência, seja nos mercados perfeitamente competitivos, por meio da atuação das Autoridades de Defesa da Concorrência, para assegurar a competição nesses mercados e prevenir e reprimir eventuais abusos.

Na busca da adequada preservação do funcionamento da economia de mercado era necessária uma legislação eficaz de defesa da concorrência. As exigências do próprio mercado numa economia capitalista como a brasileira fazem com que o processo de socialização e a distribuição dos benefícios da atividade econômica passem pelo mercado. Daí a necessidade de uma lei com atuação em prol do mercado concorrencial.

Uma lei de defesa da concorrência deve garantir a liberdade de competição entre os agentes econômicos objetivando assegurar as condições de produção e de consumo próprias de um regime de mercado. Para tanto, é essencial que a autoridade pública competente esteja em condições de fazer cumprir a lei.

Nesse sentido, foi promulgada em 11 de junho de 1994 a Lei n.º 8.884, Lei de Defesa da Concorrência, orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, aplicada, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos, tendo a coletividade como titular dos bens por ela protegidos. A Lei transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criado em 1962 pela Lei n.º 4.137, em autarquia, e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, além de outras providências.

A Lei de Defesa da Concorrência, publicada no Diário Oficial da União, de 12 de junho de 1994, consta de nove títulos assim estruturados: Título I, Das Disposições Gerais; Título II, Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); Título III, Do Ministério Público Federal perante o CADE; Título IV, Da Secretaria de Direito Econômico (SDE); Título V, Das Infrações da Ordem Econômica; Título VI, Do Processo Administrativo; Título VII, Das Formas de Controle; Título VIII, Da Execução Judicial das Decisões do CADE; e Título IX, Das Disposições Finais e Transitórias.

O Título I estabelece a finalidade da Lei e a sua territorialidade. No Título II tem-se a transformação do CADE em autarquia e as normas de sua

composição e competência, bem como aquelas relativas à sua Procuradoria. O Título III apresenta como deve funcionar o Ministério Público Federal junto ao CADE. Já o Título IV trata da estrutura e da competência da SDE. No Título V estão as normas que tipificam as infrações, determinam as penas, além de dispor sobre a prescrição e o direito de ação. O Título VI dispõe acerca do processo administrativo, distinguindo a fase de averiguações preliminares e do processo administrativo, além de apresentar normas referentes à medida preventiva e a ordem de cessação e o compromisso de cessação, como também da celebração de acordo de leniência. O Título VII dispõe sobre o controle de atos e contratos e os compromissos de desempenho. No Título VIII encontram-se as normas da execução judicial das decisões do CADE e da intervenção judicial nas empresas. O Título IX, por fim, apresenta as disposições finais e transitórias.

Interessante a crítica de João Bosco Leopoldino da Fonseca (2001: 84), relativa à estruturação dada na Lei aos arts. 20, 21 e 54. “Com efeito as questões relativas à estrutura (art. 54) deveriam anteceder aquelas pertinentes à conduta. Vejo no texto uma falha ontológica, lógica e econômica, pois que primeiro o ser, depois a conduta do ser, e depois os seus efeitos.”

E são justamente esses artigos que versam sobre os dois enfoques da Lei, quais sejam: prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Antes, porém, de analisar os enfoques preventivos e repressivos da Lei, cumpre destacar o parágrafo único do art. 1.º e ainda o art. 2.º.

O parágrafo único do art. 1.º da Lei dispõe que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”. Significa, portanto, que a Lei de Defesa da Concorrência defende a concorrência, ou seja, o mercado, consequentemente o bem-estar econômico do consumidor. Defendendo-se a concorrência, defende-se a sociedade, a coletividade. Outrossim, fica claro que a defesa da concorrência não é uma lide privada onde se defende o concorrente, o que é tratado pela Lei de Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996) nos crimes de concorrência desleal (art. 195).

Já o art. 2.º trata da extraterritorialidade, pelo qual a Lei é aplicada “sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”. Ou seja, mesmo que a concentração empresarial ocorra fora do território nacional, mas nele possa produzir efeitos, o CADE é competente para analisar a operação e até mesmo vetá-la no que diz respeito ao Brasil. Outrossim, caso a conduta anticoncorrencial, como

um cartel internacional, possa trazer consequências ao território nacional, o CADE tem competência para analisar a prática e até condenar os agentes responsáveis por tal conduta.

### **1.1. O Projeto de Lei n.º 06/2009 (A Nova Lei de Defesa da Concorrência)**

Na noite de 05 de outubro de 2011 a Câmara dos Deputados aprovou a Nova Lei de Defesa da Concorrência (Projeto de Lei n.º 06/2009), que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

O SBDC, conforme a Nova Lei, será formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE.

O CADE será a entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, vinculada ao Ministério da Justiça, constituído pelos seguintes órgãos: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) Superintendência-Geral; e (iii) Departamento de Estudos Econômicos. À SEAE competirá promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade.

Com a Nova Lei, altera-se a análise de Atos de Concentração, que passa a ser “prévia”, alterando, por consequência, o prazo para o CADE proferir a sua decisão, que ficará menor, mas dependerá da instrução feita pelos advogados na submissão das operações, agora muito mais criteriosa. Exclui-se também o critério de participação de mercado para a submissão das operações e inclui uma trava no critério de faturamento. Deverão ser submetidas para análise do CADE as operações em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400 milhões e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30 milhões.

Altera-se também o critério para aplicação de multas em caso de condenação por conduta anticoncorrencial que passa a ser sobre o faturamento no mercado relevante, definido em cada caso de acordo com o objeto da investigação. O teto para o percentual de aplicação da multa continua nos atuais

30% do faturamento bruto da empresa, porém, como dito, com a Nova Lei será limitado ao mercado relevante da investigação.

A Lei, que ainda depende da sanção presidencial, terá um período de 180 dias após a sua aprovação pela Presidente da República para entrar em vigor.

Por essa razão, e pelo fato do presente artigo constituir “um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – abuso de posição dominante”, os itens que seguem estão em conformidade com a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.

## **2. O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Convencionou-se designar por Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) os órgãos do governo competentes para atuarem em todo o território nacional na prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, bem como na difusão da cultura da defesa da concorrência.

O SBDC é integrado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, que atuam à luz da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, a Lei de Defesa da Concorrência. A SEAE e a SDE são os órgãos encarregados da instrução dos processos, enquanto o CADE é a instância julgante administrativa. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, podendo ser revistas apenas pelo Poder Judiciário.

Esses órgãos, cuja atividade principal é a defesa da concorrência, atuam na análise de operações de concentração, a fim de verificar eventual possibilidade de grande concentração nos mercados e exercício de poder econômico, para então decidir se tal operação pode ou não ser aprovada, bem como atuam na análise de condutas praticadas por agentes econômicos e se tal prática implica em prejuízo à concorrência, quando então deve ser reprimida.

### **2.1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**

A criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ocorre com a promulgação, em 10 de setembro de 1962, da Lei n.º 4.137. Além de sua finalidade de regular a repressão ao abuso do poder econômico, a Lei criava em seu art. 8.º CADE, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional para apurar e reprimir os abusos do poder econômico.

De 1962, quando da sua criação, até o início dos anos 90, a atuação do CADE era insignificante. Não por uma suposta incompetência ou falta de vontade daqueles que atuavam frente a este Conselho, mas pela conjuntura político-econômica brasileira que inviabilizava sequer um lampejo de defesa da concorrência.

Prova disso é que, de 1963 a 1990, a média de julgados por mês no CADE era de 1,4 processo, média que caiu entre 1992 e 1994 para 1 processo. De março de 1994 a março de 1996 a média subiu para 2,3 processos julgados ao mês, e de 1996 a 1999, com o Brasil numa nova realidade e com a Lei n.º 8.884/94 em vigor e o SBDC atuante, a média mensal subiu para 31,3 processos julgados pelo CADE. Contudo, só em 2000 a média mensal quase que dobrou para 55,2 processos.

Essa nova fase do CADE, órgão judicante, teve início em 11 de junho de 1994 com o advento da Lei n.º 8.884, que o transformou em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Sua sede e foro continuaram no Distrito Federal, com jurisdição em todo o território nacional.

O CADE é composto por sete integrantes, sendo um Presidente e seis Conselheiros, escolhidos dentre cidadãos com idade superior a 30 anos, com notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada. Após receberem a indicação e terem seus nomes aprovados pela Casa Civil, são sabatinados pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal (CAE) e, uma vez aprovados pelo Senado Federal, são nomeados pelo Presidente da República para exercerem um mandato com dedicação exclusiva de dois anos, permitida uma recondução.

Ao Plenário do CADE, que é composto pelo seu Presidente e seus seis Conselheiros, compete o zelo e a observância da Lei de Defesa da Concorrência e todas as suas determinações.

Junto ao CADE funciona sua Procuradoria, composta por um Procurador-Geral indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, que se submete às mesmas determinações quanto ao mandato, recondução e impedimentos dos Conselheiros do CADE, e um quadro de Procuradores, provenientes da Advocacia Geral da União (AGU). A Procuradoria do CADE presta assessoria jurídica, defende o órgão, representando-o em juízo, e emite parecer nos processos em trâmite na Autarquia.

A Lei n.º 8.884/94 prevê, ainda, a presença do Ministério Público Federal perante o CADE, para officiar nos processos sujeitos à apreciação da Autarquia, bem como para promover a execução dos seus julgados.



O CADE julga atos de concentração, processos de conduta, e manifesta-se acerca de consultas. No caso da ausência de um Conselheiro e quando ocorre empate nas decisões, o Presidente possui um voto de qualidade, que em outras palavras significa valer por dois, para desempatar o julgamento. Na ausência do Presidente, ele será substituído pelo Conselheiro mais antigo ou mais idoso, nesta ordem. O quórum mínimo para o CADE decidir é de cinco integrantes.

## **2.2. Secretaria de Direito Econômico (SDE)**

A origem da Secretaria de Direito Econômico (SDE) está no Decreto n.º 99.244, de 1990, que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), à qual se conferiu competência para apurar, prevenir e reprimir os abusos do poder econômico, por intermédio do CADE, e no campo do Direito do Consumidor, zelar pelos seus direitos e interesses na promoção das medidas necessárias para assegurá-los, como também aplicar a legislação referente à intervenção no domínio econômico, a fim de garantir a livre distribuição de bens e serviços. A Lei n.º 8.028, de 1990, em seu art. 23, letra l, incluiu a SNDE como um dos órgãos específicos do Ministério da Justiça.

A SNDE foi criada num momento de abertura abrupta do mercado, em que parcela significativa da indústria nacional não conseguia concorrer com os produtos que ingressavam no país. Para tanto, tal Secretaria utilizava-se das Leis n.ºs 8.137/90 e 8.158/91 e, portanto, pouco podia fazer para a defesa da concorrência, tendo em vista o enfoque das citadas leis, que tinham eficácia limitada para combater as práticas anticoncorrenciais e nenhuma para prevenir os abusos.

A Lei n.º 8.158/91 garantia à SNDE a competência para basicamente fiscalizar o mercado e nele verificar eventuais imperfeições de comportamento nos setores econômicos, que possibilitassem o desequilíbrio nas condições de liberdade da concorrência.

Essa situação se manteve até o advento da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que revogou a Lei n.º 8.158/91 e deu novo nome à SNDE, que passou a se chamar Secretaria de Direito Econômico (SDE), bem como lhe conferiu a finalidade precípua de assessorar o CADE e atuar preventivamente.

A SDE, subordinada ao Ministério da Justiça, é dirigida pelo Secretário de Direito Econômico, indicado pelo Ministro da Justiça dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.

Cabe à SDE exercer as competências estabelecidas nas Leis n.ºs 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor); 8.884, de 11 de junho de 1994; 9.008, de 21 de março de 1995; e 9.021, de 30 de março de 1995.

Em especial no que se refere ao Direito da Concorrência, cabe à SDE zelar pelo cumprimento da Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado, para prevenir infrações da ordem econômica e, diante de indícios de infração, proceder a averiguações preliminares e instaurar processos administrativos.

Estruturalmente, a SDE possui dois Departamentos para desempenhar sua atuação. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), aplicando-se a Lei n.º 8.078/90, e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), no qual a matéria em análise é a disposta na Lei n.º 8.884/94. O DPDE, por sua vez, subdivide-se em Coordenações-Gerais, que atuam em relação ao objeto do caso; são elas: Coordenação-Geral de Análise de Infrações dos Setores de Agricultura e Indústria, Coordenação-Geral de Análise de Infrações dos Setores de Serviço e Infraestrutura, Coordenação-Geral de Análise de Infrações no Setor de Compras Públicas, Coordenação-Geral de Análise Econômica, Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos e Coordenação-Geral de Controle de Mercado. Além do Secretário de Direito Econômico, integram a SDE os Diretores dos Departamentos, os Coordenadores Gerais e os Técnicos que procederão na análise dos casos.

### **2.3. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)**

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão do Ministério da Fazenda, que foi criada por meio da Medida Provisória n.º 813, de 1.º de janeiro de 1995, teve por meio do Decreto n.º 6.764, de 10 de fevereiro de 2009, suas competências definidas em: (i) delinear, coordenar e executar as ações do Ministério da Fazenda, referente à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica, de maneira a promover a eficiência, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico; (ii) assegurar a defesa da ordem econômica, articulando com os demais órgãos do Governo incumbidos de garantir a defesa da concorrência; (iii) acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, ministérios e órgãos afins; (iv) autorizar e fiscalizar as atividades de distribuição gratuita de prêmios, a título de propaganda, mediante sorteio, vale-brinde, concurso ou operação assemelhada, e de captação de poupança popular, nos termos da Lei n.º 5.768, de 20 de dezembro de 1971, salvo quan-

do a competência for de outro órgão ou entidade; (v) autorizar, acompanhar, monitorar e fiscalizar as atividades tratadas pelos Decretos-lei n.º 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, e n.º 204, de 27 de fevereiro de 1967; (vi) autorizar e fiscalizar as atividades tratadas no art. 14 da Lei n.º 7.291, de 19 de dezembro de 1984; (vii) promover o desenvolvimento econômico e o funcionamento adequado do mercado, nos setores agrícola, industrial, de comércio e serviços e de infraestrutura; (viii) formular representação perante o órgão competente sempre que identificar norma ilegal e/ou inconstitucional que tenha caráter anticompetitivo; (ix) desenvolver os instrumentos necessários para executar a gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica; e (x) promover a articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não governamentais.

Dentro da promoção e defesa da ordem econômica, a atuação da SEAE, conjuntamente com o CADE e a SDE, subdivide-se em: (i) atuar no controle de estruturas de mercado, emitindo pareceres econômicos relativos a atos de concentração no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994; (ii) proceder as análises econômicas de práticas ou condutas limitadoras da concorrência, instruindo procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994; e (iii) realizar, diante de indícios de infração da ordem econômica, investigações de atos ou condutas limitadores da concorrência no contexto da Lei n.º 9.021, de 30 de março de 1995, e da Lei n.º 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

A análise econômica de operações dispostas no art. 54 da Lei n.º 8.884/94 (controle de estruturas) é garantida à SEAE por essa mesma Lei, a fim de que a Secretaria se manifeste acerca dos impactos da operação sobre a concorrência. Já no tocante às infrações contra a ordem econômica (controle de condutas ou práticas), conforme previsão dos arts. 20 e 21 da Lei n.º 8.884/94, nos quais a SDE promove procedimentos administrativos, averiguações preliminares, ou instaura processos administrativos para decisão final do CADE, a participação da SEAE é facultativa.

A SEAE é dirigida pelo Secretário de Acompanhamento Econômico, indicado pelo Ministro da Fazenda e nomeado pelo Presidente da República. Ela subdivide-se em Coordenações-Gerais, localizadas no Distrito Federal e na cidade do Rio de Janeiro, que atuam em atenção à matéria, quais sejam: Coordenação-Geral de Concorrência Internacional, Coordenação-Geral de Controle de Estruturas de Mercado, Coordenação-Geral de Comunicação e Mídia, Coordenação-Geral de Defesa da Concorrência, Coordenação-Geral

de Economia da Saúde, Coordenação-Geral de Energia, Coordenação-Geral de Competitividade e Análise Setorial, Coordenação-Geral de Transportes e Logística, Coordenação-Geral de Análise de Promoções Comerciais. Além do Secretário de Acompanhamento Econômico, é integrada pelo Secretário-Adjunto e pelos Coordenadores e Técnicos.

### 3. ATOS DE CONCENTRAÇÃO

As concentrações econômicas tradicionalmente são classificadas em: (i) concentrações horizontais; (ii) concentrações verticais; e (iii) concentrações conglomeradas.

Entendem-se por concentrações horizontais aquelas que ocorrem entre concorrentes, ou seja, entre agentes que atuam num mesmo mercado relevante. As concentrações verticais se dão entre agentes que atuam nos diferentes estágios de uma cadeia produtiva, frequentemente existindo uma relação comercial de fornecimento de produtos/serviços entre esses agentes. Já as concentrações conglomeradas significam o crescimento de um agente mediante a concentração com outro agente, que não seja seu concorrente (caso contrário, ter-se-ia uma concentração horizontal), tampouco fornecedor ou cliente (senão ocorreria uma concentração vertical).

A Lei n.º 8.884/94 trata da prevenção aos abusos do poder econômico, por meio do controle de atos e contratos, em seu Título VII, conforme dispõe o art. 54:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

Verifica-se da leitura do *caput* do art. 54 a abrangência dos casos em que se deve submeter uma operação à análise do CADE, pois é ele o órgão competente para aprová-la ou não. Fica, certamente, a dúvida em saber quando se deve apresentar uma operação, já que o prejuízo à concorrência ou a dominação de mercado são conceitos subjetivos, que na defesa das partes envolvidas jamais ocorrerão.

Primeiramente, cumpre ressaltar o entendimento de que é o CADE que dirá se o ato pode limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, devendo as partes requerentes, portanto, apresentá-lo.

Neste sentido, observa João Bosco Leopoldino da Fonseca (2001: 265), citando a Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho, em referência ao Processo n.º 1998.34.00.001835-3: “não cabe às partes valorar se o ato configura concentração econômica prejudicial aos princípios estampados no artigo 1.º da Lei Antitruste ou não, uma vez configuradas as hipóteses do art. 54, *caput* e parágrafo 3.º, devem submeter à apreciação do CADE, a quem compete avaliar se o agrupamento societário representará ofensa à livre concorrência ou dominação do mercado”.

A Lei, entretanto, aponta dois critérios objetivos que auxiliam os entes envolvidos numa operação saber se deverão, de fato, apresentar o caso ao CADE, conforme consta do §3.º do art. 54:

“§ 3.º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

Adotando-se esses critérios, significa que em qualquer operação em que as partes envolvidas detenham, mesmo que isoladamente (antes do ato), 20% de participação em um mercado relevante, ou uma das partes tenha registrado, por si ou conjuntamente com o grupo econômico a que esteja ligada, faturamento bruto anual de R\$ 400 milhões, essa operação deve ser submetida à apreciação do CADE, que decidirá se ela limita ou prejudica a livre concorrência ou resulta na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Ou seja, os requisitos para se submeter uma operação à análise do CADE estão na verdade no § 3.º do art. 54 e não no *caput*.

Neste sentido, no Ato de Concentração n.º 08012.004707/2007-42, referente à aquisição do negócio Gerber da Novartis Biociência S.A. pela Nestlé Brasil Ltda., escreveu em seu voto (fls. 03) o Conselheiro-Relator, Luis Fernando Rigato Vasconcellos que “*a partir da análise dos autos, verifica-se que a operação está subsumida aos termos do §3.º do Artigo 54 da Lei 8.884/94, em função da participação acima de 20% no mercado relevante e em função do faturamento.*”

Contudo, quando da aplicação do critério de faturamento, conforme entendimento sumulado do CADE desde outubro de 2005 (Súmula n.º 1

do CADE) é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.

Outro entendimento sumulado pelo CADE para trazer maior segurança jurídica dispõe que a aquisição de participação minoritária sobre capital votante pelo sócio que já detenha participação majoritária não configura ato de notificação obrigatória de que trata o art. 54 da Lei, desde que observadas as circunstâncias determinadas na Súmula n.º 02 do CADE, de agosto de 2007; quais sejam:

“(i) o vendedor não detinha poderes decorrentes de lei, estatuto ou contrato de (i.a) indicar administrador, (i.b) determinar política comercial ou (i.c) vetar qualquer matéria social e (ii) do(s) ato(s) jurídico(s) não constem cláusulas (ii.a) de não concorrência com prazo superior a cinco anos e/ou abrangência territorial superior à de efetiva atuação da sociedade objeto e (ii.b) de que decorra qualquer tipo de poder de controle entre as partes após a operação.”

Oportuno transcrever o item 2 do voto (fls. 02) do Conselheiro-Relator, Paulo Furquim de Azevedo, proferido nos autos do Ato de Concentração n.º 08012.000321/2006-81, requerentes BGPPar S.A. e outras:

“Conforme relatado, a presente operação retrata o aumento da participação da CCR na Rodonorte, no Coparques e na Parques, empresas em que a CCR já detinha o controle integral, tratando-se, portanto, de mera reestruturação societária. Como tal, não foi realizado efetivamente um ato de concentração, uma vez que não se constata qualquer mudança de controle decorrente da operação em pauta, não havendo que se falar em necessidade de sua subsunção.

Em conseqüência, e observando não apenas uma mesma linha de entendimento deste Colegiado em situações análogas anteriores, como também, e principalmente, os termos da legislação de proteção à concorrência, considero que o ato realizado não exige, para a sua eficácia, a aprovação deste Egrégio Plenário, eis que não se inclui entre aqueles que o art. 54 da Lei n.º 8.884/94 visa a prevenir.”

Quanto ao prazo para a submissão das operações para o controle do CADE, pode ser feita previamente (controle preventivo) ou, como comumente praticado, em até 15 dias úteis de sua realização (controle posterior). Nos termos do art. 98 da Resolução CADE n.º 45, de 28 de março de 2007,

considera-se como o momento da realização do ato a data da celebração do primeiro documento vinculativo.

Recentemente o CADE sumulou o seu entendimento quanto ao momento da submissão das operações. As Súmulas n.ºs 8 e 9, de 2010, dizem, respectivamente, que:

“Para fins da contagem do prazo de que trata o §4.º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data da celebração do negócio jurídico e não da implementação de condição suspensiva.

E, para fins da contagem do prazo de que trata o §4.º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data de exercício da opção de compra ou de venda e não o do negócio jurídico que a constitui, salvo se dos correspondentes termos negociais decorram direitos e obrigações que, por si sós, sejam capazes de afetar, ainda que apenas potencialmente, a dinâmica concorrencial entre as empresas.”

Nos termos da ementa do Ato de Concentração n.º 08012.005617/2010-74, requerentes Abu Dabhi Mar L.L.C. e Thyssenkrupp Marine System AG, a operação foi aprovada sem restrições, contudo aplicada multa por intempestividade na submissão ao controle do CADE. Nos termos do Voto-Vogal (fls. 03), do Presidente Artur Badin:

“(…) a presunção prevista no art. 54, §3.º, já incide no momento em que o ‘Contrato de Compra e Venda’ entra no (plano da existência do) mundo jurídico, pois que da sua assinatura já podem (= há a potencialidade) decorrer *efeitos naturalísticos* prejudiciais à concorrência.”

Destaca-se ainda que nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em licitação pública, conforme dispõe a Súmula n.º 03 do CADE, de 2007, o termo inicial da contagem do prazo para submissão da operação à análise da autoridade de defesa da concorrência é a data da celebração do contrato de concessão.

Neste sentido, por exemplo, os termos do voto do Conselheiro-Relator (fls. 03), Luis Fernando Rigato Vasconcellos, no Ato de Concentração n.º 08012.000149/2004-01, requerentes: Companhia de Gás do Amapá – GASAP, Petrobrás Gás S/A – Gaspetro e CS Participações Ltda.: “O primeiro documento vinculativo da operação foi o Contrato de Concessão, firmado em

*1.º de dezembro de 2003. O ato foi apresentado perante o SBDC aos 09/01/2004, dentro do prazo legal de 15 dias úteis, o que caracteriza a sua tempestividade.”*

A intempestividade na submissão das operações resulta em pena de aplicação de multa pecuniária, de valor não inferior a aproximadamente R\$ 60 mil nem superior a R\$ 6 milhões, a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32 da Lei. Nos casos de intempestividade, para o cômputo da multa aplica-se a Resolução n.º 44 do CADE, de 2007. A multa é assim calculada: (i) multa-base equivalente a aproximadamente R\$ 60 mil, acrescida de R\$ 600,00 por dia de atraso, a partir do segundo dia; (ii) a multa-base será considerada em dobro em caso de reincidência; (iii) nos casos em que a média aritmética dos faturamentos brutos dos grupos a que pertencem os requerentes da operação no Brasil, no exercício anterior ao da apresentação da operação, exceder R\$ 400 milhões, será acrescido à multa-base o equivalente a 0,005% do faturamento médio dos grupos dos requerentes, respeitado o limite de aproximados R\$ 700 mil; (iv) sendo a operação aprovada com restrição, o valor apurado nos termos dos itens i, ii e iii mencionados poderá, observado o disposto no art. 27, I, V e VI da Lei n.º 8.884/94, ser majorado em até 50%; e (v) caso a operação não seja aprovada, o valor apurado nos termos dos itens i, ii e iii mencionados, poderá, observado o disposto no art. 27, I, V e VI da Lei n.º 8.884/94, ser majorado de 50% até 100%. Caso ocorra a apresentação espontânea da operação à autoridade de defesa da concorrência, a multa calculada nos termos descritos será reduzida em 30% (art. 27, II, da Lei n.º 8.884/94). O valor da multa observará os limites estabelecidos pelo art. 54, §5.º da Lei.

No Ato de concentração n.º 08012.010300/2009-16, referente à aquisição pela Trafigura Beheer B.V. de 30% de participação acionária na Alcotra, a operação foi submetida ao controle do CADE em razão do faturamento. Nos termos do voto do Conselheiro-Relator (fls. 06), Ricardo Machado Ruiz, “(...) conheço da operação e, no mérito, considero que não há riscos concorrenciais. Dessa forma, voto pela aprovação da operação sem restrições, com a aplicação de multa por intempestividade no valor de R\$ 383.561,54.”

De qualquer forma, uma vez a operação apresentada para análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a tendência, dentro da ordem constitucional vigente de livre iniciativa, propriedade privada e livre concorrência, é o CADE aprovar os atos mencionados no caput do art. 54, desde que atendam às determinações previstas nos incisos do §1.º do art. 54, quais sejam:



“I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.”

Deste modo, uma vez verificando que a operação apresenta como objetivo o aumento da produtividade e/ou sua finalidade seja a melhora da qualidade de bens ou serviços e/ou venha proporcionar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, tal ato deverá ser aprovado. Contudo, deve existir também uma distribuição equitativa dos benefícios obtidos com a operação entre as partes envolvidas na operação e os consumidores ou usuários finais. Para a operação ser aprovada também não poderá ocorrer a eliminação substancial da concorrência no mercado do caso, e deverão ser observados os limites necessários para obter os objetivos do ato. Cumpre enfatizar que as decisões do CADE devem atender a eficiências socioeconômicas, e de forma alguma se limitarem às eficiências econômicas, que, não raramente, trazem benefícios apenas para as requerentes, sem contrapartida para a coletividade.

Nos termos do §2.º do art. 54 da Lei, também poderá considerar legítimo o ato previsto no *caput* do art. 54, quando necessário por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final, e desde que atenda pelo menos a três das condições previstas nos incisos do §1.º do art. 54 do diploma legal em questão.

Contudo, caso a operação submetida à análise do CADE não atenda às determinações previstas nos incisos do §1.º do art. 54, a autoridade de defesa da concorrência poderá vetar a operação, como ocorreu no Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89, requerentes Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A., nos termos da ementa da decisão a seguir:

“(…) Eliminação de um dos três grandes *players* dos mercados de coberturas de chocolates e chocolates sob todas as formas. Estudos quantitativos e simulações

mostram que a operação reduz rivalidade no mercado de chocolates sob todas as formas. Adequação do modelo *price standard* às condições definidas no §1.º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Eficiências (reduções reais de custo) em torno de 12% dos custos variáveis de produção e de distribuição são necessárias para compensar dano e impedir aumentos de preço. Eficiências insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir a não redução do bem estar do consumidor. Não aprovação da operação. Solução estrutural. Desconstituição do Ato.”

A petição submetendo a operação ao SBDC deverá ser protocolizada em três vias na SDE, que imediatamente encaminhará uma via ao CADE, onde será sorteado um Conselheiro-Relator, e outra à SEAE. Além de toda a documentação pertinente, como o contrato da operação, procuração, documentos societários e o balanço das empresas, deverá acompanhar a petição as respostas ao Anexo I da Resolução n.º 15 do CADE, devidamente preenchido, bem como o comprovante do recolhimento da taxa processual, no valor R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), repartindo-se o produto de sua arrecadação na base de 1/3 (um terço) para cada um dos órgãos: CADE; SDE/MJ; e SEAE/MF.

Cumpra observar que o fato gerador da taxa processual, prevista na Lei n.º 9.781/99, é o protocolo do ato de concentração, sendo devida ainda que a parte venha desistir do pedido em momento posterior, conforme entendimento do CADE, Súmula n.º 6, de 2009.

O trâmite processual da análise da operação é o seguinte: primeiramente, a SEAE deverá analisar toda a operação, concluir qual o mercado relevante, que poderá ser outro daquele definido pelas requerentes (partes da operação), verificar eventuais efeitos do ato e emitir um parecer econômico recomendando ou não a aprovação da operação, podendo conter sugestões. Finalizado o parecer técnico da SEAE, ele é encaminhado ao DPDE/SDE, que analisará o caso atentando aos aspectos jurídicos. O DPDE emitirá uma nota técnica, que é encaminhada ao Secretário de Direito Econômico, que deverá concluir por acompanhar ou não a nota técnica, no sentido de opinar favoravelmente ou não, pela aprovação da operação, podendo ainda sugerir outras providências.

Tanto o parecer da SEAE, quanto o Despacho da SDE são encaminhados ao CADE, onde a Procuradoria é a primeira a se manifestar, emitindo um parecer acerca da operação. O Procurador-Geral do CADE poderá ter entendimento diverso do da Procuradoria, podendo então existir duas posições.

O Ministério Público Federal (MPF) pode emitir sua opinião acerca da operação, por meio de Parecer da lavra do Procurador da República do MPF designado para atuar junto ao CADE. Com toda essa documentação, o Conselheiro-Relator fará sua análise acerca da operação e poderá votar diferentemente de tudo o que foi sugerido pelos outros órgãos, uma vez que tais pareceres são meramente opinativos, não vinculando a decisão do CADE.

Levada ao Plenário, o CADE julgará a operação e poderá concluir pela sua aprovação integral ou parcial, com compromisso de desempenho ou desconstituição parcial, ou não aprová-la ou, ainda, entender que ela não se enquadra no art. 54 da Lei.

No Ato de Concentração n.º 8012.005846/1999-12, Requerentes: Fundação Antonio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S.A. – Ecap. e Braco S.A., “caso AMBEV”, a SEAE concluiu que o ato não deveria ser aprovado na forma como foi apresentado e recomendou, por exemplo, para a sua aprovação, fosse requerida a alienação da totalidade dos ativos tangíveis e intangíveis correspondentes à integralidade do negócio de cervejas associado à marca Skol. Já a SDE recomendou, dentre outros, a adoção do seguinte remédio necessário para restabelecer as condições de concorrência no mercado relevante de cervejas, a alienação englobada, para um único comprador, de um dos três principais negócios de cerveja controlados pelas requerentes. Isto é, deve ser desinvestido o negócio Skol, ou negócio Brahma, ou o negócio Antarctica. Já a Procuradoria do CADE opinou pela desconstituição da operação, o Procurador-Geral do CADE pela aprovação. Mas o CADE, órgão julgante, decidiu em votação não unânime pela aprovação da operação, condicionada, dentre outras medidas, à alienação da marca Bavária.

O prazo para a SEAE e a SDE se manifestarem acerca do ato é de 30 dias cada, enquanto o CADE deverá decidir em até 60 dias, sob a hipótese de a operação ser considerada aprovada no caso da não-observância do prazo. Tais prazos são suspensos toda vez que os órgãos do SBDC solicitam informações complementares ou esclarecimentos. Significa dizer que na prática são análises com prazos superiores à 120 dias.

Caso o CADE em seu controle decida pela desconstituição parcial ou integral, conforme dispõe o §9.º do art. 54 da Lei, a autoridade de defesa da concorrência exigirá a cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outra providência que elimine os efeitos prejudiciais à ordem econômica. No caso de adotar compromisso de desempenho, art. 58

da Lei, o Plenário do CADE irá considerar o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes e, no caso de descumprimento injustificado do compromisso de desempenho, ocorrerá a revogação da aprovação da operação pelo CADE e a abertura de processo administrativo.

No Ato de Concentração n.º 08012.003189/2009-10, referente à aquisição de 100% do capital social da Medley pela Sanofi-Aventis, a operação foi aprovada, mas condicionada à celebração de TCD (Termo de Compromisso de Desempenho) que, dentre outras obrigações, determinou a alienação de ativos de unidades produtivas e a fiscalização pelo CADE, SDE e MPF do cumprimento do TCD, sob pena de revisão da decisão do CADE.

Caso de grande repercussão que culminou com a celebração de TCD, após o Conselheiro-Relator ter votado pela proibição da mesma, é o Ato de Concentração n.º 08012.004423/2009-18, referente ao Acordo de Associação que contempla uma sucessão de atos societários em decorrência dos quais a Sadia S.A. será, ao final, por meio de incorporação de ações, subsidiária integral da Brasil Foods S.A. (BR Foods) denominação social a ser adotada pela Perdigão S.A. Em linhas gerais, com a celebração do TCD a BR Foods terá suspensa a utilização das marcas Perdigão e Batavo, pelo prazo de 3 a 5 anos, em produtos como presunto suíno cozido, lasanhas, pizzas congeladas e margarinas, proibido o lançamento de novas marcas para nesses mercados. Além disso, a BR Foods deverá alienar para um mesmo concorrente marcas e ativos como fábricas, abatedouros e centros de distribuição que constituem cadeias inteiras de produção.

No caso de não aprovar a operação ou aprová-la sob condições, o CADE poderá reapreciar sua decisão a pedido das partes, conforme disposto no art. 151 da Resolução n.º 45, com fundamento em fato ou documento novo, mas pré-existente, conhecido somente após a data do julgamento ou que se encontrava indisponível antes desta data. O Pedido de Reapreciação deverá ser dirigido no prazo de 30 dias da publicação do acórdão ao Conselheiro que proferiu o voto condutor do mesmo.

Caso que ainda gera muita repercussão é o Ato de Concentração n.º 8012.001697/2002, referente à aquisição da totalidade do capital social da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda.

No caso Nestlé/Garoto, o mercado relevante geográfico da operação foi definido o nacional, já o mercado relevante material (produtos) com a respectiva concentração caso a operação tivesse sido aprovada era: mercado de balas

e confeitos sem chocolates, 2,7%; mercado de achocolatados, 61,2%; cobertura de chocolate, 88,5%; e chocolates sob todas as formas, 58,4%. Entendeu o CADE que as eficiências decorrentes da operação seriam insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir a não-redução do bem-estar do consumidor. Decidiu então o CADE pela não aprovação da operação, ou seja, solução estrutural com a desconstituição do Ato.

Contudo, nos termos da decisão do Processo n.º 2005.34.00.015042-8, de 16 de março de 2007, que tramitou na 4.ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, e tinha como autor a Nestlé Brasil Ltda. e como réu o CADE, uma vez que as decisões do CADE são recorríveis apenas ao Poder Judiciário, “ante o exposto, julgo procedente o pedido das autoras e declaro aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do CADE em 15-3-02, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7.º, da Lei n.º 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação. Condeno o CADE a reembolsar às autoras as custas processuais e a pagar-lhes honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.”

Já em sede da Apelação Cível, apelante CADE, entendeu a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região que “a disposição do art. 54, § 7.º (segunda parte), da Lei n.º 8.884/94 não pode significar a possibilidade de aprovação automática e, conseqüentemente, renúncia de competência, exceto na hipótese de absoluta inércia da Administração em casos ‘nos quais, por não vislumbrar qualquer risco à ordem econômica, e até para evitar os custos inerentes a uma sessão de julgamento – *e. g.* despesas das partes com advogados e deslocamento –, o órgão julgador simplesmente se abstém de qualquer providência, deixando escoar *in albis* o prazo legal’ (parecer do MPF).”

Por fim, ficou decidido pelo “parcial provimento à apelação do CADE e à remessa oficial, tida por interposta, para, reformando a sentença, reconhecer como nulo o julgamento do pedido de reapreciação realizado pelo CADE no caso da concentração Nestlé/Garoto, determinando que outro julgamento se proceda, com observância das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.” Assim sendo, a decisão do TRF determina que o CADE realize um novo julgamento para o caso Nestlé/Garoto e, com isso, a operação que é datada de 2002 continua indefinida.

A fim de estabelecer procedimentos de análise simplificados para casos tidos “fáceis/simples” e assim agilizar a conclusão de atos de concentração,

foi criado o tratamento sumário para esses casos. Dispõe a Portaria Conjunta SDE/SEAE n.º 1, de 18 de fevereiro de 2003, em seu art. 2.º, que “o Procedimento Sumário será aplicado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE nos casos que, em virtude da simplicidade das operações, não sejam potencialmente lesivos à concorrência, a critério das Secretarias.”

Segundo os órgãos do SBDC, sua experiência permite identificar categorias de casos que não tendem a causar prejuízos à concorrência. Estabelece, assim, procedimentos diferenciados para casos simples e complexos, com o objetivo de obter maior racionalidade e eficiência para o Sistema e melhor atendimento ao administrado. Nesses casos, as regras e a documentação necessária para a notificação de atos de concentração permanecem inalteradas.

Outras duas medidas apresentadas pelo CADE, no sentido de não se ver prejudicado o resultado final da decisão, em especial causado pelo longo prazo decorrido da apresentação da operação até o seu julgamento, foram adotadas em 2002 por meio da Resolução n.º 28, e atualmente encontram-se dispostas na Resolução n.º 45 do CADE, de 28 de março de 2007, pela qual, nos termos do parágrafo único do art. 99, “recebido o procedimento, o Relator, se entender necessário, convocará os representantes legais das requerentes para discutir a celebração de APRO [arts. 139 a 141] ou poderá adotar Medida Cautelar [arts. 132 a 138]” (inseriu-se colchetes, referente aos respectivos artigos na Resolução n.º 45 do CADE).

A Medida Cautelar poderá ser deferida de ofício, pelo Relator ou pelo Plenário, ou em virtude de requerimento escrito e fundamentado da SEAE, SDE, Procuradoria do CADE ou qualquer legítimo interessado no ato de concentração analisado. Ao apreciar a medida cautelar, o Conselheiro-Relator poderá tomar as medidas que julgar adequadas para preservar a reversibilidade do ato de concentração apresentado ao SBDC. Dentre as medidas a serem adotadas, incluem-se a determinação de que as requerentes mantenham o *status* concorrencial anterior à assinatura do contrato e se abstenham, até o julgamento do ato de concentração, de praticar quaisquer novos atos decorrentes do contrato já realizado.

Já o Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO) prevê que, até a decisão que conceder ou indeferir a medida cautelar, este Acordo poderá ser celebrado, pois visa prevenir mudanças irreversíveis ou de difícil reparação que poderiam ocorrer nas estruturas do mercado até o julgamento

do mérito do ato de concentração, afastando o risco de ineficácia do processo, quando concluído. Ele poderá ser celebrado por iniciativa do Conselheiro-Relator ou por requerimento das partes envolvidas no ato de concentração, neste caso permanecendo o CADE com o juízo de conveniência em celebrá-lo. Decidindo-se pelo acordo, será elaborada a minuta e submetida ao Plenário para homologação.

No Ato de Concentração n.º 08012.004423/2009-18, caso BR Foods, foi celebrado um APRO entre as requerentes, ora compromissárias, e o CADE. Nos termos do APRO, em linhas gerais, “as compromissárias comprometem-se a manter autônomas e independentes as estruturas administrativas, produtivas e comerciais relacionadas às atividades desenvolvidas por Perdigão, de um lado, e Sadia, de outro, sendo certo que estas serão mantidas separadas uma da outra, observados os termos deste Acordo.”

Cumprir ainda destacar que, mesmo aprovada uma operação pelo CADE, a Lei prevê em seu art. 55 que ela poderá ser revista de ofício ou mediante provocação, caso a decisão tenha sido baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, caso ocorra descumprimento das obrigações assumidas ou não sejam alcançados os benefícios observados.

Aos acórdãos das decisões proferidas pelo Plenário do CADE, nos termos do art. 147, da Resolução n.º 45 do CADE, poderão ser opostos Embargos de Declaração, nos termos do art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, no prazo de cinco dias, contados da sua publicação, em petição dirigida ao Relator, na qual deverá ser indicado o ponto obscuro, contraditório ou omissivo. Os Embargos de Declaração, em atenção ao art. 150 da mesma Resolução, interrompem o prazo para a interposição da Reapreciação e suspendem a execução do julgado.

#### **4. CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS**

Além da prevenção às infrações à ordem econômica, a Lei n.º 8.884/94 atua também na repressão a essas práticas. A ordem econômica pode ser tida como o conjunto de princípios dispostos na Constituição Federal, tais como a função social da propriedade, a liberdade de concorrência e o respeito aos direitos dos consumidores e dos trabalhadores, que têm por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica e coordenar a atividade de seus agentes.

O direito de propriedade individual e o princípio da liberdade de iniciativa são também fatores importantes que impulsionam a atividade econômica numa economia social de mercado que valoriza o capitalismo democrático.

Assim, as infrações contra a ordem econômica são as condutas adotadas por agentes econômicos contrárias às relações da livre concorrência e capazes de alterar o equilíbrio em determinado mercado.

Resumidamente, dispõe o art. 21 da Lei:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurarem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

- I – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
- II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III – dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
- IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- [...].”

Ou seja, o legislador apresentou no art. 21 da Lei um rol exemplificativo dessas condutas, e não exaustivo, deixando assim em aberto para que qualquer outra modalidade de conduta que venha a ser adotada possa caracterizar infração contra a ordem econômica, desde que configure hipótese do art. 20.

Essa forma de “tipologia aberta”, adotada pelo legislador, é essencial nas relações econômicas para que se possa combater as infrações concorrenciais.

Para tanto, a Lei define infração, o ato, mesmo que não citado nos incisos do art. 21, que tenha como objetivo ou efeito concreto, independentemente da intenção do agente, e mesmo que não alcançado, as finalidades concretas dispostas nos incisos do art. 20:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”



Importante ainda ressaltar que, caso a conquista de mercado seja resultado de processo natural, decorrente da maior eficiência do agente econômico em relação a seus concorrentes, não se está diante de um ilícito concorrencial para dominar mercado relevante de bens ou serviços (art. 20, § 1.º).

Já a posição dominante ocorre quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, qual seja, 20% ou outro percentual estipulado pelo CADE para setores específicos da economia, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa (art. 20, §§ 2.º e 3.º).

A Resolução n.º 20 do CADE, de 9 de junho de 1999, revogada parcialmente pela Resolução n.º 45 do CADE, de 28 de março de 2007, apresenta dois anexos que auxiliam no exame criterioso dos efeitos dos diferentes tipos de condutas anticoncorrenciais nos mercados, à luz dos arts. 20 e 21 da Lei.

Além de determinar o contexto no qual a prática se dá e a sua razoabilidade econômica, deve-se atentar aos custos de impacto e ao conjunto dos eventuais benefícios por ela gerados, bem como aos seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor.

O Anexo I da Resolução n.º 20 do CADE apresenta a definição e a classificação das práticas restritivas. As práticas restritivas horizontais, consistentes na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, visam ao aumento do poder de mercado de seus agentes ou à criação das condições necessárias para exercê-lo mais facilmente. Dentre as mais comuns, há os cartéis, os acordos entre empresas, os ilícitos de associações profissionais e os preços predatórios.

Cartel, conforme define a SDE em sua cartilha de *Combate a Cartéis e Programa de Leniência* (SDE) “é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação.” Um cartel, prossegue a SDE, “pode envolver as seguintes práticas: (i) fixação de preços, por meio da qual as partes definem, direta ou indiretamente, os preços a serem cobrados no mercado; (ii) estabelecimento de restrições/quotas na produção, que envolve restrições à oferta ou produção de bens ou serviços; (iii) adoção de prática concertada com concorrente em licitações públicas (*e. g.*, combinação quanto ao teor de cada uma das propostas); e (iv) divisão/alocação de mercados por áreas ou grupos de consumidores.

A cartelização é tida como a mais grave lesão à livre concorrência, prejudicando consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, fazendo

com que bens e serviços se tornem mais caros ou indisponíveis no mercado. Prejudica-se também a inovação tecnológica, inviabilizando o ingresso de novos produtos e processos produtivos no mercado. Dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apontam que os cartéis geram um sobrepreço calculado entre 10 e 20% em relação ao preço praticado em mercados competitivos.

Por meio de Decreto Presidencial de 2008, o dia 8 de outubro de cada ano ficou estabelecido como o Dia Nacional de Combate a Cartéis. Em 2009, na solenidade no Ministério da Justiça que marcou o segundo ano do Dia Nacional de Combate a Cartéis, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva afirmou que “com o cartel, não há competitividade nem inovação. O resultado é o aumento da inflação, dos preços finais dos produtos. É uma perda de bem-estar para os consumidores” (SDE), devendo, portanto, ser combatido com todas as forças.

Como exemplo de caso de cartel condenado pelo CADE pode-se citar o Processo Administrativo n.º 08012.002127/02-14, conhecido como Cartel das Pedras ou Cartel das Britas, que teve a primeira operação da SDE de busca e apreensão em investigação de cartel.

De acordo com a denúncia, as pedreiras (denunciadas) representariam 70% do mercado de britas da região metropolitana da cidade de São Paulo e o suposto cartel atuava há mais de dois anos, elevando preços do produto (pedra britada) utilizado como insumo na construção civil. As Representadas, o Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo (SINDIPEDRAS) e pedreiras (empresas), foram assim condenadas: no caso das empresas, incursas nos arts. 20, incisos I, II e IV e 21, incisos, I, III, VIII, X, XI, XII, XIII e XIV da Lei n.º 8.884/94, multas em torno de 20% do faturamento bruto; e no caso SINDIPEDRAS nos art. 20, incisos I, e 21, incisos II, da Lei n.º 8.884/94, com multa de aproximadamente R\$ 300 mil.

Em 2010 o CADE aplicou o maior valor de uma multa em sua história, aproximadamente R\$ 2,9 bilhões. A condenação, por unanimidade, ocorreu no Processo Administrativo n.º 08012.009888/2003-70, de relatoria do Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, que investigava um cartel entre empresas de gases que forneciam esse produto para diversos setores da indústria e para o setor médico-hospitalar brasileiro. Para o CADE, a atuação do cartel resultou em grave prejuízo à indústria e à saúde pública brasileiras.

Também no entendimento do CADE, constitui infração à ordem econômica, sob qualquer forma manifestada, a prática de impedir ou criar dificuldades para que médicos cooperados prestem serviços fora do âmbito da coo-

perativa, caso esta detenha posição dominante, conforme exposto na Súmula n.º 7, publicada no D.O.U. de 09-12-2009.

O agente econômico que praticar infração contra a ordem econômica estará sujeito às penas previstas no art. 23 da Lei, que atinge a empresa, com multa de 1% a 30% do seu faturamento bruto, e o administrador, com multa de 10% a 50% do valor aplicado à empresa. Nos casos em que não é possível utilizar o critério do faturamento, a multa aplicada será de aproximadamente R\$ 6 mil a R\$ 6 milhões. Em caso de reincidência, as multas serão aplicadas em dobro.

Caso o CADE considere a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderá ainda impor as seguintes penas, isolada ou cumulativamente, conforme disposto no art. 24 da Lei: “I – a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas; II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos; III – a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que: a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator; b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”

Qualquer interessado, entendendo que a concorrência está sendo prejudicada, poderá apresentar representação à SDE, que deverá verificar os indícios de infração à ordem econômica para adotar um dos seguintes trâmites legais: (i) abrir Procedimento Administrativo, quando os indícios de infração forem muito poucos, quase inexistentes; (ii) promover Averiguações Preliminares, quando existirem indícios, não tão fortes, de infração à ordem econômica; e (iii) instaurar Processo Administrativo, quando os indícios de infração forem fortes o suficiente.

O DPDE, órgão de defesa econômica da SDE, fará toda a instrução processual, podendo requisitar a SEAE para que se manifeste (ou esta officia a

SDE demonstrando o seu interesse em analisar o caso). Terminada a instrução, o Secretário de Direito Econômico emite o seu despacho, pela condenação do agente pela suposta infração ou pelo arquivamento do feito, e encaminha de ofício o processo ao CADE. No CADE será sorteado um Conselheiro-Relator, para quem o processo é distribuído, mas quem se manifestará inicialmente é a Procuradoria. Concluído o parecer da Procuradoria do CADE, abrem-se vistas ao Ministério Público Federal, para só então o Conselheiro-Relator finalizar sua análise e levar o processo para julgamento pelo Plenário. O CADE poderá decidir pela manutenção do entendimento da SDE, ou discordar, decidindo de forma diferente e, inclusive, determinando que a SDE promova novas investigações.

Em qualquer fase do processo administrativo, o Secretário de Direito Econômico ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, poderá adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo, determinando para tanto a imediata cessação da prática e ordenando, quando possível, a reversão à situação anterior (art. 52 da Lei).

Outrossim, nos termos do art. 53 da Lei, regulamentado pela Resolução n.º 46 do CADE, de 4 de setembro de 2007, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei, fazendo constar do termo de compromisso: (i) a especificação das obrigações do representado para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; (ii) a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; e (iii) a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, quando cabível.

Exemplo de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) de prática homologado pelo Plenário do CADE foi o apresentado por Brasmotor S.A., Whirlpool S.A. e pessoas físicas relacionadas às empresas, todos integrantes do polo passivo do Processo Administrativo n.º 08012.000820/2009-11, que investiga a existência de cartel no mercado brasileiro de compressores herméticos. Tais equipamentos servem para comprimir fluido refrigerante e são componentes essenciais para o funcionamento, por exemplo, de geladeiras,

*freezers*, bebedouros e resfriadores de líquidos. A SDE apurou em suas investigações que o suposto cartel englobaria os maiores fabricantes mundiais do produto.

O CADE considerou oportuna e conveniente a homologação do TCC e as obrigações presentes no termo, que prevê: (i) a cessação da prática; (ii) o reconhecimento de violação ao art. 20 da Lei n.º 8.884/1994; e (iii) a previsão de recolhimento de contribuição pecuniária no valor total de R\$ 100 milhões para as pessoas jurídicas e aproximadamente R\$ 3 milhões para as pessoas físicas. O valor da condenação das pessoas jurídicas está no percentual de 20% a 25% do faturamento no mercado relevante considerado.

Importante ressaltar que a Lei n.º 10.149, de 21 de dezembro de 2000, introduziu na Lei de Defesa da Concorrência o acordo de leniência, conforme disposto no art. 35-B da Lei. Esse acordo visa auxiliar a autoridade de defesa da concorrência no combate às infrações contra a ordem econômica, notadamente os casos de condutas colusivas, os cartéis. Assim, a União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, desde que essas pessoas colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: a identificação dos demais coautores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

O primeiro Acordo de Leniência firmado pela SDE, Processo Administrativo n.º 08012.008126/2003-10, e que culminou com condenações impostas pelo CADE aos integrantes do cartel data de outubro de 2003, quando um dos membros do suposto cartel realizado por empresas de serviços de vigilância do Rio Grande do Sul procurou a SDE para delatar tal prática e cooperar com as autoridades.

A atuação do suposto cartel era fraudar licitações públicas. Com as informações fornecidas pelo beneficiário do Acordo a SDE e o Ministério Público realizaram operações de busca e apreensão simultaneamente em empresas e associações. Segundo a SDE as provas apreendidas demonstraram que as empresas realizavam reuniões semanais para combinar as propostas nas concorrências e pregões públicos.

Em 2007 o CADE proferiu sua decisão impondo, dentre outras condenações, multas superiores a R\$ 40 milhões, além de proibir as empresas con-

denadas de participarem de licitações por 5 anos. Nenhuma condenação foi imposta ao “leniente”, que teria cumprido todas as exigências do Acordo.

Cumpra ainda mencionar a existência da Leniência “Plus”, aplicável àqueles que propuserem um Acordo de Leniência, mas que não estejam qualificados para o mesmo, seja por não ser o primeiro “leniente” ou por ser considerado o líder do cartel. Nesse caso, ao denunciar um segundo cartel e preenchendo os demais requisitos do Programa de Leniência, o beneficiado pela leniência “plus” receberá as vantagens previstas em lei no segundo caso de cartel denunciado e no primeiro caso redução da pena em um terço.

Das decisões proferidas pelo Plenário do CADE, nos termos do art. 147, da Resolução n.º 45 do CADE, poderão ser opostos Embargos de Declaração, nos termos do art. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, no prazo de cinco dias contados da publicação do Acórdão. A petição deve ser dirigida ao Relator, indicando o ponto obscuro, contraditório ou omissivo. Os Embargos de Declaração, em atenção ao art. 150 da mesma Resolução, interrompem o prazo para a interposição da Reapreciação e suspendem a execução do julgado.

Por fim, importante lembrar que o Código Civil dispõe em seu art. 927 que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Neste sentido, aqueles que se sentirem lesados por conduta julgada e condenada pelo CADE poderão ingressar no Judiciário contra o autor da conduta e requerer a indenização do dano causado.

## **5. CONDUTAS UNILATERAIS – ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE**

As práticas restritivas verticais são restrições impostas em mercado de origem, por produtores ou ofertantes de bens ou serviços sobre os mercados verticalmente relacionados ao longo da cadeia produtiva (mercados a montante ou a jusante), e implicam a criação de mecanismos para excluir os concorrentes, seja pela criação de barreira à entrada, seja pela elevação dos custos dos competidores, ou pelo exercício coordenado de poder de mercado entre agentes. Podem-se citar como condutas mais comuns a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade, a recusa de negociação, venda casada e a discriminação de preços.

Para que tais práticas sejam viabilizadas pelo seu agente, tradicionalmente este deve deter posição dominante, de modo que a sua conduta influencie o comportamento dos demais agentes no mercado. Mais ainda, tal conduta caracteriza-se pelo fechamento do mercado, ou seja, o abuso de posição dominante impõe restrições à livre competição.

As *foreclosers* devem ser tratadas com maior atenção em mercados concentrados, onde a posição dominante pode ser facilmente utilizada de forma abusiva e, muitas vezes, tidas como algo natural, aceitável, simplesmente pela ignorância dos seus efeitos e um conhecimento limitado sobre os sérios danos causados pelas condutas unilaterais.

Tal preocupação deve ser vista com maior atenção em economias em desenvolvimento ou em transição, nas quais a presença de incumbentes – antigos monopolistas estatais – e a elevada concentração dos mercados em poucos agentes econômicos contribuem para o exercício abusivo de posição dominante.

Observa Paulo Furquim (2010: 34) que “sempre tratadas no Brasil pela regra da razão, esse tipo de conduta pode resultar em ganhos de eficiência substanciais, justificando uma saudável parcimônia em sua condenação. Por outro lado, o possível efeito de fechamento de mercado é objeto de escrutínio rotineiro na prática antitruste brasileira.”

Para tanto, prossegue Furquim (2010:34) destacando o procedimento adotado pelas autoridades de defesa da concorrência brasileiras na averiguação de uma suposta conduta anticoncorrencial:

“O SBDC, via de regra, segue três passos, os quais constituem condições necessárias para a caracterização do ilícito. Primeiro, é necessário provar que ao menos uma das partes do contrato detenha posição dominante em um dos mercados verticalmente relacionados. Segundo, é também necessário mostrar que a conduta de fechamento de mercado (ou, mais genericamente, de limitação à capacidade de outras empresas concorrerem por custos, por diferenciação ou inovação) é não apenas possível, mas economicamente racional por parte da autora da prática. Finalmente, os custos sociais decorrentes do arrefecimento da concorrência, se houver, devem ser cotejados com eventuais eficiências obtidas por meio da coordenação vertical.”

Interessante exemplo é o Processo Administrativo n.º 08012.003805/2004-10, no qual o CADE multou a AmBev em aproximados R\$ 352,7 milhões, por considerar anticoncorrencial o programa da empresa de fidelização de pontos de venda no varejo denominado “Tô Contigo”. Pelo programa, a AmBev oferecia aos varejistas *freezers*, mesas e cadeiras, desde que os varejistas se comprometessem a vender apenas as cervejas da marca AmBev.

Para o CADE, ao exercer exclusividade na venda de suas marcas junto a bares, restaurantes e comércio varejista, a AmBev teria obtido vantagens

financeiras e prejudicado concorrentes e consumidores, que sofreram com aumentos nos preços de cervejas. Também pesou contra a AmBev a descoberta pela SDE de documentos em posse do funcionário da AmBev responsável pelo programa “Tô Contigo” com estratégias para descaracterizar as contrapartidas da exclusividade com os pontos de venda, a fim de despistar as investigações das autoridades de defesa da concorrência.

Outros casos demonstram o início e evolução da repressão das condutas unilaterais no direito concorrencial brasileiro.

No caso SporTV (Processo Administrativo n.º 08012.003048/2001-31), a Associação Neo TV (“Neo TV”), de operadoras de tv’s por assinatura, formalizou Representação contra as empresas Globosat Programadora Ltda. (“Globosat”) e Globo Comunicações e Participações Ltda. (“Globopar”), ambas integrantes das Organizações Globo, em razão da recusa de comercialização do canal Sportv. Tal prática constituía obstáculos ao acesso de novas empresas ao mercado, dificultando o funcionamento e desenvolvimento de empresas concorrentes, e impedia o acesso de concorrentes à fonte de insumo, o próprio canal Sportv, no qual se transmitia os campeonatos de futebol mais relevantes do País.

O término do caso se deu com a celebração do Termo de Cessação de Conduta (TCC), pelo qual a Globosat para suspender o processo comprometeu-se a comercializar o canal Sportv, bem como os demais canais por ela produzidos, para as operadoras de tv por assinatura em bases não discriminatórias.

Já os casos Shopping Iguatemi versam sobre cláusula de exclusividade e de raio, porém em ambos verificadas a utilização de restrições verticais junto a lojistas e que culminaram com a condenação do Shopping Center Iguatemi (“Iguatemi”).

No primeiro (Processo Administrativo 08012.009991/98-82), o Iguatemi impunha cláusulas de exclusividade, sobretudo nos contratos de locação com lojas de grife, proibindo essas lojas de se instalarem em shoppings centers concorrentes ao Iguatemi, ou seja, shoppings de alto padrão localizados nas regiões sul e oeste da cidade de São Paulo.

No segundo (Processo Administrativo n.º 08012.006636/97-43), o Iguatemi utilizava cláusulas de raio, comuns em contratos de locação em shopping centers e em contratos de franchising. Porém o CADE concluiu que embora existissem ganhos de eficiência decorrentes da restrição vertical, os mesmos eram insuficientes e desproporcionais à restrição à concorrência.



Outro caso que também teve como término a celebração do Termo de Cessação de Conduta (TCC) foi o caso Rio Madeira (Processo Administrativo n.º 08012.008679/2007-98), referente a contratos de exclusividade realizados pela Construtora Norberto Odebrecht S.A., cujo efeito era o fechamento de mercado nos leilões de concessão das usinas hidroelétricas de Santo Antônio e Jirau, no Rio Madeira.

Recentemente o CADE tomou uma decisão histórica ao fazer a instrução e o julgamento de um processo administrativo. Trata-se do Processo Administrativo n.º 08700.003070/2010-14, que trata de denúncia feita pela FESEMPRE – Federação Interestadual dos Servidores Públicos dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá e outros sobre contratos de exclusividade para fornecimento de crédito consignado a servidores públicos, realizados pelo Banco do Brasil S.A.

No processo, conhecido como o caso dos créditos consignados, o Conselheiro-Relator decidiu instaurar o processo diante da inação tanto da SDE, quanto do Banco Central do Brasil. Além disso, o CADE concedeu Medida Preventiva destinada a: “(i) determinar ao Representado a cessação imediata da assinatura de quaisquer novos contratos contendo cláusula de exclusividade de consignação em pagamento, ou de cláusulas que exijam dos órgãos responsáveis pelo pagamento dos vencimentos de seus potenciais clientes dessa modalidade de crédito quaisquer benefícios concedidos a si que não possam ser também estendidos a todos os seus demais concorrentes, especial, mas não exclusivamente no que diz respeito a prazos, margens e custos, ou que de qualquer forma restrinjam o acesso de tais clientes às operações de crédito ofertadas por outras instituições; (ii) determinar ao Representado a suspensão imediata quaisquer acordos atualmente vigentes que tenham ou possam vir a ter os escopos referidos no item (i), acima; (iii) determinar ao Representado que comunique o teor da presente decisão, individualmente, a todos os servidores públicos que com ele tenham, atualmente, contratos vigentes de crédito consignado, informando-os, ainda, da possibilidade de quitação antecipada de seus contratos, na forma dos normativos do Banco Central do Brasil atualmente em vigor, atinentes à chamada “portabilidade” de créditos; (iv) determinar ao Representado que apresente ao CADE, no prazo de 20 dias contados da apresentação de sua defesa, cópias de todos os contratos envolvendo práticas coincidentes com aquelas referidas no item (i), acima, assinados desde 2006, especificando, em relação a cada contrato, o número e volume total de operações de crédito consignado delas decorrentes,

incluindo tanto as operações atuais quanto as já liquidadas, bem como seus respectivos valores e prazos médios, além das taxas de juros nelas praticadas; (v) determinar que o Representado faça publicar, em 2 (dois) jornais de grande circulação do território brasileiro, no prazo de 15 dias contado de sua intimação desta decisão, o teor do item 143 da presente medida preventiva.”

Ocorrendo o descumprimento da Medida Preventiva concedida, o Banco do Brasil arcará com multa diária de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), equivalente a aproximadamente 0,000002% da carteira atual de crédito consignado a servidores públicos.

Conclusivamente, em seu artigo intitulado “Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira”, Paulo Furquim (2010:34) escreve que:

“A experiência brasileira é, sem dúvida, ainda relativamente curta, e nessa incipiência poderia residir a explicação para a consistência observada em suas decisões. Por outro lado, é também interessante notar que em tão curto período e sem contar com recursos abundantes, o tratamento das restrições verticais pelo SBDC conte com regras de decisão relativamente bem definidas. Se essa consistência de regras decorre da pouca experiência (ausência de choques externos) ou é uma característica duradoura da prática antitruste brasileira, é uma questão empírica ainda a ser verificada. O tempo dirá.”

Os casos tratados neste item demonstram que o CADE vem se ocupando da temática das condutas unilaterais caracterizadas pelo abuso de posição dominante. Tais condutas anticoncorrenciais, tradicionalmente práticas restritivas verticais, ganham destaque no cenário nacional e servem de jurisprudência para o debate internacional.

Neste sentido, o caso “Tô Contigo” serviu de base para as discussões de *loyalty discounts* e *rebates* do 2010 ICN Unilateral Conduct Workshop, realizado em Bruxelas. A *International Competition Network* (ICN) também utilizou esse caso no 2011 ICN Annual Conference, em Haia.

## 6. CONCLUSÃO

Conforme observado, o surgimento da Lei de Defesa da Concorrência em 1994 veio em oportunidade ao momento histórico vivido pelo Brasil, com a abertura dos mercados, o processo de desestatização e privatização e a estabilidade jurídica e econômica decorrente do plano Real.

O maior prestígio assegurado ao CADE, apoiado pelas análises jurídico-econômicas da SDE e da SEAE, bem como a análise preventiva estabelecida com a “nova” Lei, permitiram uma maior atuação e respeitabilidade aos órgãos encarregados da defesa da concorrência.

A evolução da defesa da concorrência no Brasil, a partir das decisões tomadas pelo CADE nos últimos anos, seja em atos de concentração, seja em casos de conduta anticoncorrencial, demonstram o aprendizado e o amadurecimento no trato da matéria.

Merece ainda destaque o constante aprimoramento da matéria no Brasil, recentemente com a reforma da Lei (pendente da sanção presidencial) que tende implementar positivamente ainda mais a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Especificamente no que se refere ao abuso de posição dominante, a jurisprudência do CADE confirma que as condutas unilaterais estão no foco de atuação das autoridades de defesa da concorrência e suas decisões já formam *cases* para o debate da matéria internacionalmente.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

### Doutrina:

AZEVEDO, Paulo Furquim de

2010 *Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência brasileira*. Textos para discussão n.º 264, São Paulo: FGV-EESP.

BAGNOLI, Vicente

2005 *Introdução ao direito da concorrência: Brasil-globalização-União Europeia-Mercosul-ALCA*, São Paulo: Singular.

2009 *Direito e Poder Econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*, Rio de Janeiro: Elsevier.

2011 *Direito Econômico*. 5.ª ed. Série Leituras, São Paulo: Atlas.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da

2001 *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense.

FORGIONI, Paula A.

1998 *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo: Revista dos Tribunais.

SALGADO, Lucia Helena

1997 *A economia política da ação antitruste*, São Paulo: Singular.

SALOMÃO FILHO, Calixto

1998 *Direito concorrencial: As estruturas*, São Paulo: Malheiros, 1998.

**Julgados do CADE:**

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.004707/2007-42.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.000321/2006-81.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.005617/2010-74.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.000149/2004-01.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de concentração n.º 08012.010300/2009-16.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de concentração n.º 08012.001697/2002-89.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.003189/2009-10.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n.º 08012.004423/2009-18.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.002127/02-14.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.009888/2003-70.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.000820/2009-11.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.008126/2003-10.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.003805/2004-10.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.003048/2001-31.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.009991/98-82.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.006636/97-43.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08012.008679/2007-98.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo n.º 08700.003070/2010-14.

**Endereços eletrônicos utilizados:**

[www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br).

[www.mj.gov.br/sde](http://www.mj.gov.br/sde).

[www.fazenda.gov.br/seae](http://www.fazenda.gov.br/seae).

[www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org).



# A EFICÁCIA JURÍDICA DA NORMA DE PREÇO ABUSIVO<sup>1</sup>

*Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo\**

*ABSTRACT: This paper wishes to identify the main academic and jurisprudential questions related to the anticompetitive practice known as abusive pricing. In order to do so, it entails a revision of the Brazilian and foreign constructions which sustain the continuous processing and judging of abusive pricing schemes. And also a description of the arguments based on Economic Analysis of the Law which advocate the vanishing of such procedures and the use of the Brazilian Antitrust Law for this matter due to the lack of an economic criterion for abusiveness, amongst other reasons.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. Entendimentos Jurisprudenciais sobre Preço Abusivo no CADE. 1. O Caso SINDIMIVA vs. WHITE MARTINS e AGA. 2. O Caso SINDIMIVA vs. WHITE MARTINS e AGA: O Contra-Ataque. II. A Revisão dos Argumentos Contrários ao Fim dos Preços Abusivos. 1. Da permanência do problema da ineficácia. 2. Institucionalismo Comparado: por que o CADE não é adequado para a tarefa. 3. Risco de Erro Tipo I > Risco de Erro Tipo II. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Não há registro, no Brasil, de condenação por prática de preço excessivo<sup>2</sup>, muito embora várias denúncias (envolvendo vários setores<sup>3</sup>) tenham sido apresentadas

---

\* Professor Adjunto da FGV DIREITO RIO / CPDE. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). LL.M. in Trade Regulation and Competition Policy pela New York University (NYU). Conselheiro do CADE.

1 Este artigo trata de uma versão revista e modificada de articulado já publicado na Revista do IBRAC n.º 19. Jan-jun. Ano 18. 2011. pp. 21-44.

2 As expressões preço abusivo e preço excessivo são tratados neste artigo como sinônimos.

3 Entre os quais, postos de combustíveis, medicamentos, planos de saúde, alimentos, bebidas, cimento, gás, serviços de transportes etc. Ministério da Justiça, 2009 <[http://www.cade.gov.br/upload/RELAT%C3%93RIO\\_DE\\_GEST%C3%83O\\_2008\\_CADE.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/RELAT%C3%93RIO_DE_GEST%C3%83O_2008_CADE.pdf)>

ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. O alto número de casos de preço excessivo acabou por gerar um esforço jurisprudencial que vem se tornando complexo ao longo dos anos. No entanto, até recentemente, o discurso era dominado por economistas, que se dividiam em duas posições históricas no CADE, definindo preço abusivo como: (i) aquele que decorre de alguma conduta ilícita (e o exemplo mais frequente seria cartel); e (ii) uma verdadeira conduta autônoma, desde que tenha um caráter exclusionário como efeito.

Como, então, definir uma política de atuação do SBDC para casos envolvendo acusações de preço excessivo? Quais os riscos envolvidos? E, principalmente, quais as questões jurídicas e econômicas que surgem no debate? Este artigo é uma breve tentativa para a formulação de resposta a essas perguntas, oferecendo sugestões para a atuação do SBDC, tendo em conta uma postura que privilegia uma efetividade global.

## I. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE PREÇO ABUSIVO NO CADE

No julgamento do caso que ficou conhecido como “CPI dos Medicamentos”<sup>4</sup>, o Ex-Conselheiro Luís Carlos Delorme Prado entendeu que o preço abusivo seria somente aquele que decorreria de uma outra conduta. Sob essa interpretação, o preço abusivo seria, na verdade, uma consequência de outra conduta. Ressalvou, no entanto, que soluções de intervenção em preços seriam possíveis, caso o setor em particular apresentasse alguma externalidade social ou qualquer falha de mercado que demandasse essa solução. E esclareceu que, nessas circunstâncias, o papel de intervenção não seria exercido pelo CADE, mas por um órgão regulador.

Em processo sobre o mesmo tema<sup>5</sup>, o Ex-Conselheiro Paulo Furquim identificou que o preço abusivo poderia, sim, consubstanciar uma conduta autônoma, independente, portanto, de outra conduta. E isso ocorreria quando houvesse uma relação vertical entre as empresas, em que o objetivo seria favorecer a empresa integrada verticalmente *downstream*; essa seria, ao ver do Ex-Conselheiro, uma situação análoga à recusa de venda<sup>6</sup>. Com essa possi-

4 Sentença do CADE, de 7 de Julho de 2008, processo 08012.000966/2000-01.

5 Sentença do CADE, de 22 de Maio de 2009, processo 08012.005181/2006-37.

6 Aqui, abre-se mais uma divisão entre os preços abusivos autônomos: (i) preço abusivo exclusionário (hipótese que é aventada pelo Ex-Conselheiro Furquim); e (ii) preço abusivo exploratório (direcionado ao consumidor de produtos e/ou serviços).



bilidade em mente, o Ex-Conselheiro propôs uma metodologia para identificar o preço abusivo exclusionário, que consistiria em três passos, por meio dos quais se deve analisar: (i) se houve aumento desproporcional<sup>7</sup>; (ii) se a empresa tinha poder de mercado; e (iii) os efeitos sobre a concorrência nesse dado mercado.

Embora a motivação tenha variado (e mesmo evoluído) ao longo dos anos, todos os votos resultaram na mesma conclusão: arquivamento. Esse ponto chamou a atenção do Conselho para outro possível prisma de análise desses casos: será que o dispositivo sobre preços excessivos da Lei n. 8.884/1994 é ineficaz? A resposta (tentativa) a essa pergunta consubstanciou o debate no processo descrito abaixo.

### 1. O Caso SINDIMIVA vs. WHITE MARTINS e AGA

Esse caso<sup>8</sup> representa uma denúncia típica de preço abusivo, em que a White Martins e a AGA são acusadas da prática por cobrarem preços de oxigênio líquido acima do que praticam em outras regiões do mesmo estado (Minas Gerais), supostamente sem justificativas de custo logístico ou econômico<sup>9</sup>. As defesas, por sua vez, também seguem o padrão para condutas do gênero. De um lado, o acusado sustenta haver diferenças de custo para justificar as diferenças de preço, alegando ainda a existência de concorrência no segmento. E, de outro, o denunciante alega que o produto não possui substitutos e que não há qualquer explicação para a diferença entre preços.

As acusações e defesas, no entanto, deixam de lado um ponto nodal: será que é possível formular critérios a partir dos quais uma condenação por preço abusivo torna-se viável? E por reajuste excessivo? Essas perguntas são imprescindíveis para verificar se a norma é eficaz; ou seja, se é capaz de *produzir os efeitos legais previstos*<sup>10</sup>.

7 O Ex-Conselheiro, no entanto, não explicitou o que seria um aumento desproporcional.

8 Sentença do CADE, de 18 de Agosto de 2010, processo 08012.000295/1998-92.

9 De acordo com a instrução do processo, os preços praticados na comercialização de oxigênio líquido por m<sup>3</sup>, em janeiro de 1998, em Belo Horizonte (R\$ 0,56), Governador Valadares (R\$0,30) e Vale do Aço (R\$1,90), revelariam o preço abusivo neste último. O processo continha similar acusação e evidência quanto a outros tipos de gases comercializados pelas empresas representantes.

10 Entendo dispensável definir o conceito jurídico de validade para este artigo. Portanto, apenas relembrei a definição de eficácia jurídica, que “é qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta dos efeitos” cf. Ferraz Jr., 2003:199.

Antes, no entanto, de endereçar as questões relacionadas à possível ineficácia do dispositivo de preços excessivos da Lei Antitruste, devo lembrar que há três linhas de argumentos que justificam a ausência de intervenção nessas hipóteses: (i) crença na autocorreção do preço excessivo; (ii) risco de desincentivo à inovação; e (iii) dificuldade na mensuração de um preço competitivo e, em consequência, de um preço excessivo. Os dois primeiros são argumentos de política de intervenção (ou seja, se é melhor ou pior intervir nessas hipóteses), ao passo que o terceiro realmente delimita uma impossibilidade, fática, de se concluir pela excessividade de um preço.

Deixarei de lado os dois primeiros, pois é com base no terceiro argumento que recai a análise de eficácia do dispositivo legal em análise<sup>11</sup>. A análise de eficácia de um dispositivo legal se subdivide em duas etapas: (i) a ineficácia pode ser fática, quando inexistem condições concretas exigíveis para a sua observância ou para a *satisfação dos objetivos legais*<sup>12</sup>; e (ii) a ineficácia pode ser jurídica, quando a norma original ou norma regulamentar não prevê os elementos suficientes e necessários à sua aplicação<sup>13</sup>.

Durante o julgamento do caso *SINDIMIVA vs. White Martins e Aga*<sup>14</sup>, sustentei que a norma que versa sobre preços excessivos na Lei Antitruste Brasileira estava eivada de ineficácia, ainda que parcial. O argumento estava primordialmente baseado na dificuldade de mensuração de um preço excessivo, a partir de algumas constatações práticas: (i) embora existam condenações internacionais por preço abusivo, nenhum órgão conseguiu determinar um critério de *abusividade que tenha prevalecido*<sup>15</sup>; (ii) o modelo cuja regra geral é a liberdade de preços torna esse eventual critério a ser definido verdadeira regulação direta pelo órgão de defesa da concorrência; e (iii) a precificação de uma empresa orientada para maximizar lucro é socialmente desejável, na ausência de falhas de mercado que demandem intervenção em preços.

---

11 Incidentalmente, no entanto, também analisarei o peso dos dois primeiros argumentos na decisão de não intervir em denúncias de preço abusivo.

12 Cf. Ferraz Jr., 2003: 203 e 199.

13 Cf. Ferraz Jr., 2003: 203 e 200.

14 O julgamento foi unânime com relação ao arquivamento do caso. Houve divergência apenas com relação à possibilidade de se declarar a parcial ineficácia do dispositivo relacionado a preços abusivos previsto na Lei de Defesa da Concorrência.

15 Irei endereçar esse ponto com maior vagar mais à frente.

Essas constatações tornam ineficaz qualquer interpretação que oriente por uma intervenção do órgão de defesa da concorrência. Simplesmente não há como mensurar abusividade a partir de uma suposta conduta autônoma de preços abusivos (i.e., na ausência de uma conduta dita “coadjuvante”). Essa impossibilidade fática torna-se ainda mais evidente diante de mais alguns fatos concretos. Assumindo-se que seja possível estimar a estrutura de custos de um segmento (item a ser discutido mais à frente), seria possível estabelecer um consenso sobre qual o percentual acima dos custos seria abusivo? E, mais ainda, se esse percentual poderia ser aplicável para todos os mercados, levando-se em conta que cada segmento possui uma taxa de retorno diferente?

Tais perguntas, em síntese, delimitam a impossibilidade fática de se criar um critério para a abusividade, o que reflete a ineficácia fática do dispositivo. No entanto, a esse argumento os favoráveis a uma intervenção do CADE nessas hipóteses poderiam opor o fato de que o artigo 21, inciso XXIV, da Lei n. 8.884/1994 possui uma série de critérios para delimitar a excessividade de um preço, critérios esses que podem ser ainda mais elásticos ao caso concreto tendo em vista a utilização, pelo legislador, de técnica legislativa mais flexível, permitindo uma maior ação do intérprete da norma. A essa situação, delimita-se o conflito sobre a eventual ineficácia jurídica da norma. É hora, portanto, de reproduzir a norma para ilustrar a discussão sobre sua eficácia jurídica:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; XXIV – impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I – o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II – o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.”

A partir da leitura do dispositivo acima, é possível entender que há duas hipóteses de incidência para a verificação de excessividade: (i) imposição de preços excessivos; e (ii) elevação de preços sem justa causa. Percebe-se, de pronto, duas tendências para extrair abusividade: (i) a que procura parâmetros de abusividade com base em comparações diversas (incisos II e III); e (ii) a que procura parâmetros de abusividade com base no custo de produção (inciso I). O inciso IV refere-se à hipótese de preço abusivo como algo decorrente da conduta de cartel, situação em que se pode questionar não a sua eficácia, mas a sua necessidade, já que *coberto alhures na lei*<sup>16</sup>.

Assim, a partir dos critérios legais, uma primeira seleção de parâmetros de abusividade busca uma comparação entre o produto acusado com: (i) o mesmo produto em período anterior; (ii) produtos concorrentes comercializados no mesmo mercado ou em mercados diversos no mesmo país; e (iii) produtos semelhantes. A pergunta decorrente dessa definição de parâmetros é a seguinte: essas comparações possuem lastro suficiente e necessário para identificar a abusividade de um dado preço?

Acredito que não. A comparação com o mesmo produto em momento anterior deixa de lado um ponto relevante: será que, no período anterior, o preço era justo? Desconsidero, para tanto, a própria dificuldade em determinar o que é justo; tarefa, aliás, a meu ver, senão impossível, muito difícil de ser cumprida. Mas, ainda assim, o preço poderia ser, por exemplo, promocional, predatório ou mesmo não sofrer reajuste por um longo período de tempo. E o mesmo ocorre com as comparações com preços praticados por concorrentes no mesmo mercado e em mercados distintos.

Existem inúmeras explicações para as diferenças entre os preços (marca, design, qualidade, etc.), mesmo para produtos homogêneos, sendo que a própria dinâmica comercial pode ser distinta (maior ou menor número de concorrentes, diferentes graus de tributação, nível de renda, etc.). O problema, portanto, está na base de comparação, que não é confiável para daí extrair qualquer idéia de abusividade. Acho dispensável tecer maiores comentários a respeito da comparação com produtos semelhantes, já que presentes todas as considerações acima agravadas de heterogeneidade.

---

16 Lei 8.884/94 – “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

1 – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços.”

A verificação com base em uma comparação com os custos do produto consubstancia um desafio talvez ainda maior. Primeiro, há o problema de assimetria de informação entre o SBDC e o produtor acusado, sendo notória a dificuldade para aquele verificar os custos de produção, problema que se agrava ainda mais em mercados heterogêneos. Mas esse ponto nem de longe é o mais problemático. Na verdade, mesmo que os custos consigam ser adequadamente computados pelo SBDC, o problema na definição de abusividade permanece incólume: qual seria o percentual X, da margem ou mesmo do preço final praticado, que poderia ser considerado como abusivo?

Entendo, portanto, que a norma carece também de eficácia jurídica, pois não apresenta condições suficientes e/ou necessárias para que gere os efeitos colimados, posição que defendi no voto relator. Em tese, a técnica legislativa do inciso XXIV, do art. 21, da Lei n. 8.884/1994 poderia oferecer uma solução, ao fazer referência a outros critérios a serem definidos no caso concreto, por meio da expressão “além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes”, para a caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços. Essa construção legislativa, a exemplo de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados, possibilita ao intérprete maior flexibilidade na aplicação do Direito ao caso concreto. No entanto, em função da dificuldade fática de mensuração da abusividade, o problema permanece.

## **2. O Caso SINDIMIVA vs. WHITE MARTINS e AGA: O Contra-Ataque**

Embora a dificuldade para mensurar a abusividade de um preço ou de um reajuste tenha sido praticamente unânime no julgamento do processo, os Conselheiros divergiram quanto ao reconhecimento da ineficácia do dispositivo, o que, na prática, significa manter o processamento de casos por preço abusivo autônomo<sup>17</sup>. Em resumo, cinco grupos de argumentos sustentaram essa posição: (i) a existência de jurisprudência estrangeira com condenações sobre o tema; (ii) o reconhecimento de possíveis abusos de preços em casos envolvendo propriedade intelectual; (iii) a viabilidade de soluções estruturais para casos de preços abusivos; (iv) a necessidade de intervenção, pelo SBDC,

---

17 No sentido da parcial ineficácia do dispositivo da Lei Antitruste que trata sobre preços excessivos votaram, além deste autor, os Conselheiros César Mattos e Olavo Chinaglia. No sentido contrário, votaram os Conselheiros Ricardo Ruiz, Vinícius Carvalho, Fernando Furlan e o Presidente Arthur Badin.

quando houver desrespeito às regras de tarifação em setores regulados; e (v) a definição de padrões de abusividade diretos ou não em legislações esparsas no Brasil.

A descrição dos precedentes europeus encontrou, a partir do caso GM<sup>18</sup>, um possível critério para abusividade, a partir de teste baseado na relação entre preço e valor econômico de produtos e serviços fornecidos por uma empresa dominante. Segundo esse critério, considera-se excessivo o preço que não tem qualquer relação razoável com o valor econômico do produto. Esse mesmo teste chegou a ser aplicado por ocasião do julgamento do caso United Brands<sup>19</sup>, em que, sem razão aparente, a empresa dominante praticava preços diferentes em praças (na verdade, países) distintas.

O argumento relacionado à propriedade intelectual trouxe interessante desafio ao CADE, que é responsável por casos de abuso de direito a cultivares<sup>20</sup>. Nos termos da Lei n. 9.456/1997, a cultivar sob a qual recai o abuso poderá ser objeto de licença compulsória, em requerimento dirigido ao Ministério da Agricultura e decidido pelo CADE, assegurando-se a disponibilidade da cultivar no mercado, a preços razoáveis, toda a vez que o seu fornecimento regular esteja sendo injustificadamente impedido pelo titular do direito de proteção ao cultivar. Dessa forma, o CADE não poderia abrir mão de julgar casos de preços abusivos, pois, ao assim fazer, estaria deixando sem tutela possível abuso de direito de propriedade intelectual, cuja compe-

---

18 Por decisão governamental, a General Motors passou a deter o monopólio da concessão de certificados de conformidade para veículos usados na Bélgica. Assim, os carros da GM vendidos em outros Estados Membros e importados para a Bélgica teriam que obter esse certificado. A Comissão entendeu que os preços cobrados pela emissão desse certificado seriam abusivos porque os preços para aprovar carros importados da Europa e dos Estados Unidos era o mesmo, embora os custos fossem diferentes. Além disso, outras firmas cobravam por serviços semelhantes preços bem menores, a exemplo dos preços que eram cobrados antes da concessão do monopólio. A Corte Européia também reverteu a decisão por entender que a emissão do certificado era uma nova responsabilidade recentemente transferida para a GM que, logo após um período curto com as altas taxas, reduziu os valores dos certificados.

19 A empresa United Brands vendia bananas sob a marca “Chiquita” a preços diferentes para países do Norte Europeu. A Comissão Européia considerou os preços abusivos, entre outras razões, porque os preços praticados na Alemanha, Holanda e Dinamarca eram, pelo menos, 100% mais caros do que os praticados na Irlanda. A Corte Européia, no entanto, considerou que não havia prova suficiente da excessividade do preço praticado, abrindo a possibilidade de uma série de comparações para esse mister (diferença entre os custos e os preços, comparações com produtos concorrentes etc.).

20 É necessário definir o termo: cultivar é “a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos” (art. 3, inc. IV, da Lei n. 9.456/97).

tência não poderia ser exercida por outro agente público (o que ocorre com os demais direitos de propriedade intelectual, cujo licenciamento seria de competência do INPI<sup>21</sup>).

E não é só. A impossibilidade de se determinar abusividade de preços em casos envolvendo propriedade intelectual também poderia provocar algo similar a um efeito Avert-Johnson, gerando um incentivo ao sobre-investimento em inovação.

Outro argumento a favor da intervenção em casos de preço abusivo está relacionado à possibilidade de imposição de sanções de caráter estrutural<sup>22</sup> (embora essa opção não seja usual, nem tenha sido utilizada pelo Conselho).

Explico o porquê desse argumento: não seria lógico impor uma multa por imposição de preço abusivo, já que as próprias características de uma conduta desse gênero tornariam inócua uma intervenção com esse perfil por dois motivos: (i) não solucionaria o problema estrutural que deu origem à possibilidade de abuso; em outros termos, não gera mais concorrência; e (ii) poderia ser mais deletéria ao consumidor, que sofreria com os repasses da multa imposta. Esses dois motivos sustentariam uma postura contra a intervenção em hipóteses de preços excessivos autônomos, já que possivelmente não haveria resultado útil para a sociedade a partir da sanção imposta (na hipótese, claro, de impossibilidade de aplicação de sanções alternativas à multa).

Entretanto, a Lei Antitruste Brasileira prevê uma vasta gama de possibilidades de sanções aplicáveis por infração à ordem econômica. Ao lado das multas (previstas no art. 23), aquele diploma legal também prevê a proibição de contratação com instituições financeiras oficiais e de participação em licitações com a Administração Pública (art. 24, inc. II), a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (art. 24, inc. III), recomendações de licenciamento compulsório e de proibição de parcelamento de tributos federais (art. 24, inc. IV) e, por último, cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica (art. 24, inc. V). Esse último inciso permitiria, ao

---

21 Conforme a Seção III da Lei n. 9.279/1996, do Brasil.

22 Lei 8.884/94 – “Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”

CADE, eliminar a capacidade estrutural de gerar o problema “preço abusivo”, viabilizando uma maior competitividade no setor que provocou a condenação por aquela conduta específica.

Além disso, há situações em que é possível mensurar o abuso no preço praticado pelo agente econômico, definindo-se mais facilmente um padrão para a antijuridicidade. Isso ocorreria nas situações em que os parâmetros de preço são determinados por um órgão regulador (agência ou não). Nessas circunstâncias, toda vez que um agente despreze uma regra de preço (como, por exemplo, o preço que seria resultado de um price cap ou de uma taxa de retorno), os órgãos de defesa da concorrência também poderiam punir preço excessivo. Concessionários, então, estariam sujeitos não somente às sanções regulatórias, mas também às sanções por infração à ordem econômica, cominando-se ao fato dois tipos distintos de sanção (regulatória e antitruste).

Por fim, de forma a rebater a suposta impossibilidade de definir um padrão de abusividade, ressaltou-se que alguns diplomas legais tratam de preços excessivos. Em especial, a Lei de Economia Popular (Lei n. 1.521/1951) determina excessivo o “lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”<sup>23</sup>. Aliás, esse patamar de 20% já teria sido utilizado em decisões judiciais<sup>24</sup>. Além da Lei de Economia Popular, outros diplomas legais brasileiros e estrangeiros tentariam definir padrões de abusividade, de forma a evitar a geração de vantagens indevidas em detrimento do consumidor. Entre os diplomas aqui e alhures, destacam-

---

23 “Art. 4.º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: (...)

b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.”

24 Como exemplo, vide: Ação Civil Pública Em Defesa De Interesses Difusos E Coletivos De Consumidores – Abusividade Na Definição Do Preço De Venda De Álcool Combustível – Percentual De Lucro Excessivo – Indeferimento Da Limitação Liminar Do Lucro Em Patamar Razoável De 20% Até Julgamento Final Da Ação – Requisitos Da Aparência Do Bom Direito E Do Perigo Da Demora Presentes – Recurso Provido. “Tratando-se de interesse coletivo sobreleva considerar os prejuízos decorrentes de eventual prática abusiva de preço” (José Francisco Pellegrini, TJRS) Não é indevida a intervenção do Poder Judiciário, dès que provocado, na defesa dos interesses difusos e coletivos, quando há fundada suspeita de fixação abusiva de lucros. Verificada a prática de preço abusivo, mantém-se liminar que coíbe margem de lucro bruto acima de 20% na venda de combustíveis ao consumidor, tomando-se como base o preço de aquisição junto à distribuidora.” (Sentença de Tribunal de Justiça do Mato Grosso, de 24 de Outubro de 2007, processo 41587/2007).



-se o CDC (mais especificamente, os arts. 39, V<sup>25</sup>, e 51, IV<sup>26</sup>) e os Anti-Price Gouging Acts, proibindo preços excessivos em casos de desastres naturais<sup>27</sup>.

## II. A REVISÃO DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO FIM DOS PREÇOS ABUSIVOS

O voto relator, por ocasião do julgamento do AP nº 08012.000295/1998-92, preconizava um reconhecimento parcial da ineficácia do artigo 21, inc. XXIV, da Lei n. 8.884/1994. Parcial porque a possibilidade de aplicação (e de, portanto, geração de efeitos) subsistiria nas hipóteses em que o preço abusivo fosse um efeito de cartel (inc. IV do p. ú. do art. 21, inc. XXIV) ou mesmo em circunstâncias que o seu efeito seja exclusionário, equivalendo a uma hipótese de recusa de venda. Entendi, no entanto, que ambas as hipóteses se encontrariam em outros dispositivos da Lei Antitruste Brasileira, razão por que não haveria maior necessidade de encontrar uma solução interpretativa para o dispositivo sobre preços excessivos. Isso porque a lógica da Lei Antitruste Brasileira, calcada em efeitos e prevendo hipóteses de incidência exemplificativas, prescindiria de maiores esforços interpretativos para manter a efetividade da lei. Lembro ainda que o objetivo original do voto relator era o de gerar rotinas que tornassem o SBDC mais eficiente e efetivo, permitindo uma priorização das suas ações.

Essa linha de argumentação foi relativizada pela premência de se manter uma atuação do SBDC no combate aos preços excessivos. E o resultado do julgamento não provocou maiores indicações sobre como deveria ser a política de repressão à prática de preços abusivos. Na verdade, diversos Conselheiros tentaram formular mecanismos de triagem<sup>28</sup>, todos cientes da quantidade de casos de preços excessivos julgados e arquivados. Como todo julgamento chega a um fim, não foi possível delinear todos os argumentos levantados nos votos dos Conselheiros, o que passo a fazer agora, com o necessário vagar

25 “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.”

26 “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

27 Conforme citado no voto vista do Conselheiro Vinícius no processo ora *in commento*.

28 Os Conselheiros Ricardo Ruiz e Fernando Furlan, além do Presidente Arthur Badin, sugeriram mecanismos de triagem, ou regras de ação, para a recepção de denúncias de preços abusivos pelo SBDC.

acadêmico. Antes, porém, preciso dizer que somente após a validação (ou não) dos argumentos acima reproduzidos é que será possível dizer o quanto a decisão poderá representar um precedente que oriente os órgãos de instrução.

### 1. Da permanência do problema da ineficácia.

Diversos precedentes estrangeiros foram citados nos votos como evidência de que os órgãos antitruste estrangeiros não abandonaram o processamento de casos de preço excessivo autônomo. Na verdade, grande parte dos precedentes citados não foram processos que envolveram acusações de preço excessivo autônomo, mas sim de discriminação de preços, descontos (fidelização), além de outras condutas. E outra parte não resistiu à revisão pelo Poder Judiciário, que, em síntese, não encontrou parâmetros de comparação que pudessem identificar um padrão de abusividade. Abaixo, citarei apenas os casos que foram processados e condenados como preços abusivos.

QUADRO I

<b>Caso</b>	<b>Jurisdição</b>	<b>Resultado</b>
General Motors <sup>29</sup>	União Européia	Comissão: condena Judiciário: reverte condenação
United Brands <sup>30</sup>	União Européia	Comissão: condena Judiciário: reverte condenação
British Leylands <sup>31</sup>	União Européia	Comissão: condena Judiciário: mantém a condenação
Deutsh Post II <sup>32</sup>	União Européia	Comissão: condena Judiciário: não houve recurso
NAPP <sup>33</sup>	Reino Unido	OFT: condena UK Commission: mantém a condenação
Harmony Gold Mining vs. Mittal Steel <sup>34</sup>	África do Sul	Competition Commission: arquiva Competition Tribunal: Condena

Nenhum dos casos acima representa um precedente válido para uma hipótese de preços abusivos a demonstrar a eficácia de norma que preveja infração do gênero. General Motors e United Brands não foram mantidos no Judiciário, que efetivamente considerou ausentes critérios para demonstrar a excessividade suficiente a gerar condenação. British Leylands, na verdade, importa em discriminação com o objetivo de evitar o fenômeno da importação paralela<sup>35</sup>, objetivo esse a ser rechaçado por conta da proposta de um

---

29 O caso foi descrito na nota de rodapé n. 18 deste artigo.

30 O caso foi descrito na nota de rodapé n. 19 deste artigo.

31 A exemplo do caso da GM, a British Leyland também possuía o monopólio legal para emissão de certificados de conformidade para carros, inicialmente cobrando preços similares para carros com volantes no lado direito e no lado esquerdo. Após um período determinado, aumentou os preços apenas para carros com volantes no lado esquerdo. A Comissão Européia entendeu que esses preços não refletiam os custos e que se destinavam, na verdade, a impedir importações. A Corte Européia manteve a decisão da Comissão por entender que não haveria diferenças significativas de custo, daí porque não deveria haver diferença nos respectivos preços. Na verdade, a lógica era tornar a re-importação de carros com volantes no lado esquerdo menos atrativas.

32 Aqui, a questão me parece mais regulatória do que propriamente concorrencial. Em 2001, a empresa DPAG, que mantinha um monopólio legal para o correio interno, tinha uma política no sentido de considerar como interna toda correspondência que chegava de outros países, mas contendo uma referência à Alemanha (em geral, um endereço de retorno na Alemanha). Ao considerá-las, portanto, como correspondência doméstica, aplicava a tarifa doméstica. A Comissão Européia identificou o emissor dessas correspondências, verificando que não havia emissores alemães, e sim que as cartas vinham do Reino Unido. Embora a questão envolvesse uma análise de custos e preços cobrados, o principal ponto da decisão era a identidade (nacionalidade) dos emissores das correspondências *sub-judice*. Tanto é assim que, após ter sido determinado ao longo da instrução que essas correspondências não se configuravam domésticas, a própria DPAG não questionou a decisão da Comissão Européia.

33 A Napp Pharmaceutical Holdings foi a primeira empresa a lançar o produto morfina de liberação prolongada no Reino Unido, mantendo a patente até 1990. Esse produto é comercializado para hospitais e para a comunidade em geral. A OFT alegou que a empresa estaria praticando preço predatório no fornecimento aos hospitais e excessivo na venda à comunidade. Como critério de abusividade, a OFT elaborou comparações do preço praticado em ambos os segmentos com os custos de produção da empresa e com o preço dos concorrentes. A UK Competition Commission reduziu a multa imposta, mantendo, no entanto, a condenação.

34 O Tribunal de Concorrência Sul-Africano (The Competition Tribunal Of South Africa), processou e condenou a empresa Mittal Steel por preço excessivo no mercado interno de placas de aço, empresa essa que detinha 80% de market share. Para tanto, entendeu que havia as características estruturais para um possível abuso, não sendo o mercado sujeito a inovações ou alvo de regulação. A abusividade foi comprovada a partir da discriminação de descontos concedidos pela Mittal Steel (que eram concedidos apenas às empresas que tinham como substituir o aço por plástico) e também a partir de uma comparação entre os preços praticados no mercado interno e externo. Assim, o Tribunal sul-africano evitou a tarefa de definir um preço justo ou mesmo o valor econômico do produto (25 de setembro de 2009, *Mittal Steel South Africa Limited, Macsteel International BV, Macsteel Holdings (Pty) Limited vs Harmony Gold Mining Company Limited, Durban Roodepoort Deep Limited*, processo 70/CAC/Apr07).

35 Segundo o Directorate General Enterprise and Industry da Comissão Européia, o comércio paralelo “envolve produtos que são (amplamente) idênticos a produtos comercializados por meio de redes de

mercado comum europeu integrado, que é sustentado por vários pilares, entre os quais a política de concorrência (exemplo não aplicável ao Brasil). NAPP, por envolver um caso de preço excessivo em mercado de inovação, possui inúmeras ressalvas<sup>36</sup>. E, por fim, Mittal Steel apresenta limitações práticas, já que, ao não determinar o preço justo, não foi possível desenhar uma sanção ou calcular o dano causado em termos monetários ou ainda o patamar de redução de preços<sup>37</sup>.

A exemplo dos precedentes estrangeiros, acredito que a legislação de cultivos fortalece a hipótese de ineficácia sustentada para o dispositivo de preços excessivos previsto na Lei Antitruste Brasileira. O art. 28 da Lei n. 9.456/1997 prevê que a licença compulsória de um cultivar assegurará a disponibilidade de um cultivar no mercado a preços razoáveis, sendo que o requerimento de licença é dirigido ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento e dirigido ao CADE. Esse dispositivo implica que o CADE deverá, em certa medida, identificar quando a manutenção do fornecimento regular do cultivar esteja sendo injustificadamente impedida pelo titular do direito de proteção sobre o cultivar, para então determinar o seu licenciamento.

Para apurar a restrição injustificada à concorrência, o art. 28, p. ú., da Lei n. 9.456/1997 faz referência a dispositivo da Lei n. 8.884/1994, mais especificamente ao seu art. 21, em que lista de forma exemplificativa uma série de condutas anticompetitivas, entre as quais a de preço excessivo. Assim, a hipótese de um preço excessivo para cultivos importados imporia uma solução consubstanciada no seu licenciamento compulsório pelo CADE, por determinação legal. Aqui, mais uma vez, o CADE deveria encontrar um critério de abusivi-

---

distribuição dos fabricantes ou fornecedores originais, mas que são comercializados fora dessas redes. O comércio paralelo é lucrativo no caso de diferenças de preços entre Estados-Membros." ([http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/glossary/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/glossary/index_en.htm)). Ou ainda, "Importações paralelas são produtos importados em um Estado-Membro a partir de outro e colocados no mercado do Estado-Membro de destino, fora dos canais formais do fabricante ou de seu distribuidor licenciado." ([http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/free-movement-non-harmonised-sectors/parallel-imports-medecine/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/free-movement-non-harmonised-sectors/parallel-imports-medecine/index_en.htm)).

36 Basicamente, a dificuldade de individualizar os custos de pesquisa, já que a dinâmica do mercado exige uma série de investimentos que precisam ser amortizados pelos produtos que conseguem chegar a ser comercializados, pois inúmeros não são viáveis. Além disso, o CCAT indicou que o retorno decorrente de premium pela marca não poderia ser maior do que 40%. Mas não há qualquer justificativa para a fixação desse patamar máximo. (Padilla & Evans, 2004).

37 O Tribunal condenou a Mittal e impôs multa equivalente a 5,5% da receita da Mittal S/A no ano anterior ao do recurso ao Tribunal (2003). Além disso, foram impostas medidas comportamentais à empresa no que se refere (i) à proibição da mesma impor condições aos seus clientes quanto à revenda ou uso dos seus produtos e (ii) tornar público os preços, descontos ou outras medidas na venda do aço plano.

dade para, então, quando do licenciamento compulsório delimitar um preço razoável que irá remunerar o titular do direito de proteção sobre a cultivar.

Antes, uma ressalva. Obviamente o fornecimento regular do cultivar pode estar sendo injustificadamente impedida pelo respectivo titular do direito por uma série de motivos, não estando necessariamente relacionado à cobrança de preços excessivos. No entanto, por ora irei concentrar o esforço teórico apenas nessa hipótese. E, a meu ver, o problema da ineficácia permanece, em função dos mesmos argumentos aqui desenvolvidos para qualquer circunstância que envolva uma acusação de preço abusivo: em síntese, a dificuldade de mensurar o que seria um preço competitivo (no caso, seguindo os moldes da legislação, um preço razoável), para daí obter abusividade. Aliás, esse papel parece-me tão complicado que não há registro de qualquer pedido de licenciamento compulsório de direito de proteção a cultivar direcionado ao CADE.

## **2. Institucionalismo Comparado<sup>38</sup>: por que o CADE não é adequado para a tarefa**

Ainda sobre cultivares, é provável que a intenção do legislador seja, na verdade, a criação de um critério para determinar se o fornecimento do cultivar está ou não regular. Acredito que esse seja o ponto fundamental de um licenciamento compulsório, e não propriamente o suposto preço abusivo cobrado pelo detentor do direito de proteção. O parâmetro não seria, portanto, preço, mas sim o grau de acesso ao cultivar (ou um grau ótimo de acesso ao cultivar). Semelhante discussão também é travada, por exemplo, no mercado de medicamentos, em que o acesso é o ponto fundamental. Ou seja, qual o preço X que irá viabilizar o acesso ótimo a esse tipo de medicamento (ou de cultivar)? Além dessa questão, há outra: quem é o órgão governamental adequado para determinar (ou estimar) esse suposto grau ótimo de acesso?

Acredito fielmente que há vantagens institucionais diferentes para os órgãos públicos, entre os quais o CADE, o Ministério da Saúde (no caso dos medicamentos) e o Ministério da Agricultura (no caso dos cultivares). O Ministério da Saúde é o órgão governamental mais adequado para verificar o grau ótimo de acesso a um medicamento, o que pode determinar medidas específicas (ou mesmo a regulação do seu preço, se for o caso). É o que aconteceu, por exemplo, no caso de medicamentos que compõem o coque-

---

38 O institucionalismo comparado considera as capacidades institucionais de diferentes atores, a fim de averiguar qual deles é o mais adequado para tratar de determinada questão. Cf. Komesar, 1994.

tel Anti-HIV (Decreto 6.108/2007). O mesmo raciocínio pode ser aplicado à hipótese dos cultivares, em que uma metodologia para averiguar o nível ótimo de acesso (fornecimento regular ao mercado) é bem mais importante do que a identificação de um parâmetro de abusividade no preço, o que, aliás, já se mostrou inviável inúmeras vezes.

Não se questiona a competência do CADE para determinar o licenciamento compulsório para direitos de cultivares. Essa competência está expressamente prevista em lei, em dispositivo diversas vezes citado aqui. Porém, a doutrina do institucionalismo comparado simplesmente identifica qual órgão é o mais apropriado para adotar determinada decisão (quando o caso trata de pretensa acusação de preços abusivos, ressalto), o que implica um raciocínio de separação de Poderes mais sofisticado, pois mesmo entre órgãos do Executivo pode haver habilidades ou performances diferenciadas para cada tipo de função que é atribuída por lei.

A lógica do institucionalismo comparado também se aplicaria à sugestão quanto à competência do CADE para punir sociedades que descumprem regras de regulação de preços (como price caps e taxas de retorno, entre outras). Para verificar eventual descumprimento regulatório, certamente as agências que desenharam as regras tarifárias possuem vantagem institucional para puni-las. Devo, no entanto, fazer uma ressalva. É claro que haverá situações em que descumprimentos regulatórios também poderão representar infrações à ordem econômica. Exemplo disso se dá nos casos de unimilitância imposta por planos de saúde, em que há restrição regulatória<sup>39</sup>, além de inúmeros casos de condenação pelo CADE, sem ocorrência de *bis in idem*<sup>40</sup>.

Trata-se de dois tipos de violação distintos e que possuem traços comuns, mas que não se equiparam, em função de duas razões: (i) nem sempre o objetivo regulatório encontra paralelo no objeto de preservação e/ou fomento da concorrência, mas pode haver espaço ou circunstâncias em que vários objetivos possam coexistir; e (ii) os requisitos para configuração de um ilícito

---

39 Resolução Normativa ANS n.º 124/2006 (art. 41) – (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS. Dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde. Resolução Normativa n. 124, de 30 de mar. 2006. Diário Oficial da União. 03 de abr. 2006.) e Resolução ANS n.º 175/2008 (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS. Acrescenta o item 2 ao Anexo I e o item 3 ao Anexo IV da Resolução Normativa – RN n.º 85, de 7 de dezembro de 2004, acrescenta o inciso V ao art. 25 da mesma Resolução e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2008).

40 Os requisitos para condenação regulatória e antitruste são diferentes. A imposição regulatória contra a unimilitância prescinde da comprovação de poder de mercado (e de conseqüente, potencial ou efetivo, fechamento de mercado para outros planos de saúde).

regulatório e de um ilícito antitruste podem não ser os mesmos. Não tenho por propósito esgotar o tema, já que o texto não possui essa intenção, mas acredito que, nas situações descritas, deriva-se uma necessidade de controle duplo, tanto por parte do órgão regulatório específico, como pelo SBDC.

Não é esse o caso de uma regulação de preços, que tem por propósito imediato substituir a formação livre de preços, provavelmente em função de uma falha de mercado, como o monopólio natural, não permitindo qualquer coexistência dessa norma regulatória com algum objetivo de fomento à concorrência. Existe, assim, verdadeira exclusão da liberdade da formação de preço, inexistindo razão para atuação do SBDC.

Basta dizer que o trabalho, na verdade, seria duplicado por um ente governamental, o CADE, que não teria qualquer vantagem institucional sobre o órgão governamental que impôs a regulação dessa variável (preço), aumentando os riscos de intervenção equivocada ou mesmo de ausência de intervenção quando esta for necessária. Todos os problemas habituais relacionados à assimetria de informações (falha de governo notória em casos de regulação de preços) seriam potencializados pela atuação do CADE, como tribunal de segunda instância para verificação de preços regulados. Além disso, outros problemas incidentais poderiam surgir, como a incerteza com relação à palavra final quanto à determinação dos preços ou mesmo fórum-shopping, por parte do agente regulado, pela regulação que lhe for mais favorável.

### **3. Risco de Erro Tipo I > Risco de Erro Tipo II**

Parte da motivação dos votos dissidentes explícita ou implicitamente considerou altos os riscos que seriam oriundos de uma decisão por meio da qual o SBDC abdicaria de processar e julgar casos de preço abusivo autônomo (ou seja, o erro tipo 2: o de deixar de intervir quando o agente público deveria intervir). Entre esses riscos decorrentes da ausência de uma política de combate ao preço excessivo pelo SBDC, estaria incluído o risco de excesso de investimento em inovação (tal e qual um efeito Avert-Johnson, comum a setores regulados com altos investimentos em capital, como saneamento básico). E, para diminuir a força do argumento de ineficácia do dispositivo sub-judice, os votos fizeram referência a possíveis padrões de abusividade, exemplificando com outros tipos de legislação brasileira (como, por exemplo, a Lei de Economia Popular e o Código de Defesa do Consumidor) e estrangeira (como o Anti-Price Gouging Act, aplicável a situações de desastres naturais, como o furacão Katrina).

A meu ver, tudo indica no sentido contrário: ou seja, o risco de erro tipo 1 é bem superior (o risco de o agente público intervir quando não deveria intervir). A utilização de uma margem de lucro máxima (20%), tal como estipulado na Lei de Economia Popular para todos os setores da economia, geraria fortes riscos de erro tipo 1, devendo ser uma hipótese desconsiderada pelos órgãos do SBDC. Não há como utilizar esse ou qualquer outro número como parâmetro, já que os mercados possuem margens diferenciadas por conta de inúmeros fatores. Isso sem mencionar que esse risco torna-se ainda mais evidente em mercados envolvendo inovação, já que o custo para gerar um determinado produto não capta todas as tentativas fracassadas de inovar e a própria medida de custo considerada – que baseou o parâmetro sobre o qual a margem de 20% seria aplicável – está sujeita a debate não trivial. Além disso, ao contrário do alegado, acredito que há menos investimento do que o necessário em inovação no Brasil, tornando-se pouco crível um argumento calcado em efeito Avert-Johnson<sup>41</sup>.

Parece-me que as referências do CDC (a vantagens excessivas) partem do pressuposto de uma relação individual (ou, também, individual homogênea), com particularidades em que é possível fazer uma prova de onerosidade excessiva. Aqui, o raciocínio é individualizado e os critérios previstos no art. 21, inciso XXIV, são de pouca ou nenhuma valia. Maior prova disso é que o elemento de vantagem também pode partir de considerações subjetivas, como a necessidade ou vulnerabilidade do consumidor, ou mesmo a sua inexperiência, elementos que fogem a uma análise antitruste, caracterizado por uma lógica objetiva, salvo no cômputo da penalidade. E caso não sejam utilizados parâmetros individualizados para grupos específicos de consumidores (que podem, como já disse, incorporar fatores subjetivos), o risco de intervenção equivocada aumenta no mesmo patamar das outras hipóteses mencionadas.

No entanto, situações extremas podem eliminar o risco de erro na intervenção (ao invés do erro causado pela ausência de intervenção). Restrições às garantias individuais são permitidas em hipóteses de estado de sítio ou

---

41 “De qualquer forma, a preocupação das sociedades em geral de fomentar suas atividades de inovação, tanto por patente como por mecanismo explícitos de fomento, indicam que há uma percepção mais generalizada que o mecanismo de mercado gera uma quantidade de inovações menor do que a que seria socialmente desejável e o problema relevante é propiciar meios para incrementar esta atividade econômica de inovação e não reduzi-la. Em síntese, a melhor hipótese para se trabalhar continua sendo a de que há uma alocação insatisfatória de capital em P&D e não excessiva. Para o Brasil, os percentuais reconhecidamente baixos de investimento em P&D tornam esta hipótese de efeito Avert-Johnson ainda mais longínqua” (Sentença do CADE, de 18 de Agosto de 2010, processo 08012.003648/1998-05).



de emergência. Não poderia ser diferente com a possibilidade de livre precificar produtos e serviços em situações análogas (tais como desastres naturais). Acredito até que o parâmetro de abusividade, nessas hipóteses, fica mais facilmente perceptível, já que os patamares de preços pré-desastre podem representar um indicador de abusividade (ressalvando-se as situações em que o desastre tenha alterado os custos de produção e/ou de distribuição).

Mas talvez o maior risco tipo 1 esteja relacionado à solução para tornar efetiva a sanção para casos de preço excessivo: a cisão de empresas ou alienação de ativos. Não há como necessariamente classificar essa sanção como mais restritiva do que as demais previstas nos arts. 23 (multa) e 24 (diversas, já mencionadas anteriormente). De qualquer forma, como regra geral, toda e qualquer sanção deverá guardar um juízo de proporcionalidade inerente à conduta sob punição. No entanto, diante de um quadro de um preço abusivo autônomo, difícil, quiçá impossível de ser mensurado com precisão, a possibilidade de erro por parte das autoridades antitruste não é irrisória. Aliás, muito pelo contrário, há um risco enorme em intervenções calcadas em medidas estruturais, que poderão ter por impacto a perda de economias de escala e/ou de escopo, entre outras perdas de eficiência, impondo ao agente econômico uma situação perene e irreversível.

## CONCLUSÃO

Recentemente, o Projeto de Lei n. 3.937-D, que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, foi finalmente aprovado, sendo encaminhado para sanção presidencial<sup>42</sup>. Não houve muitas mudanças no rol exemplificativo das condutas anticompetitivas, antes previstas nos incisos do art. 21 da Lei n. 8.884/94 e agora previstas em incisos do art. 36 da nova lei. No entanto, o dispositivo que tratava especificamente do preço abusivo foi suprimido.

A possibilidade de continuar processando condutas com base em acusações de preços abusivos, ao menos em tese, mantém-se por conta do caput do art. 36 da nova lei<sup>43</sup>. No entanto, não deixa de ser indicativa a sua supres-

42 No momento exato em que escrevo, o texto está nas mãos da Presidente da República, para análise de eventuais vetos por interesse público ou por eventuais inconstitucionalidades, após o que a lei será sancionada, seguindo um período de *vacatio legis* de seis meses.

43 “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados. I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

são. As razões para tal não são difíceis de serem explicadas. Simplesmente não há um critério jurídico-econômico para definir abusividade de preços, muito embora vários casos já tenham sido julgados pelo CADE ou mesmo por jurisdições com maior experiência em política antitruste. Daí decorre a proposta de ineficácia do dispositivo da Lei Antitruste Brasileira, inexistente na nova lei, que acabou não sendo acatada no julgamento do processo *SIN-DIMIVA vs. White Martins e AGA*.

Pelo que pude compreender do julgamento e da frutífera discussão que lá se travou, uma decisão no sentido de reduzir ou mesmo abdicar de um combate à conduta de preço excessivo autônomo apresentaria inúmeros riscos. Daí porque a relutância com relação a uma decisão que estimularia menos denúncias de casos do gênero (embora, diga-se de passagem, a tentativa de criação de critérios de triagem tenha tentado ir nessa direção, ainda que de forma menos peremptória). Entendo, no entanto, que se o risco de (praticamente<sup>44</sup>) abandonar casos de preço abusivo autônomo foi considerado alto, alto demais para uma decisão que reconheça a ineficácia do (prestes a ser revogado) dispositivo específico que lhe dá guarida, as possíveis soluções aventadas de aplicação prática representam um risco ainda maior.

Aliás, os riscos com a continuação de processos de preço abusivo não são nada triviais. Hipóteses de problemas competitivos foram diversas vezes trazidas aos olhos do SBDC sob a manta de uma hipótese de preço abusivo. E assim permaneceram durante anos sem solução (em função dos problemas aqui extensamente tratados), sendo, ao final, inexoravelmente arquivados. A identificação correta do problema competitivo pode auxiliar o SBDC a mais bem endereçá-lo, tanto sob o ponto de vista da eficiência (resolvendo o problema mais rápido) como da efetividade (ou seja, realmente atingindo um resultado no sentido de gerar mais concorrência e, portanto, bem-estar a partir de uma política de intervenção focada e técnica). Logicamente, os efeitos reflexos dessa política seriam vários, entre os quais uma melhor alocação dos técnicos e, conseqüentemente, maior número de casos julgados ao fim e ao cabo.

A verdade é uma só. Ninguém, até o momento, conseguiu encontrar ou mesmo criar de maneira satisfatória (a ponto de ser utilizada como um pre-

---

44 Digo isso porque restariam, ainda, duas possibilidades do enquadramento da conduta: (i) caso o preço abusivo seja indício de outra conduta tipificada na lei 8.884/94 ou, findo o período da *vacatio legis*, na nova lei de defesa da concorrência ou (ii) tenha o objetivo exclusionário.

cedente) um critério e inúmeros recursos são constantemente desperdiçados nessa tarefa incessante. É hora de parar. A proposta de um Estado de Custo e Benefício deve significar maior amplitude para os agentes públicos, a fim de que estes possam desenvolver critérios para a priorização de suas atividades. A contrapartida para essa flexibilidade é uma maior cobrança por parte do controle social. É essa cobrança não tem por objetivo um número maior de processos abertos, sobretudo aqueles que têm pouca ou nenhuma probabilidade de êxito, mas sim o resultado que eles geram na sociedade brasileira.

## BIBLIOGRAFIA

FERRAZ JR., Tercio Sampaio

2003 *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas.

KOMESAR, Neil K.

1994 *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*. Chicago: The University of Chicago Press.

PADILLA, A. Jorge. & EVANS, David. S.

2004 *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*. CEPR Discussion Paper n. 4626. September 2004, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=620402> [consultado em 01 de julho de 2011].

RUIZ, Ricardo

2011 *Debates em Direito da Concorrência – Publicações da Escola da AGU*. Brasília: Advocacia Geral da União. Coordenação de Jefferson Carús Guedes e Juliana Sahione Mayrink Neiva.

## DOCUMENTOS OFICIAIS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE – ANS

2006 *Dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde*. Resolução Normativa n. 124, de 30 de mar. 2006. Diário Oficial da União, de 03.04.2006

2008 *Acrescenta o item 2 ao Anexo I e o item 3 ao Anexo IV da Resolução Normativa – RN nº 85, de 7 de dezembro de 2004, acrescenta o inciso V ao art.25 da mesma Resolução e dá outras providências*. Resolução Normativa n. 175, de 22 de set. 2008. Diário Oficial da União, de 23.09.2008.

## BRASIL

- 2008 CADE. *Processo Administrativo n. 08012.000966/2000-01. Representante: CPI – Medicamentos Câmara dos Deputados, Representado: Laboratório Pfizer Ltda., Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, DF, de 18.06.2008, Diário Oficial da União. Brasília, de 7.07.2008.*
- 2009 CADE. *Averiguação Preliminar n. 08012.005181/2006-37. Representante: Videolar S.A., Representada: Koninklijke Philips Electronics N.V., Relator: Paulo Furquim de Azevedo, DF, de 29.04.2009, Diário Oficial da União. Brasília, de 22.05.2009.*
- 2010 CADE. *Averiguação Preliminar n. 08012.000295/1998-92. Representante: Sindicato da Indústria Mecânica, Metalúrgica e de Material Elétrico de Ipatinga-SINDIMIVA., Representadas: AGA S.A e White Martins Gases Industriais Ltda., Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, DF, de 18.08.2010, Diário Oficial da União. Brasília, de 10.09.2010.*
- 2010 CADE. *Averiguação Preliminar n. 08012.003648/1998-05. Representante: Figueroa Campos Indústria e Comércio Ltda., Representada: White Martins Gases Industriais Ltda., Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, DF, de 18.08.2010, Voto vista Conselheiro Cesar Mattos Diário Oficial da União. Brasília, de 10.09.2010.*
- 1951 Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. *Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.* Planalto.gov.br, Brasília. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L1521.htm>>.
- 1994 Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. *Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.* Planalto.gov.br, Brasília. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8884.htm>>.
- 1996 Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.* Planalto.gov.br, Brasília. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/19279.htm>>.
- 1997 Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997. *Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências.* Planalto.gov.br, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9456.htm>.
- 2009 Ministério da Justiça. CADE. *Relatório de Gestão: Exercício 2008.* Brasília, de 19.03.2009. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/RELAT%C3%93RIO\\_DE\\_GEST%C3%83O\\_2008\\_CADE.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/RELAT%C3%93RIO_DE_GEST%C3%83O_2008_CADE.pdf)>.

2007 Tribunal de Justiça do Mato Grosso Grosso. *Agravo de Instrumento n. 41587/2007, da 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Relator: Des. Juracy Persiani. Agravante: Ministério Público. Agravado: Rede de Postos Santa Maria Ltda.* Mato Grosso, de 24.10.2007. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/servicos/jurisprudencia/ViewAcordao.aspx?key=843d4415-2cab-4208-bfc8-89d98aa976ff&render=1>>.

#### SOUTH AFRICA

The Competition Tribunal of South Africa. *Case no: 13/CR/FEB04. Harmony Gold Mining Company Ltda e Durban Roodepoort Deep v. Mittal Steel South Africa Ltda. e Macsteel International BV*, de 03.27.2007.



# POLÍTICA INDUSTRIAL, CAMPEÕES NACIONAIS E ANTITRUSTE SOB A PERSPECTIVA BRASILEIRA: UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA

*Vinicius Marques de Carvalho\*/Ricardo Medeiros de Castro\*\**

**ABSTRACT \*\*\*.** *This paper discusses some aspects of the relationship between competition policy and industrial policy, evaluating, in particular, if there are plausible justifications for antitrust law to have (or not) a more complacent approach to the regulation of large productive structures connected to domestic economic agents (or, as the literature calls them, 'national champions').*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 1.1. Teoria contrária aos campeões nacionais. 1.2. Teoria favorável aos campeões nacionais. 2. Do debate empírico. 2.1. Exportações e concentração. 2.2. Corrupção e Política Industrial. 2.3. Neutralidade das políticas de fusões. 3. É possível falsear a necessidade de políticas industriais pela empiria? 4. Conclusões.

## 1. INTRODUÇÃO

Até à década de 1990, o Estado brasileiro optou por políticas públicas voltadas para o desenvolvimento industrial via intervenção direta (empresas estatais) ou incentivando a formação de grandes grupos econômicos privados em setores definidos pelo Estado como estratégicos para a política econômica em seu sentido amplo. Nesse contexto era muito difícil conjugar a política de defesa da concorrência com a industrial, na medida em que a primeira, no seu padrão

---

\* Doutor em Direito Comercial pela USP e em Direito Comparado pela Universidade Paris I (Pantheon-Sorbonne). Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

\*\* Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Mestre em Relações Internacionais pela UFRGS.

\*\*\* A elaboração deste *abstract* é da responsabilidade do Conselho de Redação da C&R.

tradicional, via o ganho de competitividade e o crescimento das empresas como produto da competição livre no mercado.

Ocorre que, a partir de 1994, a estratégia de controle do poder econômico no Brasil, por meio da defesa da concorrência, passa a ser qualificada como política pública, com o advento da Lei 8.884/94<sup>1</sup>. Alguns teóricos alegam que esta foi uma trajetória evolutiva e que política industrial e política concorrencial são incompatíveis entre si.

De forma mais específica, este trabalho pretende discutir alguns aspectos sobre o relacionamento da Política de Defesa da Concorrência com a Política Industrial, avaliando, em particular, se há justificativas plausíveis para que o Direito Antitruste tenha (ou não) uma abordagem mais complacente em relação à forma de regulação de grandes estruturas produtivas ligadas a agentes econômicos de nacionalidade doméstica (ou, como intitulados pela literatura, “campeões nacionais”). Sobre este aspecto, há um importante debate empírico que pretende dar coerência a este discurso analítico. Muitos trabalhos encontraram evidências no sentido de que (i) o incentivo a campeões nacionais não auxilia o comércio externo, (ii) há uma correlação entre Política Industrial Ativa e corrupção e (iii) há uma neutralidade na aplicação do Direito Antitruste, devendo esta ser perseguida por todos os países, independentemente de qualquer particularidade fática.

Pese esta literatura já estabelecida, o presente artigo argumenta que tais estudos, considerando sua limitação intrínseca, não representam registros empíricos válidos capazes de refutar a necessidade de uma Política Industrial ativa. Frise-se, também, que não se pretende alegar que a teoria favorável aos campeões nacionais é melhor (ou pior) que a teoria contrária a esses grandes agentes produtivos nacionais. A discussão relevante trazida aqui diz respeito única e exclusivamente à limitação dos estudos empíricos sobre o assunto.

Antes de adentrar neste debate empírico (foco da presente análise), no entanto, entende-se necessário expor as diversas nuances da presente divisão teórica.

### **1.1. Teoria contrária aos campeões nacionais**

Alguns autores advogam a retirada ou mesmo a supressão do caráter político do debate que se circunscreve às análises de estruturas e de condutas. Por este viés, a Autoridade Antitruste teria um mandato restrito, para buscar, de forma

---

1 Lei ordinária n.º 8.884, de 11 de Junho de 1994.



neutra, apenas e exclusivamente a maximização da eficiência microeconômica, sem privilegiar campeões nacionais. Majoras alega que “quando benefícios são concentrados e custos são difusos, é possível que grupos pequenos se enriqueçam às expensas dos consumidores”<sup>2</sup>. A partir desta constatação, a autora considera que o fornecimento de subsídios e de tarifas comerciais diferenciadas para os campeões nacionais, bem como a proibição de participação estrangeira em determinadas empresas, são atitudes que acabam por proteger agentes ineficientes a um custo elevado. Por este viés, favorecimentos estatais estariam relacionados a problemas de *rent-seeking* e de corrupção, não sendo justificáveis como políticas públicas.

Aplicando este debate ao Brasil, o ex-Conselheiro Gesner de Oliveira, ao julgar o caso envolvendo a constituição da AMBEV, considerou que, de acordo com Porter, a busca por campeões nacionais mina as vantagens competitivas de uma política antitruste forte e coerente: “*Entendo que a ação da autoridade de defesa da concorrência deve cingir-se à proteção do mercado sem imiscuir-se em juízos específicos de política industrial.* Tal entendimento é coerente com minha manifestação no voto da Copesul (1998) reiterada no voto da OPP/Petrobrás (2000) em que manifestei da seguinte forma: «Rechaço qualquer proposta que transforme o CADE em agência de fomento ou de política industrial. Diferentemente daquilo que no passado foi o CDI, a ação do CADE deve ser a de prevenir estruturas que possam ensejar condutas abusivas, impedindo que as mesmas prejudiquem a concorrência, e não a de delimitar quais as estratégias e decisões sobre produção e investimento devem ser adotadas pelas empresas privadas». Isto não exclui naturalmente a desejável coordenação entre a defesa da concorrência e a política industrial. Porém, esta última se dá no plano da harmonização das políticas governamentais e não na aplicação específica das normas legais por órgãos de Estado como o CADE”<sup>3</sup>.

Ou seja, segundo tal visão, (i) não é conveniente avaliar Política Industrial como justificativa para aprovar ou reprovar fusões e (ii) há problemas de

---

2 Majoras, 2007: 1-2.

3 No mesmo sentido, as requerentes do Ato de Concentração n.º 08012.001637/2007-71 entenderam que o CADE não deveria fazer qualquer recomendação à CAMEX no que diz respeito à tarifa de importação, posto que este pedido “estaria relacionado à matéria de política industrial, matéria esta que seria estranha à análise concorrencial”. Em que pese tal pronunciamento, mesmo assim, o CADE recomendou que a CAMEX avaliasse esta questão tarifária. De todo modo, esta espécie de postura dos advogados e de parte da jurisprudência parece embasar-se na visão de que à Autoridade Concorrencial cabe uma avaliação neutra das estruturas mercadológicas.

competência atrelados com esta ponderação. Com efeito, tal corrente teórica compreende que a Autoridade Concorrencial, com base no § 2.º do art. 54 da Lei 8.884/94, não teria autorização legal para aprovar um ato de concentração se este elevasse, ainda que minimamente, o preço do produto ao consumidor final. Isto ocorreria porque o CADE não tem “mandato” para avaliar interesses “estranhos” à eficiência alocativa, devendo o antitruste restringir-se à discussão de excedentes de bem estar sociais, vistos sob a ótica microeconômica.

## 1.2. Teoria favorável aos campeões nacionais

Por meio desta teoria, o Direito Antitruste não deve ficar adstrito a uma suposta neutralidade valorativa, que reduz o Direito a um esquema simplista e matemático, no qual há apenas um único meio para atingir um objetivo estritamente determinado. Pelo contrário, esta visão pressupõe que a realidade econômica diz respeito a um emaranhado de interesses políticos que são mediados e compreendidos, muitas vezes, à luz de técnicas interpretativas específicas, baseadas em complexos modelos teóricos. Ocorre que, como bem explicitou Forgioni “não apenas a técnica não é neutra, como o mercado não é uma ordem espontânea e as escolhas dos resultados derivam de decisões políticas. Devem restar claras as «artérias ideológicas que canalizam o novo sangue do organismo jurídico» reconhecendo-se abertamente o «sub-reptício ideológico da teoria jurídica». A indicação do mercado como único (ou melhor) protagonista na determinação da forma de alocação de recursos em sociedade é eminentemente política”<sup>4</sup>.

Do ponto de vista valorativo, há decisões que já ponderaram e relativizaram o princípio da livre concorrência quando este conflitou com outros, como o princípio da liberdade de expressão (ver doutrina *Noerr-Pennington*<sup>5</sup>); de igualdade de gênero (ver discussão no caso *Missouri v. National Organization for Women*<sup>6</sup>), dentre tantos, não sendo, portanto, um princípio absoluto. Uma visão ingênua e neutra da concorrência também alija do debate sua dimensão internacional. Deve-se reconhecer que há sérias dificuldades para identificar e punir práticas internacionais como tarifas de importação elevadas

4 Forgioni, 2009: 204.

5 *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961) and *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

6 *State of Missouri v. National Organization for Women* 620 F.2d 1301 (8th Cir. 1980), *cert. denied*, 449 U.S. 842 (1980).

e subsídios nacionais, com evidente caráter protecionista. Também é difícil separar o que é uma prática protecionista do que é um subsídio aceitável do ponto de vista comercial e concorrencial. De todo modo, o protecionismo é uma realidade do Estado nacional moderno. Do ponto de vista concorrencial, há vários países que aceitam condutas<sup>7</sup> (via cartéis de exportação) ou estruturas concentradas (por meio de certos “campeões nacionais”) que lesam primordialmente consumidores de outros países. Certamente, estes são temas que dizem respeito a questões de justiça distributiva internacional (já que os países pobres sofrem efeitos de práticas anticompetitivas que sequer conseguem compreender), mas que não podem ser segregadas do atual jogo político internacional. A Rodada de Doha demonstra o quão complexa é a negociação comercial nos dias atuais. Daí, compreender o Antitruste como neutro, talvez seja um pouco precipitado, sem avaliar o cenário mundial.

De todo modo, tarifas externas<sup>8</sup>, subsídios<sup>9</sup>, condutas e estruturas concentradas podem ser justificadas por diversas questões e interesses mais nobres,

---

7 Por exemplo, os Estados Unidos possuem instrumentos (como o *Webb-Pomeran Act*, de 1918 e o *Export Trading Company Act*) que conferem imunidade antitruste para certas empresas, permitindo, explicitamente, a formação de cartéis de exportação.

8 Por exemplo, a estipulação de tarifas de importação baixas pode ser justificada pela necessidade de diminuir barreiras à entrada do setor específico (consequentemente, diminuindo o preço ao consumidor final). Todavia, é possível que práticas predatórias internacionais demandem uma medida *antidumping* no longo prazo, ou mesmo justifique-se uma elevação da tarifa externa na lista de exceção no curto prazo. Também a discussão sobre tarifas envolve uma negociação entre os membros do Mercosul e mesmo entre os diferentes Ministérios, que podem ter planos específicos para o desenvolvimento de certos setores. Não bastasse isto, é possível que existam as mais diversas externalidades que justifiquem uma elevação de tarifas e/ou favorecimento de determinados setores.

9 O favorecimento a setores pode ser direto, via subsídios. No Brasil, o CADE considerou que é legítimo o subsídio Estatal a empresas no setor hoteleiro (Averiguação Preliminar n.º 08000.013472/95-51) ou no setor de Alimentações coletivas (Processo Administrativo n.º 08012.006746/97-41) que, seletivamente, baixam o custo de um dos agentes econômicos, para cumprir certos objetivos almejados. Também na Averiguação Preliminar n.º 08012.006665/2001-99, o CADE considerou que incentivos específicos a cursos de inglês e imunidades tributárias não representariam necessariamente dano competitivo, em especial se não houver aumento de preços. Frise-se que opinião diversa, sobre o mesmo tema, teve a Autoridade de Defesa da Concorrência Portuguesa, quando decidiu, por intermédio da Resolução n.º 1/2003, que determinados subsídios a cursos de línguas eram contrários ao Direito Concorrencial Português. Assim, em que pese algumas considerações feitas na Consulta sobre a Guerra Fiscal, o CADE, concretamente, considerou que isonomia e igualdade tributária não devem ser tratadas como questões absolutas. Sobre este assunto, por exemplo, na Consulta n.º 08700.002380/2006, considerou-se que benefícios fiscais poderiam ser justificados em determinadas circunstâncias e inclusive por questões concorrenciais, podendo aumentar a rivalidade e incentivar a entrada de concorrentes agressivos no mercado. Também, ao considerar a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, entendeu-se que “[...] a instituição de incentivos fiscais que tenha como finalidade corrigir desigualdades regionais ou estimular determinados setores da economia em desvantagem em relação a outros não é ofensiva à igualdade, uma vez que são tratadas desigualmente situações desiguais”. Tais incentivos fiscais pelo contrário, “pressupõem alguma desigualdade, e apenas a existência dessa desigualdade é que os justifica, pois, se desigualdade não houvesse, haveria ofensa ao

que não o simples protecionismo. Sobre estruturas concentradas, por exemplo, segundo a teoria da intervenção antitruste mínima e com base em um viés schumpeteriano, o ex-Conselheiro Luis Carlos Delorme Prado compreendeu que “as instituições de defesa da concorrência não foram criadas para identificar e corrigir todas as imperfeições de mercado que destoem do modelo de livre concorrência dos livros-textos. As políticas de promoção da concorrência são essencialmente um sistema de contenção, e não um sistema de regulação”<sup>10</sup>. Em razão destes aspectos dinâmicos oriundos de necessário envolvimento estatal para cuidar de externalidades em determinados setores da economia, o voto de relatoria do Conselheiro Vinícius Marques Carvalhos no Ato de Concentração Totvs/Datasul compreendeu que seria compatível a política concorrencial e a industrial, em um contexto mais amplo<sup>11</sup>.

---

*princípio da isonomia*”. Não bastasse isto, o mencionado autor afirma que, por mais que o art. 146-A da Constituição Federal mostre “a preocupação do constituinte derivado com a tributação e as distorções em mercados concorrenciais”, é tal preocupação que “autoriza a elaboração de políticas especiais em vista do assunto tematizado, com preocupação nucleada em critérios especiais de tributação”, acompanhada de medidas administrativas que possibilitem a composição de um programa coordenado de ações estatais (Sampaio Ferraz 2007: 365-371).

10 Conforme voto do Conselheiro no ato de concentração n.º 08012.000640/2000-99 e conexos, relativos às operações (i) que envolveram o descruzamento societário entre CVRD e CSN e (ii) as operações que envolvem a aquisição parcial ou integral da CVRD das companhias Socimex, Samitri, Ferteco e Caemi. Neste caso, o ex-Conselheiro Prado entendeu, também, que a “necessidade de uma política de promoção da concorrência nas economias em desenvolvimento contemporâneas resulta tanto da decadência das políticas de desenvolvimento tradicionais, mas, também, da difusão da importância de um ambiente microeconômico favorável ao crescimento, difundido pelas novas correntes institucionalistas. Observe-se que a própria dinâmica da concorrência traz em si uma antinomia: as empresas mais bem sucedidas na competição são também aquelas que têm poder de mercado e recursos financeiro para promover a redução da própria competição. Portanto, a ação do Estado se contrapõe ao risco de perda do dinamismo econômico e bem-estar do consumidor que uma redução do ambiente concorrencial pode gerar. Ou seja, a criação de um sistema de defesa da concorrência não tem por objetivo promover um mundo ideal dos economistas clássicos de uma infinidade de pequenas empresas concorrendo através de preço e inovação. Esta tem por objetivo somente aplainar o terreno para impedir que os efeitos mais negativos da dinâmica da concorrência superem seus benefícios (...) não cabe ao CADE fazer conjecturas ou suposições, e menos ainda, comandar uma estrutura de mercado considerada ideal. O mandato outorgado ao CADE pelo Legislador é o de proteger a concorrência, com o mínimo de intervenção”.

11 Por outro lado, no ato de concentração envolvendo as empresas Totvs e Datasul, o CADE abordou esta questão de forma diferenciada, reconhecendo que o controle de concentração pode fazer parte de uma discussão industrial mais ampla “Na medida em que o Estado identifica determinado setor da economia como estratégico para o desenvolvimento nacional, e que essa escolha significa submeter esse setor a uma série de políticas de incentivo à competitividade privada, é preciso avaliar se o estímulo a fusões e aquisições de empresas presente na Política Industrial assegura uma relação de retro-alimentação entre ganho de competitividade e ambiente concorrencial saudável. Enfim, a quem executa a lei de defesa da concorrência cabe essa tarefa de identificação in concreto de possíveis incompatibilidades entre defesa da concorrência e política industrial e, se possível, buscar a conciliação.” (ver voto de relatoria do Conselheiro Vinícius M. Carvalho na fusão envolvendo as empresas Totvs e Datasul, ato de concentração n.º 08012.008355/2008-85).

Todavia, além da questão das externalidades, para se abordar integralmente o problema, deve-se considerar que a atual redação do § 2.º do art. 54 da Lei 8.884/94 permite a flexibilização da análise de fusões por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem *prejuízo ao consumidor ou usuário final*. Neste sentido, questiona-se: “prejuízo” é sinônimo de preço mais alto? De forma mais específica, há possibilidades da Autoridade Concorrencial aceitar preços mais altos em uma fusão em troca de outros valores, considerando-se uma ampla gama de interesses, de princípios e de *tradeoffs* multidimensionais que, de fato, existem (e que não se limitam às eficiências de uma fusão)?

Veja-se que “prejuízo ao consumidor” pode ocorrer (A) tanto no curto como no longo prazo e (B) tanto dentro como (parte) fora das fronteiras nacionais. Talvez um pequeno aumento de preços ao consumidor doméstico decorrente de uma fusão possa ser aceitável se este trazer (i) uma grande vantagem internacional de empresas brasileiras, como a aquisição de ativos essenciais, (ii) um aumento substancial de divisas, com ganhos de escala no longo prazo, (iii) uma melhora nos termos de trocas, dando novo formato a pauta de exportação do Brasil e diminuindo sua dependência de manufaturados, (iv) uma maior arrecadação tributária, com elevação da quantia arrecadada de imposto de exportação, (v) dentre outras ponderações de ordem de segurança.

Por exemplo, aceitar que empresas estrangeiras de telecomunicações tenham o domínio da comunicação governamental pode, dependendo do cenário, ser prejudicial à segurança interna. O domínio de ativos essenciais por empresas estrangeiras que digam respeito à segurança hídrica, energética ou alimentar, também deve ser considerado com cuidado, e dependendo do contexto político pode ser melhor que estes serviços fiquem com os campeões nacionais, em que pese algum impacto no preço ao consumidor. Em suma, preços baixos não são valores independentes, autônomos e absolutos em nossa sociedade, que devam ser buscados a todo e qualquer custo.

Também aumentos de preços podem ser justificados se estiverem dentro de uma lógica redistributiva. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 46, o Supremo Tribunal Federal admitiu uma certa relativização da busca da concorrência a qualquer custo no que tange ao envio de cartas, permitindo que os Correios se utilizem de uma estrutura monopolística como forma de garantir subsídios entre regiões ricas e pobres do Brasil. São os lucros de monopólios em regiões densas que permitem a universali-

zação do envio de cartas a regiões isoladas e pobres. Trata-se aqui de uma concepção redistributiva, em que se admite que certos consumidores tenham prejuízos se outros forem beneficiados.

Também o fortalecimento de empresas públicas via fusões poderia ser alvo de análises diferenciadas, se estiverem corretas as teorias de que tais empresas nem sempre agem de forma egoística, como os modelos racionais fazem suposições. Seja como for, há autores<sup>12</sup> como Mattos<sup>13</sup>, Sicsú & Melo<sup>14</sup> que compreendem não haver incompatibilidades entre defesa da concorrência e política industrial, admitindo-se o privilégio, em determinadas circunstâncias, de setores específicos industriais. Fagundes compreende, inclusive, que “a conciliação da política de defesa da concorrência no âmbito estrutural com a política industrial pode ser realizada, quando necessária e conforme já apontado, sem grandes dificuldades, mediante a criação de «zonas de exceção», isto é, a especificação de um conjunto seletivo de indústrias que, por serem alvo de políticas industriais, estariam, durante certo período de tempo, fora do escopo da política de defesa da concorrência. A definição de tais zonas deveria ser construída em conjunto pelos órgãos responsáveis pela elaboração e execução das políticas industriais e de defesa da concorrência, tendo em vista o correto balanceamento de todas as variáveis envolvidas”<sup>15</sup>.

---

12 Como leciona Sztajn, “os mercados são resultado de uma forma especial de intervenção do Estado no domínio econômico pelo que as inter-relações promovidas pelos e em mercado incluem uma certa coerção, assim como a escolha voluntária. Normas que dispõem sobre direito da propriedade explicam o processo de transferência de bens, de forma que os que desejarem coisas pertencentes a outrem, não se apropriem deles mediante ações que para o direito são ilegais ou irregulares” (Sztajn, 2004: 37 e 39).

13 Ver Mattos: “qualquer incompatibilidade de princípio entre política industrial e política de defesa da concorrência. Pelo contrário, se apropriadamente formuladas e executadas, elas são complementares entre si. Mais precisamente, uma política de defesa da concorrência adequada é condição necessária para assegurar efetividade a uma política industrial bem conduzida e vice-versa [...] o fortalecimento de grupos econômicos nacionais [...] pode ser um fortalecimento necessário para garantir, dadas as condições macroeconômicas de determinado país, o aumento da competitividade industrial por meio da ampliação da capacidade de investimentos produtivos (incluindo investimentos em inovação). Ao mesmo tempo, em situações de crise financeira, pode ser um fortalecimento crucial para evitar processos de desindustrialização” (Mattos, 2009:1-4).

14 Ver Sicsú & Mello: “os moldes atuais em que é concebida a defesa da concorrência levam a uma contradição com um projeto nacional que privilegie segmentos e busque escalas crescentes para maior competitividade nos mercados internacionais. Ora, uma Política Industrial teria justamente essa função, qual seja, criação das bases de setores competitivos e de escalas mundiais. A busca exacerbada de competição pode tolher tais princípios e dificultar interesses nacionais” (Sicsú & Mello, 2010: 16).

15 Fagundes, 1998: 22. Ver também o trabalho de Pagoulatos & Sorensen, 1976; Marvel, 1980; Krugman, 1984; Chou, 1986.

Há países como a França que possuem um tipo de análise flexibilizada de concentrações, considerando questões de Política Industrial. Um exemplo particularmente claro é o caso conhecido como SUEZ/ENEL/Gaz de France. Neste, o governo francês se opôs fortemente à aquisição anunciada da companhia nacional de eletricidade e gás SUEZ pela ENEL italiana, independentemente de ter ou não alguma questão antitruste clássica. Em vez disso, o governo francês favoreceu a fusão de Suez com GDF, a fim de criar um dos maiores fornecedores de gás do mundo, com sede na França.

## 2. DO DEBATE EMPÍRICO

### 2.1. Exportações e concentração

Há vários estudos que apresentaram evidências contrárias aos campeões nacionais no que diz respeito a exportações. Neste aspecto, Kim & Marion encontraram relação negativa entre as variáveis “concentração” e “exportações”<sup>16</sup>. Além disto, Marvel e Nelson encontraram uma relação positiva entre concentração e importações líquidas<sup>17</sup>. Tal avaliação, segundo os autores, tende a ratificar a hipótese de Porter de que estruturas concentradas diminuem a competitividade externa, embora alguns deles reconheçam certas limitações deste tipo de exercício empírico. Por exemplo, Kim & Marion analisaram apenas as indústrias alimentícias norte-americanas e reconheceram que seria interessante avaliar o que ocorre em outros países, traçando algumas conclusões normativas de seus resultados, *in verbis*: “[a] hipótese de Porter e nossos resultados são consistentes com o que se aprendeu nos últimos 15 anos de privatização, desregulação de indústrias, consequências das conspirações de cartéis, o impacto da competição de importações e os vários estudos empíricos da relação entre concentração e preço: a falta de competição geralmente resulta em custos inchados, uso ineficiente de recursos, preços elevados, lentidão em inovação e letargia em resposta a demandas de consumidores. Ninguém se beneficia de indústrias e mercados protegidos no longo prazo. Faz sentido esta lição levando em consideração os mercados globais. As empresas que encontram competição ferrenha em seus mercados domésticos são como atletas que competem com os melhores de seus esportes. Suas habilidades aumentam se o nível da competição aumenta. Ainda assim, há

---

16 Kim & Marion, 1995, citando estudos de Glejser e Petit, Henderson e Frank, Baldwin, Koo e Martin.

17 Marvel, 1980 e Nelson, 1988.

aqueles que argumentam que as empresas norte-americanas precisam ser consolidadas e cooperarem entre si, para serem bem sucedidas em mercados globais. De acordo com esta visão, leis antitruste devem ser abandonadas em prol da competitividade internacional. Os resultados desta pesquisa não apresentam segurança a este ponto de vista. Nossos resultados apontam na direção oposta: deve haver aplicação vigorosa da legislação antitruste para manter efetivamente a competitividade das indústrias<sup>18</sup>.

Para fazer frente a tais considerações, há poucos estudos (como o de Parsons & Ray sobre a indústria de ferro) que sustentam a hipótese favorável aos campeões nacionais e que, de fato, encontraram uma relação positiva entre concentração doméstica e exportações nacionais<sup>19</sup>. Frise-se que o estudo de Pagoulatos & Sorensen foi um dos poucos conhecidos em que se teve uma relação positiva estatisticamente relevante entre ambas variáveis<sup>20</sup>.

## 2.2. Corrupção e Política Industrial

Outra linha de pesquisa interessante foi a realizada por Ades & Di Tella, segundo a qual estes autores não buscaram questionar “a idéia de competitividade, nem o fato de que ela pode ser uma coisa boa e que para alcançá-la um país tem que seguir políticas econômicas intervencionistas, como uma política industrial ativa”<sup>21</sup>. Em vez disso, os autores tomam a necessidade de uma política industrial ativa como um dado e investigam se algum dos seus efeitos colaterais compromete a realização dos seus objetivos de promoção do investimento ou apoio à R&D. Especificamente, os referidos autores analisaram se há correlação entre a variável corrupção e o incentivo a “campeões nacionais”. Como base de dados, foi utilizado o *World Competitiveness Report* (WCR) também chamado de *Global Competitiveness Report* (GCR), uma publicação da Fundação EMF de Genebra. Trata-se de uma compilação de entrevistas de grandes executivos de vários países. O número das pessoas investigadas variou ao longo do tempo. 1.800 executivos no ano de 1989; 1.384 executivos em 1990; 3.272 executivos em 1991; e 2.160 executivos em 1992.

Os autores verificaram, considerando a sua base de dados, reconhecidamente estreita, dados subjetivos sobre corrupção em relação a dois instru-

---

18 Kim & Marion, 1995: 28 (tradução livre).

19 Parsons & Ray, 1975.

20 Pagoulatos & Sorensen, 1976.

21 Ades & Di Tella, 1997: 1023.



mentos de política industrial (favorecimentos a campeões nacionais e tratamento fiscal desigual entre empresas), sendo que a evidência teria sugerido que a corrupção é mais elevada em países que perseguem política industrial ativa. Os autores também usaram outras medidas de política industrial, como subsídios industriais, e tentaram corrigir algum viés de simultaneidade que pudesse existir nas suas equações. Além disto, estimou-se também que os ganhos com R&D são menores nos países em que há maior corrupção. Assim, advogou-se que os ganhos decorrentes de uma política industrial ativa podem não ser suficientes para cobrir os prejuízos decorrentes da perda de investimento que a corrupção (associada a políticas industriais) acarreta. Não se conhece nenhum estudo empírico que tenha buscado rebater a visão de Ades & Di Tella.

### 2.3. Neutralidade das políticas de fusões

De acordo com a pesquisa de Clougherty, há uma série de autores que alegam que as autoridades antitruste levam em consideração questões estratégicas para avaliar fusões, tendo uma postura mais leniente com fusões domésticas<sup>22</sup>. Assim, Clougherty testou se o número de *second requests* (ou seja, de pedidos de instrução complementar nos EUA) dos atos de concentração estaria relacionado ou não com o valor das trocas na balança comercial. Segundo o ponto de vista do autor, se os Estados Unidos fizessem mais instrução nos casos em que há déficits nas balanças comerciais, seria uma evidência de que há uma utilização estratégica do antitruste para defesa de interesses nacionais. No entanto, o autor não verificou tal hipótese e, aparentemente, considerou haver neutralidade das políticas antitruste norte-americanas neste aspecto.

Em sentido contrário, há o estudo realizado por Lévêque em que este apresenta indícios de que os Estados Unidos discriminam a nacionalidade das empresas envolvidas nas fusões<sup>23</sup>.

De todo modo, a análise sobre a neutralidade do aparato concorrencial não deve ficar adstrita ao debate se um ou outro país é mais ou menos condescendente com fusões domésticas, mas é necessário verificar se há ou não justificativas para privilegiar setores por questões valorativas diferenciadas.

---

22 Clougherty, 2003, citando estudos de Barros & Cabral, Levinsohn, Sorgard, Head & Ries, Yano e Zhang e Chen.

23 Lévêque, 2006.

Além da discussão entre beneficiamento de empresas nacionais vis-à-vis a isonomia com empresas internacionais, há também o debate sobre o setor público e o privado. Autores como Möschel compreendem que empresas públicas não devem ser privilegiadas nunca, já que elas não são Robin Hood, ou seja, não são altruístas e maximizam lucro como as outras empresas<sup>24</sup>. Neste sentido, por exemplo, Barros alega que bancos públicos brasileiros são instituições ineficientes<sup>25</sup>. Ozawa, por outro lado, compreendeu que, no caso nacional, o Banco do Brasil, em específico, teria interesses diferenciados dos demais bancos privados, que auxiliariam o ambiente concorrencial. Em suas palavras, Ozawa considera que: “[o] que diferencia o Banco do Brasil dos demais bancos da amostra é o fato de ser um banco público. Esse pode ser um dos fatores que explicaria que mesmo dispondo de condições, o banco não exerça plenamente o poder de mercado que desfrutaria. Um banco privado, se encontrar condições estruturais para exercer poder de mercado, certamente irá exercê-lo, pois isso significa maximizar lucros. Não exercer o poder de mercado nessas condições significaria auferir lucros inferiores aos possíveis. Seria uma decisão pouco racional, que somente poderia ser explicada pela teoria econômica se fossem identificados outros objetivos que o banco poderia estar buscando maximizar. Para um banco estatal, no entanto, existem esses outros objetivos, que podem ser de natureza política e social. O fato de o Banco do Brasil ter a mais ampla rede de agências, que abrange praticamente todo o território nacional, por um lado, facilita o exercício de poder de mercado do banco, mas por outro é um fator de aumento de custo. Possivelmente, a existência de uma parcela significativa das agências decorre do papel social e de cumprimento de diretrizes governamentais desse banco”<sup>26</sup>.

Há também a hipótese de que os bancos públicos brasileiros atuaram de forma diferenciada em comparação a bancos privados, durante a crise financeira atual, conforme demonstram os gráficos abaixo.

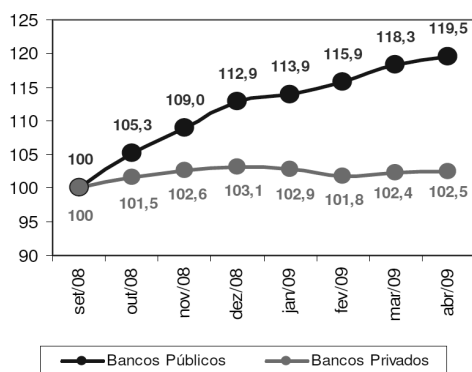
---

24 Möschel, 2007.

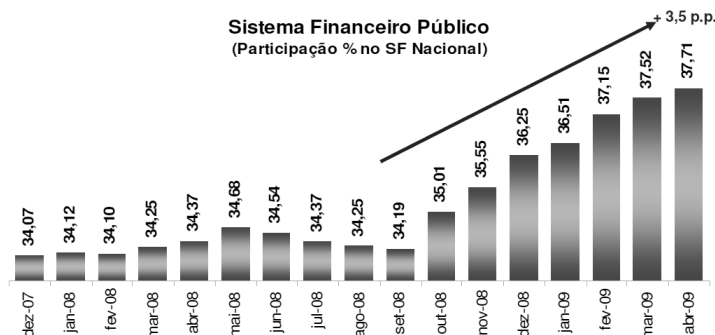
25 Barros, 2008.

26 Ozawa 2005: 34.

### Bancos públicos sustentaram o crédito após a crise



### Elevação da participação % dos bancos públicos no sistema financeiro nacional



Fonte: <http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2009/p220609.pdf>

Frise-se que o Brasil teve um desempenho muito superior a outros países no que diz respeito à atual crise financeira, sendo tal fato reconhecido pelo FMI e por diversos especialistas no setor. Tal sucesso pode ter sido, talvez, decorrência de um papel preponderante de uma lógica diferenciada no setor.

### 3. É POSSÍVEL FALSEAR A NECESSIDADE DE POLÍTICAS INDUSTRIAIS PELA EMPÍRIA?

Veja-se que o presente estudo não pretende advogar que políticas industriais são sempre justificáveis e que a concorrência pode ser preterida em qualquer

situação. Como toda e qualquer decisão de política pública, há riscos de se cometer erros tanto de ações como de omissões indevidas, dado que não há um instrumental analítico capaz de levar em consideração toda complexidade que existe nestas decisões. De todo modo, é, sim, possível que políticas industriais mal calibradas acarretem problemas se não forem considerados devidamente todos os *tradeoffs* envolvidos. Todavia, não se pode, em razão disto, compreender que a neutralidade, como opção interpretativa, é a única postura admissível.

Além disto, o presente artigo sustenta que os estudos empíricos traçaram duras conclusões no que diz respeito ao papel do Estado no âmbito mercadológico, que devem ser revistas em um contexto mais amplo.

Com efeito, os artigos buscaram verificar se maiores concentrações industriais explicam ou não um melhor desempenho das exportações. Todavia, explicar concentrações com base única e exclusivamente em variáveis externas (como exportações) pode ser um equívoco, já que a motivação de uma concentração pode ser a diminuição de preços no mercado interno, em razão de ganhos de eficiência, por exemplo. De todo modo, ainda que se olhe apenas para as exportações como variável relevante, deve-se considerar que as concentrações analisadas podem não ser decorrentes de planos seletivos do Estado e podem ser de fato malélicas. A existência de uma política industrial seletiva não deve ser lida como sinônimo de concordância com toda e qualquer concentração. Assim, o Estado pode ter limitações para desconcentrar estruturas produtivas que entenda ineficientes e que não foram objeto de uma política industrial consciente. Veja-se que concentrações podem ser aprovadas mesmo na ausência de uma política industrial. Assim, se a política concorrencial for mal aplicada, será possível incentivar concentrações que não deveriam existir (por exemplo, pela análise equivocada da rivalidade, das barreiras à entrada ou mesmo das eficiências). Assim, talvez a correlação entre concentração e exportação possa estar captando o efeito de concentrações indesejáveis e ineficientes e não apenas daquelas que seriam almejadas por uma Política Industrial bem calibrada. Ou seja, é possível que as empresas em si nunca tenham sido alvo de uma política de incentivos à exportação, que não se reduz apenas às questões de concentração, mas diz respeito a todo um esforço governamental de inserção internacional.

Mesmo considerando que os modelos apresentados estejam corretos e que de fato exista uma correlação positiva entre estruturas concentradas e um menor grau de exportações, significando *uma falha da política industrial*, há que se considerar que (i) o grau de inserção internacional dos países é dife-

rente por diversas razões e (ii) suas estruturas de oferta e demanda estão relacionadas a um processo de formação histórica. Pela visão estruturalista, a concentração do poder econômico se verifica há muito tempo em países periféricos. No Brasil, por exemplo, desde os ciclos do Pau-Brasil, da cana de açúcar, do ouro, etc., houve uma formação de grandes conglomerados e de monoculturas que, também, impactaram na estruturação da demanda de produtos da metrópole. Estas questões históricas podem ter impactado alguns aspectos estruturais relevantes, como o atraso relativo no que diz respeito a questões tecnológicas. Assim, a ineficiência das exportações de certos países em relação a outros e suas estruturas mais concentradas podem ser decorrentes não da escolha consciente e racional de uma política pública em relação à estrutura de oferta, mas, talvez, tais ineficiências produtivas podem ser decorrentes de uma herança histórica. Assim, comparar políticas e estruturas de diferentes países pode ser uma tarefa um tanto quanto difícil e complicada.

Mesmo comparando o HHI e as exportações de setores de um único país, ainda assim, tal exercício é complexo, se não forem feitas considerações quanto às barreiras à entrada de cada setor, os custos de exportação diferenciados, dentre várias outras questões que podem ter reflexo nas diferenças setoriais. Países com menos capital disponível, geralmente, possuem menos infraestrutura para exportar. Ademais, avaliar se uma Política Industrial é boa ou má com base apenas nas exportações pode não ser a melhor opção, uma vez que estas políticas podem também estar voltadas para questões domésticas, como o aumento da rivalidade interna, a avaliação de questões redistributivas e de segurança, que não são abordadas devidamente quando se quantifica apenas uma dimensão (ganho de exportações).

Outra questão interessante é que ao analisar o HHI de uma indústria específica, tais estudos deveriam ter avaliado se há ou não algum cartel de exportação devidamente aprovado pelas autoridades governamentais, ou mesmo alguma espécie de colusão tácita entre as empresas internas que as façam atuar como uma *single entity*, e em razão desta cooperação se ganhe uma maior competitividade externa, sem que tal incremento de competitividade seja captado pela mensuração do grau de concentração formal e clássico.

Sobre o estudo que relaciona corrupção, pesquisa e favorecimento de empresas, entende-se que o estudo é muito interessante, mas incompleto. Do ponto de vista conceitual, há problemas em igualar política industrial ativa com qualquer favorecimento de empresas. Isto ocorre porque o favorecimento pode se dar com base em uma visão racional e planejada da política, assim

como pode ser fruto de práticas criminosas, sorradeiras e não-democráticas. Portanto, a variável que analisa – do ponto de vista subjetivo – a impressão que os diversos executivos têm sobre o favorecimento empresarial em cada país pode, talvez, estar captando não apenas o efeito dos favorecimentos lícitos e justificáveis como política pública, mas também favores imorais e contrários ao ordenamento jurídico, o que tende a viesar a pesquisa, já que, logicamente, se espera que exista uma correlação entre comportamentos ilícitos e práticas de corrupção (que também são ilícitos). Deste modo, não parece ser correto relacionar Política Industrial e corrupção, com base nos estudos acima aludidos.

De todo modo, países mais ricos têm mais recursos para desenvolver suas instituições, investir em pesquisa e desenvolvimento e, conseqüentemente, acertar mais em suas decisões políticas, em razão da existência de um corpo técnico mais aparelhado e dos recursos disponíveis para realizar pesquisas. Frise-se, também, que quanto mais pesquisas são feitas, mais os países ricos conseguem patentear suas invenções e mais dependentes ficam os países pobres de uma pauta de exportação assimétrica. Talvez por isto, os países pobres tenham menos recursos, do ponto de vista relativo, para combater problemas institucionais como a corrupção e para investir em pesquisa. Aliás, talvez exista uma lógica perversa neste tipo de argumento levantado por Ades & Di Tella se os países pobres necessitarem mais de políticas industriais que os países ricos. Tal fato pode ser plausível já que são os países menos favorecidos e desprovidos de capital que, geralmente, necessitam de uma política estatal específica para inverter a lógica de trocas assimétricas dos mercados.

Assim, parte-se também para o último ponto, que diz respeito à neutralidade das avaliações antitruste. Aqui, talvez seja interessante retirar o foco exclusivo dos Estados Unidos, já que se trata de uma questão de cunho universal. De todo modo, saber se uma autoridade de defesa da concorrência é ou não neutra pode ser uma questão muito complexa, uma vez que nem todos os motivos de suas decisões são exteriorizados. Assim, considerando a liberdade necessária e inerente que um juízo analítico complexo e subjetivo demanda, é possível que se aprove a constituição de um campeão nacional, não sendo sequer necessário recorrer explicitamente a discussões formais de discriminação de nacionalidades quando alguma fusão envolva interesses estatais.

Claro que os estudos de Clougherty e Lévêque consideraram este problema. A diferença é que Clougherty analisou apenas os *second request*, enquanto que Lévêque analisou e percebeu possível discriminação na aprovação das

fusões, o que parece ser um indício mais forte de que a análise antitruste não é neutra. De todo modo, os casos Boeing/McDonnell Douglas e a operação entre General Electric e Honeywell demonstram que as diferenças de nacionalidades podem ser significativas na análise de fusões por autoridades de países desenvolvidos, que têm grandes exportações e que não são tidas como corruptas. Se e em que medida se justificam tais medidas, ainda parece ser uma questão a ser colocada a prova. Por outro lado, não parece que os estudos atuais conseguem falsear a teoria favorável aos campeões nacionais, ao menos, até o presente momento.

#### 4. CONCLUSÕES

O presente artigo não busca demonstrar que a teoria favorável aos campeões nacionais é melhor ou pior que sua contraparte. Todavia, não há dúvidas que o debate empírico travado até o momento parece ser extremamente simplista, adotando como pressuposto equivocado de que setores concentrados foram objetos de políticas de fomento e, em razão da referida concentração, são necessariamente menos eficientes que setores mais desconcentrados. Também não é correto igualar Política Industrial a práticas de corrupção (ou afirmar que este é um efeito necessário dos favorecimentos estatais) com base em poucas regressões de algumas variáveis do WCR, sem que se tenha uma contextualização histórica mais ampla da industrialização de cada país e de sua posição relativa no cenário mundial. Finalmente, há estudos que apresentam indícios contraditórios a respeito da neutralidade das Autoridades Concorrenciais, quando estas julgam atos de concentração. Todavia, deve-se salientar que alguns países, como a França, possuem mecanismos específicos de avaliação do interesse nacional em fusões, o que obviamente é uma avaliação subjetiva. Ademais, se neutralidade e objetividade estivessem presente tanto na técnica como na política de Defesa da Concorrência, muito dificilmente seria possível avaliar a existência de decisões contraditórias no caso de fusões transnacionais.

#### BIBLIOGRAFIA

ADES, A. & DI TELLA, R.

1997 “National champions and corruption: some unpleasant interventionist arithmetic”, *The Economic Journal*, Oxford: Blackwell.

AUDRETSCH, D. B. & YAMAWAKI, H.

1988 “ReD Rivalry, Industrial Policy, and U.S.-Japanese Trade”, *Review of Economics and Statistics*, 70(3), pp. 438-447.

BARROS, P. P. & CABRAL, L. M. B.

1994 “Merger Policy in Open Economies”, *European Economic Review*, 38, pp. 1041-1055.

BARROS, A. R.

2008 “How to make bankers richer: The Brazilian financial market with public and private banks”, *The Quarterly Review of Economics and Finance*, Elsevier, vol. 48(2), pages 217-236.

CLARK, D. P., KASERMAN, D. J. & MELESE, F.

1992 “Domestic Market Structure and International Trade in an Open Economy”, *Quarterly Review of Economics and Finance*, 32(3), pp. 3-15.

CLOUGHERTY, J. A. & ZHANG, A.

2008 “Domestic Rivalry and Export Performance: Theory and Evidence from International Airline Markets”, *Discussion Paper SP II 2008 – 12*, *Wissenschaftszentrum Berlin*.

CLOUGHERTY, J. A.

2003 “Industry Trade-Balance and Domestic Merger Policy: Some Empirical Evidence from the U.S”, de acordo com o site <http://bibliothek.wz-berlin.de/pdf/2003/ii03-19.pdf>, verificado em 22 de Setembro de 2010.

CHOU, T.-C.

1986 “Concentration, Profitability and Trade in a Simultaneous Equation Analysis: The Case of Taiwan”, *The Journal of Industrial Economics*, 34(4), pp. 429-443.

FAGUNDES, J.

1998 “Políticas de Defesa da Concorrência e Política Industrial: Convergência ou Divergência?”, de acordo com o site <http://www.fclar.unesp.br/eco/Fagundes%281998%29.pdf>, verificado em 1 de Junho de 2010.

FORGIONI, P.

2009 *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*, São Paulo: Revista dos Tribunais.

HOLLIS, A.

2003 “Industrial Concentration, Output, and Trade: An Empirical Exploration”, *Review of Industrial Organization*, 22, pp. 103-119.



KIM, D. & MARION, B. W.

1995 “Domestic market structure and performance in global markets: theory and empirical evidence from U.S. food manufacturing industries”, de acordo com o site <http://www.aae.wisc.edu/fsrg/publications/Archived/wp-109.pdf>, verificado em 22 de Setembro de 2010.

KRUGMAN, P. R.

1984 “Import Protection as Export Promotion: International Competition in the Presence of Oligopoly and Economies of Scale” in Kierzkowski, H. (ed.), *Monopolistic Competition and International Trade*, Oxford: Oxford University Press.

LÉVÊQUE, F.

2006 “Merger Control: More Stringent in Europe than in the United-States?”, de acordo com o site <http://www.cerna.ensmp.fr>, verificado em 28 de Setembro de 2009.

MAJORAS, D. P.

2007 “National Champions: I Don’t Even Think it Sounds Good”, de acordo com o site <http://www.ftc.gov/speeches/majoras/070326munich.pdf> verificado em 1 de Junho de 2010.

MARVEL, H. P.

1980 “Foreign Trade and Domestic Competition”, *Economic Inquiry*, 18(1), pp. 103-122.

MATTOS, P. T. L.

2009 “Política Industrial e Política de Defesa da Concorrência: Conflito ou Convergência?”, de acordo com o site <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/9/9b/PIndustrial.pdf>, verificado em 26 de maio de 2010.

MÖSCHEL, W.

2007 “US versus EU Antitrust Law”, de acordo com o site <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/WernhardMoeschel.pdf>, verificado em 22 de setembro de 2010.

OZAWA, C. Y.

2005 “Concorrência no Mercado de Crédito Bancário Brasileiro: Abordagem via Demanda Residual”, dissertação de Mestrado, FGV, de acordo com o site <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/53/2109.pdf?sequence=1>, verificado em 1 de Junho de 2010.

PAGALATOS, E. & SORENSEN, R.

1976 “Domestic Market Structure and International Trade: An Empirical Analysis”, *Quarterly Review of Economics and Business*, 16(1), pp. 45-59.

PARSONS, D. O. & RAY, E. J.

1975 “The United States Steel Consolidation: The Creation of Market Control”,  
*Journal of Law and Economics*, 18, pp. 181-219.

PORTER, M. E.

1990 *The Competitive Advantage of Nations*, Nova Iorque: The Free Press.

RAY, E. J.

1981 “Tariff and Nontariff Barriers to Trade in the United States and Abroad”,  
*Review of Economics and Statistics*, 63(2), pp. 161-168.

SAKAKIBARA, M. & PORTER, M. E.

2001 “Competing at Home to Win Abroad: Evidence from Japanese Industry”,  
*Review of Economics and Statistics*, 83(2), pp. 310-322.

SAMPAIO FERRAZ JR., T.

2007 “Princípio da neutralidade concorrencial do estado na Constituição”, in:  
Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Luciana Andrea Accorsi Berardi. (Org.).  
ESTUDOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 501 ed. São Paulp:  
IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., v. 1.

SICSÚ, A. B. S. & MELO, M. O. L. DE

2010 “Competitividade, Política de defesa da concorrência e soberania nacional:  
avaliações sobre o caso brasileiro”, de acordo com o site <http://www.unicap.br/real/artigos/Texto11ProfAbraham.pdf>, verificado em 1 de Junho de  
2010.

SZTAJN, R.

2004 *Teoria Jurídica da Empresa. atividade empresária e mercados*, São Paulo: Atlas.

# DOSSIER TEMÁTICO II

*Concentração de empresas*



# CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES NO DIREITO PORTUGUÊS (UMA VISÃO JUS-ADMINISTRATIVISTA)

*Pedro Costa Gonçalves*

*ABSTRACT: The article deals with merger control in Portugal, but under the perspective of administrative law. Thus, it is given particular attention to the dynamics of control administrative procedure and, in particular, to the study of the legal framework for the Competition Authority's decisions, including, in addition, aspects of judicial review.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Controlo de concentrações como instrumento de regulação da economia. 2. Controlo de concentrações e administrativização do direito da concorrência. 3. Controlo de concentrações e publicização de direito privado. Parte 1. Procedimento de controlo de concentrações. 1. Âmbito. 1.1. Operações de concentração de empresas. 1.2. Critérios de submissão das operações de concentração de empresas ao controlo da Autoridade da Concorrência. 2. Direito aplicável. 3. Contactos anteriores ao procedimento. 4. Iniciativa do procedimento. 4.1. Iniciativa particular voluntária. 4.2. Iniciativa particular imposta. 5. Desenvolvimento do procedimento. 5.1. Primeira fase: investigação sumária. 5.2. Segunda fase (eventual). Investigação aprofundada. 6. Participação de interessados e articulação com outras autoridades. Parte II. Decisões finais de procedimento de controlo de concentrações. 1. Decisão de não oposição. 2. Decisão de proibição. 3. Decisão de não oposição com condições e obrigações. 3.1. Natureza jurídica das condições e obrigações. 3.2. Questão da distinção entre condições e obrigações. 3.3. Requisitos jurídicos das condições e obrigações. 3.4. Aspetos procedimentais. 3.5. Unilateralidade da decisão de não oposição com condições e obrigações. 3.6. Modificação das condições e obrigações. 3.7. Incumprimento de condições e obrigações. 4. Vinculação e discricionariedade do poder de decisão da Autoridade da Concorrência. 5. Proteção jurisdicional. 5.1. Decisões. 5.1.1. Decisões proferidas no procedimento de controlo de concentrações. 5.1.2. Decisões de aplicação de coimas. 5.2. Recusa de prestação de informações relativas ao procedimento. 6. Recurso extraordinário de decisões de proibição.

## INTRODUÇÃO

Ocupa-se o presente estudo<sup>1</sup> do controlo público de operações de concentração de empresas (doravante, simplesmente controlo de concentrações) efetuado, em Portugal, pela *Autoridade da Concorrência*<sup>2</sup>. A nossa atenção recai, pois, sobre o controlo das *concentrações de âmbito nacional*<sup>3</sup> e não sobre as *concentrações de dimensão europeia*, cujo controlo cabe à Comissão Europeia<sup>4</sup>.

Como o subtítulo já denuncia, o discurso localiza-se numa perspetiva de Direito Administrativo, procurando assim compreender, com o *instrumentarium* da dogmática jurídico-administrativa, as coordenadas do referido controlo, do procedimento em que o mesmo se efetua, bem como do regime jurídico das decisões a que dá origem. A eleição de uma perspetiva ou visão jus-administrativista nada tem de surpreendente, sobretudo quando se atende ao facto de o controlo das concentrações, na sua configuração atual, se inserir, de pleno, na “província do direito administrativo” consubstanciada no *direito administrativo da concorrência*<sup>5</sup>.

## 1. CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE REGULAÇÃO DA ECONOMIA

Corolário inevitável de um sistema político-económico, como o português, constitucionalmente organizado segundo o modelo de uma *economia livre de mercado* – que reconhece a *liberdade de iniciativa económica*, a *liberdade contratual*

1 Elaborado na sequência da intervenção do autor no “IX Colóquio Hispano-Luso de Professores de Direito Administrativo”, realizado em Córdoba, em 27 de Novembro de 2010.

Pela contribuição que ofereceu, impõe-se um agradecimento ao Sr. Dr. José Azevedo Moreira, Advogado Estagiário e LL.M. pelo Europa-Institut da Universidade de Saarland, onde apresentou uma tese sobre os efeitos não coordenados no controlo das concentrações – “Zu den nicht koordinierten Wirkungen in der europäischen Fusionskontrolle”, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, n.º 2, 2010, p. 145-188.

2 A *Autoridade da Concorrência* foi criada pelo *Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro*. Nos termos dos seus *Estatutos* (anexo ao diploma citado), a *Autoridade* tem por missão aplicar as regras da concorrência em Portugal, no respeito pela economia de mercado e da livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos Estatutos.

3 O estudo abrange decisões da *Autoridade da Concorrência* até Agosto de 2011.

4 Trata-se das designadas “concentrações comunitárias” ou de “dimensão comunitária”, regidas pelo *Regulamento (CE) n.º 139/2004, do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004* (doravante, *Regulamento ou Regulamento das concentrações comunitárias*) e pelo *Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 relativo ao controlo de concentrações de empresas* (doravante, *Regulamento de execução*); sobre o conceito de “concentração comunitária”: Berlin, 2009: 117.

5 No sentido de que o controlo das concentrações releva do direito administrativo, Cot & Laurencie, 2003: 19; Nicinsky, 2004: 751; em Portugal, sobre o *direito administrativo da concorrência*: Vaz Freire, 2009: 457.

e a *liberdade de associação* –, é o acolhimento de um princípio de *liberdade de empresa*. Por sua vez, esta conhece como sua dimensão essencial a *liberdade de organização empresarial* (Rittner & Dreher, 2008: 578), a qual, por seu lado, não pode deixar de incluir a *liberdade de concentração* ou de  *fusão de empresas*. Este ambiente normativo justifica que se diga que “a concentração (de empresas) está em princípio autorizada” (Rittner & Dreher, 2008: 578) ou, com o mesmo sentido, que a “*general policy of the antitrust laws is to permit mergers*”<sup>6</sup>.

Como, em regra, sucede com os direitos e liberdades, a liberdade de organização empresarial e, *hoc sensu*, a *liberdade de realização de operações de concentração* ou de  *fusão de empresas* não se impõem de uma forma absoluta; podem revelar-se necessários e, por isso, legítimos fatores e causas de *condicionamento* e de *restrição*.

Com efeito, uma *restrição* neste domínio, incluindo designadamente a *proibição legal ou com fundamento na lei* de operações conducentes ao “crescimento externo de empresas”<sup>7</sup>, é suscetível de se revelar um *expediente necessário* para a realização de outros valores e bens jurídicos fundamentais – a começar logo por valores associados à defesa da concorrência efetiva no mercado e, portanto, aos próprios fundamentos da ordem liberal da economia, de que emerge precisamente a liberdade de empresa<sup>8</sup>. Trata-se, assim, de admitir uma intrusão ou ingerência pública no mercado para a proteção deste (Whish, 2005: 787), intrusão ou ingerência pública ditada pela perceção de que o “excesso de liberalismo mata o liberalismo” (Nicinski, 2009: 119). Esse entendimento encontra-se, de resto, bem patente no *Regime Jurídico da Concorrência* (doravante, *LdC*, abreviatura de *Lei da Concorrência*)<sup>9</sup>, que, no artigo 12.º, estabelece que as operações de concentração são apreciadas com o objetivo de determinar os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência, “*tendo em conta a necessidade de*

6 Hovenkamp, 2005: 207. Na mesma linha, considerando que “as operações societárias são, em regra, livres, segundo a autonomia da vontade das partes”: Ari Sundfeld, 2005: 63.

7 Sobre a distinção, relevante neste âmbito, entre “crescimento interno” e “crescimento externo” de empresas: Decocq & Decocq, 2010: 185; Lettl, 2007: 314; Rittner & Dreher, 2008: 568.

8 Laguna de Paz, 2009: 466.

9 Aprovado pela *Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho*, alterada pelo *Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro* (altera os artigos 9.º e 36.º), pelo *Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro* (altera o artigo 45.º) e pelas *Leis n.ºs 52/2008, de 28 de Agosto*, e *46/2011, de 24 de Junho* (alteração, nestes dois últimos casos, dos artigos 50.º, 52.º, 54.º e 55.º).

*preservar e desenvolver (...) uma concorrência efectiva no mercado nacional*<sup>10</sup>. O objetivo precípua da imposição de restrições nesta matéria é, pois, o de prevenir o risco que, para a estrutura do mercado, pode determinar a criação ou o reforço de uma empresa que adquire uma posição económica muito significativa (*posição dominante*: cf. artigo 6.º, n.º 2, da *LdC*)<sup>11</sup>.

A salvaguarda ou proteção da *concorrência* – não como consideração específica dos interesses dos concorrentes (“*rivals*”), mas como um *valor de interesse público*<sup>12</sup> – não constitui o único propósito que orienta a regulação do controlo das concentrações. A atenção aos interesses dos consumidores também se encontra presente: veja-se a referência, no artigo 12.º da *LdC*, ao “interesse dos consumidores intermédios e finais”, enquanto facto de apreciação das operações de concentração.

Por outro lado, e ainda que de forma marginal, cumpre chamar a atenção para a eventual garantia, aliás em termos *preferenciais*, de outros interesses públicos, no quadro do *recurso extraordinário* de decisões de proibição da *Autoridade da Concorrência* (cf. *infra*).

É pois a realização de determinados objetivos de interesse público, no quadro de uma atuação do Estado enquanto “garante da ordem concorrencial” (Chevallier, 2007: 133), que justifica as restrições à liberdade de realização de operações de concentração.

As restrições, sempre com fundamento numa lei, podem ser impostas segundo dois modelos: o do *controlo sucessivo* e o do *controlo preventivo*.

10 Em rigor, não apenas as disposições sobre o controlo de concentrações, mas todo o direito da concorrência, pelo seu carácter transversal, que “perpassa toda a economia”, se oferece como uma “alternativa às soluções estritamente liberais”; nestes termos: Marques Neto, 2009: 32.

11 Não se trata, contudo, de estatuir a proibição da aquisição (ou detenção) de uma posição dominante, inviabilizando o natural e desejável crescimento das empresas. Assim, apesar de o facto de uma empresa adquirir uma posição dominante pôr em causa o carácter efetivamente concorrencial do mercado em que a mesma atua, não cabe ao Estado condicionar ou restringir essa realidade, se a mesma se deve a um *crescimento interno da empresa*: uma solução ditada pelo objetivo de reduzir a posição da empresa sobre o mercado equivaleria à negação do princípio da liberdade de concorrência e da economia de mercado. Mas, ao contrário, o *crescimento externo*, resultante de operações de fusão entre empresas, oferece-se já artificial e o condicionamento ou mesmo a restrição de operações desse tipo concebe-se e justifica-se, no sentido de manter, em conformidade com os princípios do direito da concorrência, estruturas suficientemente concorrenciais no mercado: Decocq & Decocq, 2010: 185; Rittner & Dreher, 2008: 568.

12 Aludindo ao que designa por adesão do direito público ao *princípio geral de respeito da livre concorrência*, Dellis, 2010: 957, acrescenta, corretamente, que não está aí em causa associar a proteção da concorrência às aspirações individualistas do liberalismo, mas sim ao *mercado enquanto instituição de interesse público*. Com uma conceção algo diferente, contrapondo a proteção do interesse público e a defesa da concorrência, cf. Whish, 2005: 787.



O modelo de *controle sucessivo* pressupõe a previsão de uma *proibição legal* de realizar concentrações “contra a concorrência”. Se e quando essa proibição for violada, há lugar a uma intervenção do Estado – por meio de uma *autoridade administrativa* ou de um *tribunal* –, com o objetivo de reprimir a prática da infração e de impor a dissolução da concentração. Trata-se, pois, de um modelo de intervenção *ex post*, que segue uma abordagem típica do *direito da concorrência*, pelo seu carácter sucessivo, de regulação negativa, que usa e recorre a incentivos de “segunda ordem” (Khan & Davies, 2009: 30), em reação a um negócio jurídico que tem o efeito de *restringir* ou de *limitar* a concorrência<sup>13</sup>.

Diferentemente, o modelo de *controle preventivo*, envolvendo igualmente uma proibição legal de realizar operações “contra a concorrência” ou que apresentem riscos de assim se virem a revelar (“*anticompetitive risks*”: Monti, 2007: 283), vai mais longe e estatui uma outra proibição (de âmbito mais alargado) de realização de “certas operações” de controlo sem submissão a um prévio controlo (*proibição preventiva*)<sup>14</sup>. Agora, neste cenário preventivo, a lei não proíbe *certas* operações de concentração por serem “contra a concorrência” (*proibição absoluta e final*), mas apenas porque devem ser submetidas a uma apreciação de uma autoridade pública (administrativa), que se responsabiliza por *autorizar* ou por *proibir* a operação em causa. Na hipótese das concentrações “contra a concorrência”, há uma *restrição* da liberdade de empresa, uma vez que a operação vai decerto ser proibida ou condicionada. No universo, mais amplo, das concentrações abrangidas pela sujeição obrigatória a controlo, existe um mero *condicionamento* dessa mesma liberdade. Fora de qualquer *condicionamento* e, naturalmente, *restrição*, ficam as operações de concentração não abrangidas pela sujeição a controlo<sup>15</sup>.

Qualquer um dos dois modelos – o *sucessivo* e o *preventivo* – pode envolver a intervenção de uma autoridade administrativa e a utilização de instrumentos próprios da ação administrativa. Sem prejuízo disso, é claramente o

---

13 Sobre os três tipos de restrições à concorrência [com origem em: *i*) decisões unilaterais de empresas; *ii*) em práticas concertadas entre empresas; *iii*) em operações de fusão ou de concentração de empresas]: Neef, 2008: 2.

14 Sobre os contornos do controlo de concentrações como controlo preventivo, Heithecker, 2002: 33; Immenga & Mestmäcker, 2001: 1226; Langen & Bunte, 2010: 942.

15 Como veremos, nem todas as operações de concentração se encontram sujeitas a controlo; nem isso faria sentido, desde logo quando não se coloca sequer o cenário de a concentração criar uma posição dominante: Furse, 2007: 21.

modelo do controlo preventivo o único que reclama uma intervenção administrativa, que, em traços gerais, se reconduz a uma *intervenção de tipo autorizativo*. É este o modelo adotado no direito português, como, de resto, no direito da União Europeia e nos ordenamentos da generalidade dos Estados-Membros da UE.

Situado no âmbito do *direito da concorrência*, o controlo das concentrações constitui, porém, um *instrumento diferenciado* no contexto geral das medidas típicas de intervenção do direito da concorrência.

De facto, não obstante se poder considerar, para certos efeitos, que o direito da concorrência se integra no *direito administrativo da regulação*<sup>16</sup>, oferece-se evidente a diferença da “regulação da concorrência” em face da “regulação económica sectorial”: o carácter *ex post*, reativo, sucessivo, de “segunda ordem” da regulação da concorrência contrasta com o perfil dirigista, orientador e conformador, alicerçado em medidas dispostas *ex ante*, da regulação económica sectorial. Ora, o controlo das concentrações, enquanto ferramenta da regulação da concorrência, põe abertamente em crise um tal contraste, uma vez que apresenta um modo de operar próprio das medidas de regulação sectorial<sup>17</sup>. E isto é assim não apenas pelo facto de o controlo de concentrações corporizar uma forma de intervenção *ex ante*, de atuação preventiva (Vaz Freire, 2009: 467), baseada num *forward looking* (Prosperetti, 2002: 278), mas sobretudo porque um tal controlo confere à autoridade competente em matéria de concorrência uma oportunidade para *conformar o mercado* e, ainda que num ambiente *consensual e cooperativo*, para impor e dirigir a atuação sucessiva dos operadores económicos. Na verdade, a emissão de autorizações com remédios – “condições” e de “obrigações” (*cf. infra*) – confere à autoridade administrativa um poder flexível, que transcende a alternativa “autorização ou veto” e que a coloca em posição de garantir aspetos do comportamento futuro de uma empresa, impondo, por exemplo (com o objetivo de prevenir a criação ou o reforço de uma posição dominante) a cessão de ativos, a dissociação

16 Já sustentámos esse ponto de vista em Gonçalves: 2008: 17; precisamente nessa mesma linha: Pampanin, 2010: 135; Khan & Davies, 2009: 30.

17 Em inteiro rigor, como assinala Pampani, 2010: 140, nem só o controlo das concentrações diminui a distância entre concorrência e regulação; o mesmo sucede com outros instrumentos jurídicos, como os que permitem às autoridades de concorrência impor *condições e obrigações de fazer* aos operadores económicos: um exemplo desta possibilidade pode ver-se no artigo 7.º, n.º 1, do *Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*. Também neste caso, o direito da concorrência confia à autoridade competente um poder de conformação do mercado e de orientação positiva de condutas dos operadores económicos.

ção de atividades, a proibição de efetuar aquisições (*medidas de carácter estrutural*) ou obrigações de abstenção, como a de não exercer certas atividades, ou obrigações de fazer, como a de garantir o “acesso de terceiros” (*medidas de carácter comportamental*)<sup>18</sup>. *Hoc sensu*, mais do que se apresentar simplesmente apropriado, impõe-se mesmo considerar o controlo de concentrações como um *instrumento de regulação da economia*, que emprega as formas e técnicas intervencionistas e ativistas da regulação positiva clássica<sup>19</sup> e que confere ao regulador da concorrência um poder de regular mercados, por vezes, de uma forma detalhada<sup>20</sup>.

## 2. CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES E ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Nas linhas iniciais do presente texto, aludimos ao carácter jus-administrativo do controlo de concentrações e à inserção deste mecanismo de *controlo público de negócios privados no direito administrativo da concorrência*.

---

18 A alusão ao facto de as *obrigações e condições* constituírem um instrumento que dá à autoridade administrativa o poder de conformar os comportamentos futuros dos operadores económicos pretende abranger as *obrigações e condições* associadas a “medidas de carácter comportamental”, bem como as “medidas de carácter estrutural” (v.g., alienação de ativos). Com efeito, também neste último caso, a autoridade impõe uma conduta futura ao operador económico, pretendendo desse modo obter uma certa conformação do mercado. Assim, o referido sentido *orientador, dirigista e conformador* do controlo de concentrações não é posto em cheque mesmo nos sistemas, como o alemão, mais avessos à adoção de medidas de carácter comportamental – o § 40, n.º 3, da *GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: “lei contra as restrições à concorrência”)* exclui a possibilidade de as condições ou obrigações conduzirem ou envolverem um controlo comportamental duradouro das autoridades; cf. Rittner & Dreher, 2008: 612; Immenga & Mestmäcker, 2001: 1538; Kappes, 2002: 53 e segs.. Apesar de o *Regulamento das concentrações comunitárias* não conter uma proibição semelhante, a prática da Comissão aponta para a *excepcionalidade* das medidas de carácter comportamental [cf. ponto 17 da *Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção 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 C 267/1, de 22/10/2008; doravante, *Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção*]; em Portugal, a *LdC* também não proíbe as medidas de carácter comportamental.

19 Nesses termos, em referência ao modelo norte-americano, Sullivan, 1986: 997. Retomando o argumento da nota precedente – as *obrigações e as condições* como instrumentos de conformação e de orientação futura de comportamentos, mesmo quando se trate da imposição de medidas de carácter estrutural, posto que, também aqui, o operador económico, para beneficiar do efeito favorável pretendido, tem de executar os compromissos que assumiu –, importa dizer que não se tenciona desvalorizar ou desprezar a força do princípio da exclusão ou da excepcionalidade das medidas de carácter comportamental, que, na verdade, distancia o controlo de concentrações de certos instrumentos de regulação clássica. Com efeito, alguns destes instrumentos alimentam, de facto, uma relação de controlo, mais dirigista e intrusiva – de feição hierárquica –, contínua e duradoura e não apenas pontual ou transitória – *hoc sensu*, quase contratual – entre regulador e regulado, sem paralelo no caso do controlo de concentrações; sobre essa visão da regulação, Prosser, 2010: 5; sobre a analogia entre regulação e contrato: Gonçalves, 2010: 987.

20 Nestes termos, a respeito do “*power to impose remedies*” (condições e obrigações): Monti, 2007: 290.

Pois bem, é agora o momento de clarificar este último ponto, que reclama uma nota sobre uma transformação geral do direito da concorrência na Europa, traduzida no claro incremento da sua aplicação por uma via administrativa (*public enforcement*) em detrimento de uma aplicação de iniciativa privada, por via da reação judicial contra os agentes infratores (*private enforcement*)<sup>21</sup>. Na verdade, como já foi observado, “em vez de reagirem judicialmente contra outra empresa num tribunal, as empresas tendem, com frequência, a virar-se para as autoridades da concorrência, as quais iniciam então um procedimento administrativo para verificar se as regras da concorrência foram ou não violadas” (Kanninen, 2009: 261). Por força disto, o sistema de proteção da concorrência evolui para uma lógica de intersecção e de interconexão entre direito público e direito privado, que tem subjacente uma espécie de *relação triangular*, composta por uma *relação horizontal* ou de base entre as partes (duas empresas ou uma empresa e consumidor) – uma relação de direito privado – e, depois, por uma *relação vertical*, que envolve ambas as partes ou apenas uma, com uma autoridade administrativa – relação de direito público (Kanninen, 2009: 268).

Em certos sistemas, uma transformação com esse matiz processou-se, em termos semelhantes, no domínio específico do controlo das concentrações: assim foi nos EUA, com a junção ao modelo exclusivo de controlo *ex post* de concentrações do *Clayton Act* (1914) – que devolve ao tribunal a pronúncia sobre a proibição de concentrações que tenham como efeito restringir de forma substancial a concorrência (“*substantially lessen competition*”) – do modelo de controlo *ex ante* de concentrações introduzido pelo *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* (1976)<sup>22</sup>. Lentamente, foi-se assistindo a uma evolução que se traduziu no “*replacement of merger control through litigation*” por um “*comprehensive scheme of merger regulation*” (Sims & Herman, 1996: 865). Para o assunto que agora nos ocupa, um aspeto com grande relevo nesse processo de transformação reconduz-se ao tópico de uma certa

21 Sobre a relação entre o *private* e o *public enforcement* do direito da concorrência nos EUA, cf. Hovenkamp, 2005: 60 esclarecendo que, historicamente, o *public enforcement* se tem expandido e contraído como um acordeão.

22 O *Hart-Scott-Rodino Act* instaurou um mecanismo de notificação prévia obrigatória (*premerger notification*) de certas operações de concentração à *Federal Trade Commission* e à Divisão Antitrust do Departamento da Justiça; Eckbo & Wier, 1985: 119. No decurso do prazo de apreciação pelas instâncias administrativas, a concentração não pode efetivar-se (“*waiting period*”). Se as instâncias envolvidas entenderem que a concentração projetada pode violar as leis da concorrência, deverão obter uma *injunção judicial* para proibir a consumação da concentração.

“marginalização dos tribunais”, conjugado com o emergir da centralidade das autoridades administrativas da concorrência (“*agency-regulator centrality*”) no campo da aplicação das regras da concorrência e, em especial, do controlo das concentrações (Khan & Davies, 2009: 26).

Por força da instituição de autoridades administrativas com essas atribuições, o *enforcement* do direito da concorrência e, em especial, a realização do controlo preventivo das concentrações surgem como momentos da *função administrativa*: a doutrina que se tem dedicado ao tema destaca precisamente a natureza administrativa da competência de aprovar atos de concentração, acrescentando que a mesma se exerce por meio da expedição de atos administrativos (Ari Sundfeld, 2003: 152). Em concreto, e diferentemente do modelo norte-americano (de “administração judiciária”<sup>23</sup>), no direito da União Europeia e no direito português, o controlo das concentrações surge desenhado em conformidade com as notas típicas de um sistema de “administração executiva”: reconhece-se a autoridades administrativas (respetivamente, Comissão Europeia e *Autoridade da Concorrência*) competência não apenas para efetuar o controlo (verificação da legalidade do projeto de concentração), mas ainda para, nesse âmbito, exercer *prerrogativas públicas de autoridade* quanto à *decisão* de autorização ou de proibição da operação de concentração<sup>24</sup>. Neste sistema, pelo menos a pedido da Administração Pública, os tribunais não se envolvem em “decisões iniciais”, atuando antes, por iniciativa de particulares, com a função de garantia da legalidade (no contexto da *judicial review*): Khan & Davies, 2009: 49.

Em termos comparados e históricos, o atual sistema de controlo de concentrações adotado no direito português e no direito da União Europeia revela-se assim como o mais administrativizado: o controlo é missão de uma autoridade administrativa (não dos tribunais, no quadro de um *private enforcement*), a qual, sem intermediação judicial, dispõe do poder de decisão final, de *autorizar* ou de *proibir* a concentração<sup>25</sup>.

23 Recorde-se que se a *Federal Trade Commission* e o Departamento de Justiça considerarem que uma concentração viola as leis da concorrência, têm de obter uma injunção judicial para a realização da mesma.

24 Em geral, sobre as *prerrogativas públicas de autoridade* no direito da concorrência, no direito da União Europeia e no direito francês: Antoine, 2009. Neste âmbito da intervenção administrativa, não é muito diferente o sistema britânico: Furse, 2007: 313 e segs., sobre a *judicial review* das decisões das autoridades administrativas que atuam no controlo de concentrações.

25 Este (alegado) “excesso” de administrativização é notado, de forma crítica, por alguma doutrina, observando que, nesses termos, a Administração se assume, simultaneamente, como “juiz e parte”, o que constituiria o resquício de uma conceção passadista e retrógrada (neste sentido, *cf.* doutrina citada em

### 3. CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES E PUBLICIZAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

Ainda a título introdutório, e em linha com o último ponto abordado, alude-se agora ao facto de o controlo de concentrações constituir um expediente de *controlo público de negócios jurídicos privados*<sup>26</sup>. Revela-se inteiramente adequada neste contexto a asserção segundo a qual um sistema de supervisão administrativa opera como um meio para o controlo do respeito pelo direito privado (Kanninen, 2009: 269), considerando aqui que pertencem ao direito privado (por se dirigirem às empresas) as normas legais que proíbem operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efetiva<sup>27</sup>.

Assim, o controlo de concentrações ilustra, com nitidez, o fenómeno da “constituição de relações de direito privado por atos de direito público” (Manssen, 1994), ou, na versão italiana, da “administração pública do direito privado” (Zanobini, 1955: 19) e que, em qualquer caso, se reconduz à ideia de uma “publicização do direito privado” (Manssen, 1994: 100).

Com efeito, desde logo, a *licitude administrativa* dos negócios jurídicos que consubstanciem operações de concentrações sujeitas a controlo depende de uma decisão administrativa, expressa ou tácita, de não oposição à concentração.

Neste sentido, no plano da (i)licitude (administrativa), veja-se que a *LdC* tipifica como *contraordenação* “a realização de operações de concentração de empresas que se encontrem suspensas ... ou que hajam sido proibidas” [artigo 43.º, n.º 1, alínea *b*)]<sup>28</sup>: de uma correta interpretação deste preceito decorre

---

Antoine, 2009: 72); mais compreensível se nos afigura a perceção norte-americana do modelo europeu, quando enfatiza que, neste, as autoridades da concorrência acumulam as funções de *prosecutor* e de *judge*, pois, na verdade, assumem competências (de controlo e de decisão) que no sistema norte-americano se encontram separadas entre a Administração e os tribunais; *cf.* Khan & Davies, 2009: 49.

26 Sobre o fenómeno, aqui envolvido, da intersecção entre contrato privado e regulação pública: Gonçalves, 2010, no ponto relativo ao “contrato privado como objecto de regulação administrativa”.

27 Nos casos de interconexão do controlo das concentrações com o direito da contratação pública (sobre o assunto, *cf.*, *infra*, Parte I, 1.1., em nota de pé de página), em que o contrato adjudicado corresponde a uma operação de concentração, o controlo desta acaba por incidir, não sobre atos e negócios entre particulares, mas sobre atos e negócios jurídicos regulados por procedimentos de direito público (procedimentos, aliás, estruturados para *promover a concorrência*).

28 Apesar de a *LdC* (aliás, como o *Regulamento*: artigo 7.º) aludir à “suspensão da operação de concentração” (artigo 11.º), o que verdadeiramente está em causa é uma *proibição preventiva* de efetivar a referida operação e não a suspensão da mesma. De resto, a letra da lei afeiçoa-se a essa interpretação, porquanto os termos que utiliza pressupõem que a operação “não pode realizar-se” e não que a mesma se encontra suspensa (n.º 1 do artigo 11.º) – observe-se, a propósito, que, na Alemanha, a *GWB* (§ 41) e a doutrina (referindo-se ao artigo 7.º do *Regulamento*) se referem aqui a uma “proibição da execução da operação”

que a celebração de negócios de concentração (i) *sem* notificação à *Autoridade da Concorrência* ou (ii) *com* notificação, mas *antes* de decisão de não oposição ou (iii) *contra* decisão de proibição constitui um *ato ilícito*.

Neste sentido, pode dizer-se que a existência de uma decisão de não oposição da *Autoridade* – expressa ou tácita – representa uma *condição da licitude administrativa* dos negócios jurídicos que consubstanciam uma operação de concentração abrangida pelo dever de notificação.

Uma questão, delicada, que se coloca neste contexto consiste em saber se, além do que acabámos de ver, a decisão de não oposição, expressa ou tácita, representa ainda uma *condição da validade* dos mesmos negócios jurídicos que constituem a operação de concentração.

Uma resposta afirmativa parece resultar do artigo 11.º, n.º 2, do *LdC*, ao fixar que “a validade de qualquer negócio jurídico realizado em desrespeito pelo disposto na presente secção depende de autorização expressa ou tácita da operação de concentração”<sup>29</sup>.

A disposição aparenta efetivamente impor a invalidade dos negócios jurídicos que concretizem a operação de concentração, como consequência da infração da regra de *proibição da realização da operação de concentração* estabelecida no n.º 1 do mesmo preceito: “uma operação de concentração sujeita a notificação prévia não pode realizar-se antes de ter sido notificada e antes de ter sido objeto de uma decisão, expressa ou tácita, de não oposição”<sup>30</sup>.

Apesar de aparentar o efeito referido, a letra da lei não se apresenta totalmente esclarecedora quanto à afirmação explícita da invalidade, nem tão-pouco do tipo de invalidade que atinge o negócio jurídico que infringe a

---

(*Vollzugsverbot*): Rittner & Dreher, 2008: 590. Aceita-se que o conceito de “suspensão” pode fazer algum sentido em termos procedimentais, para expressar a exigência de suspensão ou, melhor, de adiamento (*adiamento da execução* – “*Aufschub des Vollzugs*” – é a fórmula da tradução alemã do *Regulamento*) da realização de uma operação de concentração *notificada*. Ainda assim, afigura-se-nos mais correta a interpretação segundo a qual o artigo 11.º, n.º 1, do *LdC*, determina uma *proibição de realização de operações de concentração não autorizadas* (incluindo as já notificadas, bem como as ainda não notificadas). A precisão não tem um alcance apenas semântico. Na verdade, o entendimento de que o artigo 11.º, n.º 1, se aplica apenas às concentrações notificadas (como inculca a ideia de *suspensão*) conduz à alternativa absurda de que, ou não há qualquer sanção para a realização de concentrações não notificadas, ou a sanção é mais leve neste caso do que no caso de realização de concentrações notificadas mas não autorizadas [aplicando-se a sanção para o caso de falta de notificação: artigo 43.º, n.º 3, alínea a)].

29 Sobre a solução legal, em termos críticos, Cunha, 2005: 210.

30 No direito alemão, a *GWB* prescreve no caso paralelo a *ineficácia* do negócio jurídico; sobre as sanções para a infração da proibição da execução da operação de concentração (*Vollzugsverbot*), cf. Immenga & Mestmäcker, 2001: 1563. Em geral, sobre os negócios jurídicos celebrados em infração de regras de direito da concorrência e de direito da regulação: Paul, 2008.

proibição preventiva estatuída naquele artigo 11.º, n.º 1 – esclareça-se, a este respeito, que o problema em apreciação consiste em equacionar a invalidade da operação de concentração realizada na *ausência de uma decisão de não oposição*: trata-se de uma precisão importante, uma vez que a *LdC* estabelece, claramente, a nulidade dos negócios jurídicos relacionados com uma operação de concentração que contrariem decisões da *Autoridade da Concorrência* que *proibam* a operação [artigo 41.º, alínea *a*), da *LdC*] <sup>31</sup>; mas este é um outro cenário.

Na interpretação que aqui se preconiza como a mais ajustada aos interesses em presença, diríamos que a realização de uma operação de concentração sem decisão de não oposição não deveria ser considerada inválida, mas apenas *ineficaz* (solução alemã). Nestes termos, a norma legal que impõe a exigência de decisão de não oposição como condição da realização da operação integraria a categoria das *leges minus quam perfectae*, quer dizer, das normas que impõem sanções aos transgressores, mas não invalidam os atos contrários<sup>32</sup>. De acordo com esta interpretação, e como avançámos, o negócio de concentração concluído sem autorização seria ineficaz, podendo adquirir a eficácia no caso de autorização posterior da operação; na hipótese de a operação vir a ser proibida, seguir-se-iam as consequências legais, designadamente, a imposição da dissolução da concentração (*cf. infra*. Parte II, ponto 2)<sup>33</sup>.

Admitimos, todavia, que a interpretação que aqui se preconiza encontra alguns obstáculos na letra da lei, a qual faz depender a validade dos negócios jurídicos que concretizam a concentração de uma decisão de não oposição. Afigura-se, pois, legítimo, à face da letra da lei, sustentar a invalidade do negócio que infringe um comando legal imperativo: “uma operação de concentração (...) não pode realizar-se (...) antes de ter sido objecto de uma decisão (...) de não oposição”.

31 Solução compreensível, uma vez que se trata de uma operação que desrespeita abertamente uma decisão que a proíbe especificamente. Já nos parece crítica a solução de nulidade consagrada na alínea *b*) do artigo 41.º da *LdC* – sobre este assunto, *cf., infra*, 3.7.

32 No Direito Romano, por influência de Ulpianus, já se qualificavam as normas jurídicas, à luz do critério da *sanctio* (sanção), como *leges perfectae*, *leges minus quam perfectae* e *leges imperfectae*; as normas menos que perfeitas identificavam-se precisamente como aquelas que impunham sanções aos transgressores, mas não invalidavam os atos contrários: Santos Justo, 2006: 82. Trata-se de uma classificação que ainda hoje é utilizada, para, em termos de teoria geral, permitir uma classificação das normas jurídicas quanto à sanção: *cf.* Baptista Machado, 1993: 95; Santos Justo, 2009: 154.

33 Esta questão situa-se num âmbito mais largo e com inúmeras outras aplicações, decorrente da exigência de *autorização administrativa prévia à celebração de contratos de direito privado* (entre particulares): sobre o tema, Bernard, 1987: 1.



Sucedo, contudo, que, para esta hipótese, a lei não prevê o tipo de invalidade de que padece o negócio de concentração. Tendo presente a regra geral do artigo 294.º do *Código Civil*<sup>34</sup>, poderá defender-se estar aí envolvido um caso de nulidade. Embora, num sentido puramente formal, a solução se possa aceitar, revela-se porventura pouco adequada a via de impor a sanção da nulidade para um negócio jurídico *apenas porque* foi concluído sem a autorização administrativa exigida. O facto de esta poder vir a ser concedida mais tarde demonstra o desajustamento da solução da nulidade, e confirma a bondade da tese da ineficácia das operações de concentração não autorizadas.

Independentemente das soluções técnico-legislativas e dos entendimentos sobre as mesmas, apresenta-se fora de dúvida que a disciplina do controlo das concentrações promove uma *interconexão* entre direito privado e direito administrativo, colocando este na posição de *permitir* (decisão de não oposição “simples”) ou de *proibir* (decisão de proibição) a constituição de relações de direito privado ou de *conformar o específico conteúdo* (decisão de não oposição com condições e obrigações) de tais relações. *Hoc sensu*, a decisão da *Autoridade da Concorrência* sobre a concentração assume-se como um ato que integra a categoria dos “actos administrativos constitutivos de relações de direito privado” (*privatrechtsgestaltende Akte*<sup>35</sup>). Não se trata, todavia, em todos os casos, de atos que se limitem a cativar uma *interferência externa* numa relação contratual privada; em muitas situações, a *Autoridade* tem a oportunidade de contribuir para a definição ou conformação do conteúdo da própria relação de direito privado: assim sucede com as “decisões de não oposição com condições e obrigações”. Neste cenário, uma vez que a decisão (de autorização) também define os termos da operação de concentração, pode dizer-se que se trata, mais do que de um ato constitutivo, de um *ato administrativo conformador do conteúdo de relações de direito privado*. O fenómeno da *publicização do direito privado* traduz aqui uma *intrusão* especialmente acentuada da Administração na esfera das relações jurídicas privadas, podendo dizer-se, com inspiração em Ari Sunfeld, que, neste âmbito, a *Autoridade*

---

34 O artigo 294.º do *Código Civil* estabelece que “os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei”. Ora, aceitamos que o artigo 11.º, n.º 1, da *LdC* acolhe uma disposição de carácter imperativo e que, por isso, um negócio celebrado contra o que aí se dispõe se apresenta como um negócio celebrado “contra disposição legal de carácter imperativo”.

35 Sobre esta categoria de atos administrativos, Manssen, 1994: 32; Maurer, 2004: 216; Ipsen, 2009: 231; Ruffert, 2010: 686.

da *Concorrência* – como instância de “intervenção administrativa na vida privada” – realiza uma tarefa de “*ordenação da vida privada*” (Ari Sundfeld, 2005: 65). De facto, a imposição às empresas da obrigação de submeter os seus negócios a um controlo prévio da autoridade pública abre o espaço a uma intervenção unilateral da Administração que comporta um forte atentado à formação espontânea da concorrência e às liberdades de contratar e de empresa (Antoine, 2009: 71).

## PARTE I – PROCEDIMENTO DE CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

### 1. Âmbito

No direito português, *certas* operações de concentração de empresas têm de ser submetidas ao controlo prévio da *Autoridade da Concorrência*.

A circunstância de o ordenamento jurídico pôr em funcionamento um sistema de controlo de concentrações não significa, naturalmente, que todas e quaisquer operações de concentração se encontrem submetidas a controlo (Furse, 2007: 24). Seria, de resto, excessivo que tal sucedesse, pois a submissão a controlo só deve atingir operações que comportem um risco para a concorrência (Nicinski, 2009: 121).

Torna-se, por isso, necessário delimitar, e, aliás, de forma rigorosa, o perímetro das operações submetidas ao procedimento fiscalizador das concentrações, o que, tendo presente o disposto na *LdC*, se deve efetuar, *grosso modo*, em dois passos ou em dois momentos: primeiramente, há que qualificar uma operação como *concentração de empresas* para, num segundo momento lógico, a subsumir aos indicadores de submissão a controlo.

#### 1.1. Operações de concentração de empresas

Nem o *Regulamento das Concentrações Comunitárias*, nem a *LdC* nos fornecem uma definição geral do conceito de *operação de concentração entre empresas*, indicando, todavia, casos em que estamos perante tal figura. Na lei portuguesa são os seguintes: (a) o de “*fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes*” e (b) o de «*uma ou mais pessoas singulares que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas*”.

A perspetiva (jus-administrativista) em que se baseia o presente estudo dispensa referências especialmente detalhadas sobre o significado jus-concorrencial dos conceitos que acabámos de referir, como o de *empresa*, o de

*fusão* ou o de  *controlo*. Registamos apenas que o legislador português deixou, daquela forma, indiciados os critérios que nos permitem qualificar uma operação como  *de concentração*. Em todo o caso, cumpre sublinhar, quanto ao conceito de  *empresa*, que o mesmo abrange as  *empresas públicas* (e empresas concessionárias do Estado) – cf. artigo 3.º da  *LdC*<sup>36</sup> – não sendo de excluir que se possa estender a  *pessoas coletivas de direito público*, na medida em que preencham os elementos da noção jusconcorrencial de empresa (artigo 2.º)<sup>37</sup>. Por outro lado, e como nota de intersecção entre a matéria das concentrações e o direito administrativo, cabe ainda notar que a “aquisição” de uma concessão pode ser considerada uma operação de concentração<sup>38</sup>.

O objetivo da  *LdC* – bem como o do direito da União Europeia<sup>39</sup> – consiste em circunscrever o âmbito desta forma de controlo público, de modo a abranger as operações com uma determinada relevância económica que impliquem uma alteração duradoura do controlo das empresas (Oliveira Pais, 2006: 79).

36 Veja-se, por exemplo, o controlo de uma fusão que envolveu a  *Ana – Aeroportos de Portugal, S.A.* (empresa pública): Processo Ccent 13/2006. No direito da União Europeia, cf. o considerando 22 do  *Regulamento das concentrações comunitárias*, que alude, neste âmbito, ao princípio da igualdade de tratamento entre os sectores público e privado. Mais especificamente a  *Comunicação da Comissão relativa ao conceito de empresas em causa para efeitos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, relativo ao controlo de operações de concentração de empresas* (JOCE C66/14, de 2.3.98) referia-se às operações de fusão entre empresas (públicas) pertencentes ao mesmo Estado, não as excluindo do controlo de concentrações.

37 Sobre a consideração do Estado e outras pessoas coletivas de direito público como empresas para este efeito, designadamente quando fornecem prestações e bens no âmbito do direito privado: Langen & Bunte, 2010: 868; Immenga & Mestmäcker, 2001: 1314.

38 Veja-se o caso decidido pela  *Autoridade da Concorrência* no Processo Ccent. n.º 78/2007, em que se considerou operação de concentração a “aquisição” por uma  *empresa* de uma  *concessão* de atividade portuária; o caso evidencia que a  *adjudicação (por concurso público) de uma concessão* pode também corresponder a uma  *operação de concentração de empresas* – nos termos do artigo 9.º, n.º 3, alínea b), da  *LdC*. O fenómeno convoca dois regimes de proteção da concorrência: i) por um lado, o regime de adjudicação do contrato de concessão (seleção concorrencial do adjudicatário); ii) por outro lado, o regime de controlo de concentração de empresas (garantia da concorrência efetiva no mercado em que opera o adjudicatário). Em geral, sobre o tema, considerando que, em certas circunstâncias, a outorga, pela Administração, de títulos autorizativos para o exercício de atividades económicas se deve qualificar como aquisição de “parte de uma empresa”, cf. Vasques, 2011: 273. O Autor inclui, além das concessões para o exercício de atividades reservadas à Administração, a outorga de “títulos contingentados” (licenças e autorizações sujeitas a  *numerus clausus*).

39 Veja-se o considerando 20 do  *Regulamento das concentrações comunitárias*, de acordo com o qual, «o conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura no controlo das empresas em causa e, por conseguinte, na estrutura do mercado». A Comissão dedicou-se mais detalhadamente a este conceito na sua comunicação relativa ao conceito de concentração de empresas em conformidade com o  *Regulamento (CEE) n.º 4046/89 do Conselho, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas* (JOCE, de 02.03.1998, C 66/5).

## 1.2. Critérios de submissão das operações de concentração de empresas ao controlo da Autoridade da Concorrência

Dentre o grupo de operações qualificáveis como de *concentração de empresas*, a *LdC* recorta, no artigo 9.º, um círculo mais restrito de operações sujeitas a controlo da *Autoridade da Concorrência*, recorrendo, para o efeito, a dois critérios alternativos atinentes à quota de mercado resultante da operação *ou* ao volume de negócios realizado pelos seus intervenientes.

Tendo em consideração a indicação da *LdC*, por um lado, e a do *Regulamento das Concentrações Comunitárias*, por outro, verifica-se que a competência de controlo da *Autoridade da Concorrência* se estende às concentrações que se situem entre um *limiar mínimo* e um *limiar máximo*: abaixo do primeiro (*cf.* artigo 9.º, n.º 1, da *LdC*), as concentrações não se submetem a qualquer controlo; acima do segundo (*cf.* artigo 1.º, n.ºs. 2 e 3, do *Regulamento*), o controlo da concentração passa para a responsabilidade da Comissão Europeia<sup>40</sup>.

O modelo consagrado em termos de repartição de competências entre as autoridades nacionais e a Comissão Europeia orienta-se pela ideia do *one-stop shop* (“balcão único”)<sup>41</sup>: de facto, o artigo 21.º do *Regulamento das concentrações comunitárias* determina a *competência exclusiva* da Comissão Europeia para apreciar as *concentrações de dimensão comunitária*. O princípio geral é, pois, o de que o direito dos Estados-Membros *apenas* se aplica às concentrações que não apresentem dimensão comunitária (Jones & Sufrin, 2008: 988). O *Regulamento* admite, todavia, alguns desvios, permitindo, em determinadas condições, às autoridades nacionais examinar operações com dimensão comunitária, bem como à Comissão Europeia apreciar operações sem esse carácter<sup>42</sup>.

Em qualquer caso e retomando o controlo das concentrações da competência da *Autoridade da Concorrência*, deve observar-se que a previsão de *critérios quantitativos* para recortar o perímetro das concentrações a submeter a controlo introduz um suficiente grau de certeza para as partes envolvidas e exclui a discricionariedade na determinação ou na verificação dos pressupostos da atuação da *Autoridade*. Isso não significa, contudo, que não haja

40 Nicinski, 2009: 121; Berlin, 2009: 117; Monti, 2007: 300.

41 Ideia inicialmente acolhida no primeiro regulamento relativo ao controlo das concentrações – *Regulamento (CEE) n.º 4064/89*; *cf.* Heithecker, 2002: 28.

42 Refira-se, nomeadamente, os mecanismos previstos nos artigos 4.º, n.º 4 e 5, 9.º e 22.º do Regulamento. Para uma análise mais detalhada do sistema de remissões, veja-se Cook & Kerse, 2009: 321; Berlin, 2009: 159.

dúvidas e mesmo controvérsias sobre se determinadas operações empresariais constituem operações de concentração<sup>43</sup>.

## 2. Direito aplicável

O procedimento de controlo de concentrações assume a natureza de *procedimento administrativo* (Vaz Freire, 2009: 503), conduzido por uma *autoridade administrativa* – a *Autoridade da Concorrência* –, cujo desfecho se consubstancia numa *decisão* com a natureza jurídica de *ato administrativo*.

O procedimento é regulado, em primeira linha, pela *LdC* (artigos 30.º e seguintes) e, subsidiariamente, pelo *Código do Procedimento Administrativo* (*CPA*). Atento o facto de o controlo de concentrações pressupor uma intervenção administrativa e traduzir sempre o *condicionamento* e eventualmente a *restrição* das liberdades de iniciativa económica e de organização empresarial, não surpreende que a conformação jurídica da atuação das autoridades competentes caiba ao legislador e resulte de atos legislativos. Trata-se pura e simplesmente da aplicação do *princípio da legalidade administrativa*.

A incidência do princípio da legalidade administrativa confronta-se, contudo, com, pelo menos, duas tendências sistémicas para uma relativa desvalorização da lei e da regulamentação legislativa neste domínio.

Assim, por um lado, a apreciação que a *Autoridade da Concorrência* é chamada a fazer no procedimento de controlo acusa uma forte influência da teoria económica e dos conceitos económicos: conceitos como “poder de mercado”, “mercado relevante”, “elasticidade dos preços”, ainda que utilizados numa lei administrativa, remetem para uma apreciação ditada segundo critérios económicos<sup>44</sup>. Por isso, com razão, a doutrina observa que o controlo das concentrações se situa num território de interpenetração entre direito e economia (Furse, 2007: 21). Se é verdade que o fenómeno de contacto entre direito e disciplinas não jurídicas surge em inúmeras outras áreas de intervenção administrativa, não se revelando privativo ou exclusivo deste sector, importa notar que essa interpenetração conhece efeitos particulares, designa-

---

43 A controvérsia pode dar mesmo lugar a processos jurisdicionais de impugnação de decisões da *Autoridade da Concorrência* que determinam ou impõem a apresentação de notificações; cf., *infra*, Parte II, ponto 5, e o estudo sobre o *Contencioso da Regulação em Portugal (Relatório de Pesquisa e Análise da Jurisprudência sobre Regulação Pública)*, Publicações CEDIPRE Online – 1, in [www.cedipre.fd.uc.pt](http://www.cedipre.fd.uc.pt), Coimbra, Novembro de 2010, p. 21 e segs.

44 Sobre os contornos e os pressupostos económicos das decisões adotadas no contexto do controlo das concentrações: Schwalbe & Ximmer, 2009.

damente ao fomentar uma aura de objetividade e de racionalidade das decisões administrativas<sup>45</sup>. Esta aparente cientificidade da teoria económica induz uma *deferência judicial* no controlo das decisões administrativas em matéria de concorrência (Khan & Davies, 2009: 49).

Por outro lado, a desvalorização do papel da lei como padrão de disciplina das condutas da Administração Pública resulta de um claro incremento neste sector não só de *regulamentos administrativos*, mas sobretudo da proliferação de “documentos” das autoridades administrativas que contêm declarações sobre o modo como as mesmas se propõem, em concreto, aplicar as normas legais que as vinculam; apresentam um carácter não vinculativo, cumprindo uma função de racionalização e de incremento da consistência e da previsibilidade da ação administrativa (Greene, 2007: 1039). Estes “*nonbinding public statements of enforcement policy*”, que surgem como “linhas de orientação”, “recomendações” ou “comunicações” (*v.g.*, orientações quanto a remédios e compromissos; sobre os termos da apreciação de certas formas de concentração; sobre o direito de acesso a documentos; sobre a criação de procedimentos informais), com incidência na regulamentação pública da economia em geral e na regulamentação do controlo de concentrações em particular, impõem-se, de facto, como a “*primary regulation of the field*”, eclipsando as fontes normativas de carácter jurídico e legislativo (Khan & Davies, 2009: 32). A centralidade e a institucionalização das “*guidelines*” (Greene, 2007: 771) como elemento-chave de regulamentação do controlo de concentrações envolvem um efeito de marginalização da legalidade, o que, por sua vez, comporta consequências ao nível do relacionamento entre os interessados e as autoridades: esse relacionamento deixa de assentar numa prescrição externa, que se impõe às autoridades, para passar a basear-se numa prescrição ditada pelas próprias autoridades que é percecionada pelos interessados como contendo a “última palavra” daquelas. A possibilidade de reação judicial, embora exista, apresenta-se, em grande medida teórica, tendo em consideração o “tempo real” de que dispõem os operadores económicos (Khan & Davies, 2009: 33).

### 3. Contactos anteriores ao procedimento

Com as alterações de 2006, a *LdC* passou a prever a possibilidade de *avaliação prévia* pela *Autoridade da Concorrência* das operações de concentração projetadas; trata-se de uma espécie de pré-procedimento, que decorre, portanto,

---

45 Em termos críticos quanto a esta asserção: Khan & Davies, 2009: 26.

antes de se iniciar o procedimento de controlo de concentrações; as regras do pré-procedimento de avaliação prévia – também designado procedimento de pré-notificação – encontram-se definidas nas “Linhas de Orientação” definidas pela *Autoridade*<sup>46 47</sup>.

O (pré-)procedimento de avaliação prévia, naturalmente um *procedimento facultativo*, permite e disciplina o estabelecimento de contactos entre a *Autoridade da Concorrência* e os interessados (contactos pré-notificação). O procedimento deve ser posto em marcha pelos interessados num prazo razoável antes da data em que se preveja a constituição na obrigação de notificar. Neste âmbito, a *Autoridade* poderá prestar algumas informações e esclarecimentos, fornecendo, se for caso disso, a sua visão sobre os contornos e as implicações da operação projetada. No âmbito deste procedimento e dos contactos pré-notificação, a *Autoridade da Concorrência*, se tiver dados bastantes para o efeito, pode esclarecer o seu ponto de vista sobre alguns aspetos jurídicos em concreto, *v.g.*, sobre se uma determinada operação de concentração se encontra submetida a controlo ou sobre o prazo de apresentação da notificação. Embora não sejam juridicamente vinculativas para os destinatários, tais informações e esclarecimentos apresentam um carácter orientador, que pode ter implicações jurídicas no quadro de uma relação de colaboração entre a *Autoridade* e os interessados.

A existência de um procedimento informal de pré-notificação aproxima as partes envolvidas e, em concreto, os interessados da *Autoridade* (Schulte, 2010: 84) e inscreve-se na linha, que já conhecemos, de uma configuração prática do controlo de concentrações “*around the border of legality*” (Khan & Davies, 2009: 54).

#### 4. Iniciativa do procedimento

O procedimento de controlo de concentrações é, em todos os casos, posto em marcha por um ato jurídico dos interessados: *notificação prévia*. No direito português, a referida notificação pode ter origem num ato voluntário dos interessados ou num ato impositivo da *Autoridade da Concorrência*. Impõe-se, pois, distinguir entre dois tipos de iniciativa procedimental: apesar de

46 *Linhas de Orientação sobre o procedimento de avaliação prévia de operações de concentração de empresas, de 3 de Abril de 2007.*

47 Como notam Margarida Rosado da Fonseca e Luís do Nascimento Ferreira, até à alteração legislativa de 2006, não era comum em Portugal ocorrerem contactos prévios desta natureza. Isto, apesar de a *Autoridade da Concorrência* a tal se não opor: Fonseca & Ferreira, 2009: 135.

desencadeado sempre por um ato do particular interessado – configurando-se como um *procedimento de hetero-iniciativa particular* –, o controlo de operações de concentração pode-se iniciar pela *apresentação voluntária* ou pela *apresentação imposta ou coativa* da notificação prévia.

Tendo presentes estas últimas considerações, conclui-se que não se encontra prevista a possibilidade de o procedimento de controlo das concentrações se iniciar por ato próprio da *Autoridade da Concorrência (iniciativa oficiosa)*<sup>48</sup>: haverá oportunidade de se verificar que a realidade a que a lei atribui a designação de *procedimento oficioso* (artigo 40.º) não abrange uma iniciativa pública *alternativa* à iniciativa particular (e à *notificação prévia*)<sup>49</sup>.

A lei também não prevê a hipótese de uma “iniciativa particular de terceiro”: as empresas concorrentes que pretendam reagir contra uma concentração não notificada parecem ter apenas o direito de “denunciar” a omissão à *Autoridade da Concorrência*; no caso de recusa expressa ou de inércia da *Autoridade*, poderá questionar-se se disporão de *legitimidade processual* para propor, contra aquela, uma *ação administrativa especial*, para anular a recusa expressa ou para obter uma condenação à prática de ato devido – sobre o tema, *cf.*, *infra*, ponto 5<sup>50</sup>.

---

48 É muito diferente o modelo britânico de controlo das concentrações: não se prevê aí qualquer obrigação de notificação das empresas envolvidas, cabendo ao *Office of Fair Trading* a responsabilidade de fiscalizar e de identificar as concentrações que devem ser referenciadas – *duty to make references* – para análise da *Competition Commission*. Em certos casos de interesse público, o *Secretary of State* também dispõe de um *power to make references*; *cf.* Furse, 2007: 13 e 235.

49 A situação parece revestir contornos distintos no direito alemão, onde, não obstante o silêncio da lei (a qual também alude apenas ao início do procedimento com base em notificação dos interessados), a doutrina admite que seja a autoridade competente a iniciar o procedimento de controlo quando tenha conhecimento de uma operação de concentração não notificada: *cf.* Langen & Bunte, 2010: 942; Neef, 2008: 198; Schulte, 2010: 84. O modelo adotado em Portugal segue a solução francesa, onde a lei (*Code de commerce*) atribui à autoridade competente, no caso de falta de notificação de uma operação de concentração, o poder de determinar uma *injunção de notificação* (“*injonction de notifier*”); *cf.* Decocq & Decocq, 2010: 255. No direito da União Europeia, o *Regulamento das concentrações comunitárias* também não prevê expressamente a iniciativa oficiosa da Comissão, nem tão-pouco atribui a esta um poder de determinar a apresentação da notificação: sobre esta situação, alguma doutrina adianta que o poder da Comissão de “*se saisir d’office*” decorre da natureza das coisas (Decocq & Decocq, *ibidem*).

50 Uma outra via de que as empresas concorrentes dispõem consiste em reagir judicialmente contra as pessoas obrigadas a notificar a concentração, nos termos do artigo 37.º, n.º 3, do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*.



#### 4.1. *Iniciativa particular voluntária*

O procedimento de controlo de concentrações é, em regra, desencadeado por iniciativa *voluntária*<sup>51</sup>, mediante um ato jurídico praticado pelas *peças ou empresas envolvidas e interessadas na operação de concentração* (identificadas no artigo 31.º, n.º 1, da *LdC*).

Conforme o disposto na *LdC* (artigo 31.º, n.º 3), a *Autoridade da Concorrência* aprovou um *formulário* de apresentação de notificação, esclarecendo que a notificação deve ser apresentada: *i*) no caso de fusão, pelo conjunto das empresas objeto da fusão; *ii*) no caso de aquisição de controlo exclusivo, pela pessoa ou empresa adquirente; *iii*) no caso de criação de empresa comum, que desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma, pelas pessoas ou empresas a quem caberá o exercício do respectivo controlo; *iv*) no caso de aquisição de controlo conjunto, pelas pessoas ou empresas a quem caberá o exercício do respectivo controlo<sup>52</sup>.

A notificação prévia pode, pois, ser *individual* ou *conjunta*, devendo, no último caso, ser apresentada por um representante comum, com poderes para enviar e receber documentos em nome de todas as partes notificantes (artigo 31.º, n.º 2, da *LdC*).

No direito português, a notificação prévia é um *ato jurídico obrigatório*, que deve, de resto, ser praticado num determinado prazo: nos termos do artigo 9.º, n.º 2, da *LdC*, a notificação deve ocorrer “no prazo de sete dias úteis após a conclusão do acordo ou, sendo caso disso, após a data da divulgação do anúncio preliminar de uma oferta pública de aquisição ou de troca ou da divulgação de anúncio de aquisição de uma participação de controlo em sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado”. Tendo em consideração essa exigência legal de a notificação ter de se apresentar num determinado prazo, parece que o carácter obrigatório da mesma não se encontra na lei portuguesa apenas associado à proibição de realização de operações de concentração antes de notificação prévia. Sendo certo que também apenas neste último sentido se pode falar de um carácter

---

51 Utilizamos aqui o conceito de iniciativa *voluntária* apenas para contrapor à iniciativa *imposta* pela *Autoridade da Concorrência* e não para sugerir um (inexistente) carácter facultativo da apresentação da notificação prévia. Na verdade, se as partes pretendem realizar uma operação de concentração sujeita a controlo, *têm de* apresentar a notificação prévia – de resto, a lei sanciona como contra-ordenação “a falta de notificação de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia nos termos do artigo 9.º: cf. artigo 43.º, n.º 3, alínea a).

52 Cf. Regulamento n.º 120/2009, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 17 de Março.

obrigatório da notificação<sup>53</sup>, e até prever sanções autónomas para o respetivo incumprimento<sup>54</sup>, a *LdC* parece (embora incorretamente) ir mais longe, ao impor a obrigação de notificação dentro de um prazo e ao sancionar o incumprimento da obrigação assim definida: *cf.* artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), que tipifica como contraordenação “a falta de notificação de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia nos termos do artigo 9.º” (recorde-se que o artigo 9.º determina a apresentação da notificação dentro de um prazo).

A designação *notificação prévia*, atribuída ao ato jurídico que põe em marcha o controlo de concentrações, pode afigurar-se estranha, se se considerar que a mesma indica o ato de iniciativa de um procedimento que contempla uma *fase constitutiva* na qual uma autoridade administrativa é chamada a *decidir* se não se opõe (autoriza) ou se proíbe uma determinada operação. Quer dizer, o procedimento inclui um *momento decisório*, que não se confunde com a mera tomada de conhecimento de um facto, como a ideia de notificar poderia sugerir. Ora, isto permite perceber que a notificação prévia neste caso assume, no plano procedimental, contornos assaz diferentes do ato de iniciativa nos *procedimentos de comunicação prévia de início de atividade* (Rittner & Dreher, 2008: 616)<sup>55</sup>. Com efeito, o sentido da iniciativa procedimental traduzida na notificação prévia de uma operação de concentração não se resume na mera comunicação de um facto, uma vez que exprime ou pressupõe ainda a manifestação do interesse – *pretensivo* – do(s) respetivo(s) autor(es) em obter uma pronúncia favorável da *Autoridade da Concorrência*, uma *decisão de não oposição*. Neste sentido, a notificação prévia revela contornos que a aproximam do *requerimento* apresentado pelo titular de legitimidade para iniciar um procedimento administrativo de tipo autorizativo.

---

53 Assim, *cf.* Decocq & Decocq, 2010: 251, sobre a “obrigação de notificar”; nos mesmos termos, referindo-se ao carácter “compulsory” das notificações segundo o *Regulamento das concentrações comunitárias*: Furse, 2007: 100.

54 Nos termos do artigo 14.º, n.º 2, alínea *a*), do *Regulamento das concentrações comunitárias*, o incumprimento da obrigação de notificar é autonomamente sancionado com uma coima. Referindo-se a esta “infração autónoma”, *cf.* Berlin, 2009: 222. A sanção apenas ocorrerá se a concentração não notificada se consumou. Uma vez que não há prazo para notificar, a falta de notificação não pode ser sancionada, se e enquanto a concentração não se efetivar. Como observa a doutrina alemã, dada a ausência de um prazo para notificar, não se pode falar de uma obrigação de notificar independente da realização da concentração e decorrente apenas da verificação dos factos que devem ser notificados: Immenga & Mestmäcker, 2001: 1518.

55 Os procedimentos de comunicação prévia de início de atividade – pelo menos, os que assim se designam em sentido próprio – não conhecem uma *fase decisória*, com a emissão de um ato administrativo de tipo autorizativo. Sobre a estrutura dos procedimentos de comunicação prévia, *cf.* Gonçalves, 2009: 79.

Mas, por outro lado, a mesma designação – *notificação prévia* – não deixa de ser pertinente, posto que *comunica* ou *informa* a *Autoridade* sobre um *facto* a realizar em momento sucessivo, mas em termos que os interessados já definiram.

Como sabemos, a notificação prévia reveste carácter obrigatório, razão por que a sua falta comporta consequências jurídicas, mesmo na hipótese de a operação de concentração não vir a ocorrer: coima (que não pode exceder 1% do volume de negócios do infrator), nos termos do artigo 43.º, n.º 2, alínea *a*). Por outro lado, no caso de a operação de concentração se efetivar, a falta de notificação – para além de constituir uma *infração autónoma*, que se junta à infração que consiste na realização da operação de concentração [punida nos termos do artigo 43.º, n.º 1, alínea *b*), da *LdC*] – dará lugar a um procedimento oficioso, em cujo âmbito a *Autoridade da Concorrência* determina a apresentação coativa da notificação.

Por fim, uma nota sobre a *retirada da notificação prévia*, na sequência de uma decisão das partes interessadas de desistência da concentração. Nesta eventualidade, a dita *retirada da notificação* deve efetuar-se nos termos do artigo 110.º do *CPA*, mediante a apresentação de “requerimento escrito” de desistência do procedimento. Sem prejuízo de o n.º 2 daquele preceito estabelecer que a desistência não prejudica a continuação do procedimento – “se a Administração entender que o interesse público assim o exige” – afigura-se-nos, *in casu*, que a competência da *Autoridade da Concorrência* se esgota<sup>56</sup>.

#### **4.2. Iniciativa particular imposta**

No caso de a operação de concentração se realizar sem notificação, há lugar à *imposição coativa* da notificação pela *Autoridade da Concorrência*. O procedimento de controlo inicia-se, também neste caso, pela apresentação da notificação prévia; agora, a mesma surge, contudo, não de forma espontânea (voluntária), mas na sequência de uma intimação, determinada no contexto de procedimento administrativo oficioso: artigo 40.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 2, da *LdC*<sup>57</sup>.

56 No Acórdão MCI/Comissão, de 28 de Setembro de 2004, o *Tribunal de Primeira Instância* decidiu que a Comissão não poderia haver declarado incompatível uma concentração depois de as partes notificantes terem retirado oficialmente a sua notificação (não havendo lugar a distinção entre *retirada da notificação* e *retirada do acordo de fusão*).

57 Nos termos da *LdC*, há três tipos de situações cuja ocorrência dá lugar a um “procedimento oficioso”: (*a*) quando a *Autoridade da Concorrência* tome conhecimento da realização de uma operação de concentração

A intimação ou imposição coativa da notificação prévia, que apenas pode ter lugar quando e se a operação de concentração tiver sido realizada e não no caso de mera falta de notificação (dentro do prazo), constitui um *ato administrativo impositivo*, cujo acatamento se encontra garantido por uma *sanção pecuniária compulsória*, a aplicar nos termos previstos na alínea *b*) do artigo 46.º (*cf.* artigo 40.º, n.º 2)<sup>58</sup>.

Numa outra perspetiva, importa notar que o ato de imposição da notificação constitui um *ato administrativo devido*, cuja prática está dependente da verificação de pressupostos objetivos e não de qualquer juízo discricionário<sup>59</sup>.

Resulta da própria previsão legal da imposição coativa da notificação como consequência (principal) da falta da apresentação voluntária que, à realização de uma operação de concentração sem notificação – facto que constitui um *ato ilícito* – não se associa a *ilegalidade substantiva* da operação. Eis o que justifica que a *Autoridade da Concorrência* não disponha do poder de impor imediatamente a dissolução da concentração, mas antes o de impor a notificação, para que, no âmbito do procedimento de controlo, possa apreciar o impacto

---

que, em incumprimento da *LdC*, não tenha sido notificada; *(b)* quando uma decisão (expressa ou tácita) de não oposição se tenha fundado em informações falsas ou inexatas no que se refere a circunstâncias essenciais para a decisão e *(c)* quando se verifique o desrespeito, total ou parcial, de obrigações ou condições impostas. As situações previstas nas três alíneas do artigo 40.º, n.º 1, da *LdC* apresentam-se assaz diferentes entre si e apenas uma delas se relaciona com a promoção do controlo de concentrações.

Na verdade, em rigor, a *iniciativa oficiosa* de impor a submissão a controlo de uma operação de concentração verifica-se exclusivamente no caso previsto na alínea *a)*; conforme se determina no n.º 2 do mesmo preceito, na hipótese contemplada na citada alínea, a *Autoridade da Concorrência* “notifica as empresas em situação de incumprimento para que procedam à notificação da operação nos termos previstos na presente lei, num prazo razoável fixado pela Autoridade”.

Os outros dois casos de procedimento oficioso, a que se referem as alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 40.º, já nada têm a ver com a iniciativa para promover o controlo de concentrações; está aí em causa a promoção oficiosa de *procedimentos de revogação sancionatória de decisões de não oposição*: porque a decisão se baseia em informações falsas ou inexatas fornecidas pelos participantes da operação ou porque se verificou o desrespeito de “obrigações ou condições”.

Haverá oportunidade de voltar a este ponto e de chamar a atenção para o facto de, no domínio das concentrações comunitárias, o *Regulamento* prever a revogação sancionatória no caso de incumprimento de “obrigações”, e já não de “condições” – *cf. infra*.

58 Do mesmo modo que no direito alemão (Immenga & Mestmäcker, 2001: 1519), a notificação prévia não pode ser imposta coativamente pela *Autoridade da Concorrência* se a operação de concentração não for realizada. Mas, diferentemente do que ali sucede, há já lugar a uma coação administrativa (*Verwaltungszwang*) para impor a apresentação da notificação de uma operação de concentração efetuada – no direito alemão (como no direito da União Europeia), a “coação” para a apresentação de notificação de uma concentração já realizada decorre da imposição de uma coima e, sobretudo, de a lei estabelecer a ineficácia jurídica dos negócios que consubstanciam a concentração.

59 Recorde-se que a lei define em termos claros – recorrendo a critérios quantitativos – o universo das operações de concentração sujeitas a notificação e a controlo preventivo. Como já dissemos, a clareza dos critérios não exclui dúvidas de aplicação em certos casos.

da operação. Por isso mesmo, o facto de a *Autoridade* impor a apresentação de notificação mostra-se naturalmente compaginável com a emissão de uma decisão de não oposição<sup>60</sup>.

## 5. Desenvolvimento do procedimento

À semelhança do regime consagrado no *Regulamento das concentrações comunitárias* e ainda que com uma nomenclatura diferente<sup>61</sup>, o procedimento de controlo adotado pelo legislador português divide-se, *grosso modo*, em duas fases de apreciação da operação notificada, apresentado a segunda carácter meramente eventual.

### 5.1. Primeira fase: investigação sumária

A *Autoridade da Concorrência* dispõe de um prazo de 30 dias úteis para concluir a instrução do procedimento e a apreciação da notificação<sup>62</sup>.

Em atenção à referida estrutura do procedimento, a este período é atribuída frequentemente a designação de *primeira fase*. A mesma inicia-se com a produção dos efeitos da notificação prévia, evento que se verifica no momento do pagamento da taxa devida. No caso de a notificação apresentada se revelar incompleta ou inexata, a *Autoridade da Concorrência* tem o poder-dever de *convidar* os responsáveis a completar ou a corrigir a notificação no prazo que lhes fixar (artigo 32.º, n.º 2). Outra eventualidade que pode ocorrer é a de os responsáveis procederem à *alteração* da notificação apresentada (por iniciativa própria ou sugerida pela *Autoridade*): o n.º 2 do artigo 35.º da *LdC* alude a essas alterações.

60 Foi precisamente o que sucedeu nos casos seguintes, todos relacionados com notificações apresentadas na sequência de procedimento oficioso: processos Ccent. 80/2005; 13/2006; 30/2010.

61 Da lei portuguesa resulta que o procedimento de concentrações se inicia com a notificação e se desdobra em duas fases, uma primeira, de feição mais ligeira (que pode concluir-se com uma decisão de não oposição à concentração ou com a decisão de passar à fase seguinte), e uma segunda, eventual, de investigação aprofundada: a primeira fase integra já o procedimento, que pode concluir-se no fim da mesma ou desenvolver-se para uma segunda fase. Diferentemente, o *Regulamento* identifica como “início do processo” a *decisão da Comissão* tomada nesse sentido após, a “análise da notificação” [alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º]: a fase de “análise da notificação” (que se pode concluir como uma decisão de não oposição à concentração ou com a decisão de “dar início ao processo”) corresponde, assim, à primeira fase do procedimento definido na lei portuguesa. De resto, a doutrina refere-se à existência de duas fases no procedimento de controlo das concentrações comunitárias, acabando pois por conceber a “análise da notificação” como uma fase do procedimento.

62 Prazo contado nos termos do artigo 72.º do *CPA*, que pode ser suspenso em virtude da solicitação, pela *Autoridade da Concorrência*, de informações ou documentos adicionais ou a correção dos que foram fornecidos: cf. n.ºs 3 e 4 do artigo 34.º da *LdC*.

Durante esta primeira fase, bem como no decurso uma eventual fase subsequente de investigação aprofundada, a *Autoridade* goza dos poderes previstos nos artigos 17.º e 18.º da *LdC*: *poderes de inquérito e inspeção*, bem como de *solicitar às empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades a apresentação de documentos e a prestação de informações que se revelem necessárias*.

As decisões tomadas pela *Autoridade* ao abrigo destes poderes de supervisão seguem, nos termos do artigo 20.º da *LdC*, subsidiariamente, as regras previstas no *CPA* (*ex vi* artigo 30.º). Sempre que se manifeste necessário o fornecimento de informações ou documentos ou a correção daqueles que foram fornecidos, pode a *Autoridade*, de acordo com o artigo 34.º, n.º 4, comunicar tal circunstância aos autores da notificação, fixando-lhes um prazo para colmatar essas carências. Assiste-lhe, ainda, a faculdade de solicitar a quaisquer outras entidades, públicas ou privadas, as informações que considere convenientes para a decisão do processo (artigo 34.º, n.º 4).

A *LdC* enumera, no artigo 35.º, os desfechos possíveis da primeira fase.

Assim, sem contar com os casos em que a *Autoridade* conclui que a operação notificada não se reconduz à previsão legal das operações de concentração sujeitas a notificação – decisões de inaplicabilidade, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 35.º –<sup>63</sup>, são três os desfechos possíveis da primeira fase do procedimento.

Em *primeiro* lugar, pode a *Autoridade* emitir uma *decisão de não oposição* à concentração, nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 35.º. O juízo material em que esta decisão deverá assentar refere-se à insuscetibilidade de a operação, “tal como foi notificada ou na sequência de alterações introduzidas pelos autores”, “criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste”. A mera decisão de não oposição, no decurso da primeira fase, constitui, estatisticamente, a esmagadora maioria do universo de decisões sobre controlo de concentrações tomadas pela *Autoridade*<sup>64</sup>. De

---

63 Estatisticamente, de acordo com informação colhida no *site* da *Autoridade da Concorrência*, em 517 decisões tomadas em primeira fase, 42 foram no sentido da inaplicabilidade: *cf. www.autoridadeda.concorrencia.pt*.

64 A decisão de não oposição simples, não só constitui o desfecho mais frequente da primeira fase, como constitui mesmo a decisão mais frequentemente tomada pela *Autoridade da Concorrência*. No cômputo geral das 544 decisões tomadas pela *Autoridade* (primeira e segunda fase), 443 constituíram decisões de não oposição simples em primeira fase. A situação apresenta-se diferente na prática da Comissão, relativamente às concentrações de dimensão comunitária, em que as decisões de autorização simples se tornaram as menos frequentes: *cf. Berlin*, 2009: 269.

acordo com o n.º 3 do mesmo artigo, estas decisões podem ser acompanhadas da imposição de condições e/ou obrigações (decisões com compromissos)<sup>65</sup>.

A decisão de não oposição constitui um ato administrativo, sujeito ao dever de fundamentação e suscetível de impugnação judicial (*cf. infra*)<sup>66</sup>.

Aludindo agora a um *segundo* desfecho, relativo aos casos em que se esgota o prazo de que a *Autoridade* dispõe para tomar uma decisão. Neste caso, estabelece a *LdC* que “a ausência de decisão no prazo... vale como decisão de não oposição à operação de concentração” (artigo 35.º, n.º 4). A decisão de não oposição pode, por conseguinte, revelar-se expressa e formalmente, ou resultar, ficcionada ou tacitamente, do facto de se esgotar o prazo de que a *Autoridade da Concorrência* dispõe para decidir.

Um *terceiro e último* desfecho possível consiste, como sabemos, na decisão de iniciar uma fase de investigação aprofundada. Eis o que se verifica, conforme se dispõe na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 35.º, quando a *Autoridade* considera que a operação de concentração em causa é suscetível, à luz dos elementos recolhidos, de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo presentes os critérios legais (definidos no artigo 12.º). Ao contrário das outras duas, esta decisão não se qualifica como um *ato administrativo*, mas antes como *mera declaração administrativa* (sem o carácter de *regulação autoritária com efeitos jurídicos externos*): trata-se de uma *decisão intra-procedimental*, que esgota a sua eficácia jurídica dentro do procedimento administrativo e que, portanto, não atinge *direta* nem *indiretamente*, a esfera jurídica dos interessados<sup>67</sup>.

65 Tal sucedeu já por 16 vezes. Mais recentemente, por exemplo, nos processos Ccent 1/2008; 2/2008; 6/2008; 21/2008; 5/2010; 23/2010; 40/2010; 1/2001.

66 Apesar de algumas diferenças, na Alemanha, o controlo de concentrações também conhece duas fases, mas na lógica de que cada uma corresponde a um procedimento: o *procedimento prévio*, por um lado, e o *procedimento principal*, por outro. Pois bem, a doutrina entende que, em nenhum caso, o procedimento prévio (ou *pré-procedimento*) se conclui com um ato administrativo. A comunicação da autorização – comunicação que, nessa fase, não assume sequer carácter obrigatório –, se for feita, não constitui uma *decisão administrativa formal*, razão por que não se revela suscetível de impugnação judicial, nem se encontra sujeita ao dever de fundamentação. Do mesmo modo, o esgotamento do prazo do procedimento não gera qualquer decisão administrativa tácita ou ficcionada: *cf.* Immenga & Mestmäcker, 2001: 1528 e 1556; Rittner & Dreher, 2008: 616.

67 Posição idêntica é (compreensivelmente) adotada pela doutrina alemã, quanto à comunicação pelo *Bundeskartellamt* da decisão de passagem do procedimento prévio para o procedimento principal – entende-se que tal decisão não constitui um ato administrativo: *cf.* Immenga & Mestmäcker, 2001: 1530. Essa é também a inclinação da jurisprudência europeia a respeito da decisão da Comissão de “dar início ao processo” de controlo de concentrações: *cf.*, nesse sentido, o Despacho do Tribunal de Primeira Instância

Apesar de os desfechos possíveis serem, nos termos expressamente previstos na *LdC*, apenas os que ficam enunciados, num caso, aliás já referido no presente texto, a *Autoridade da Concorrência* emitiu uma decisão de oposição na primeira fase de apreciação: tratou-se de um caso particular que envolvia uma concentração de empresas do sector da comunicação social, para cuja apreciação, como sabemos, a *Autoridade* se encontrava vinculada em face de um *parecer prévio negativo* da *ERC*; dado que não poderia decidir em sentido diferente, não faria qualquer sentido avançar para a segunda fase do procedimento<sup>68</sup>.

### **5.2. Segunda fase (eventual): investigação aprofundada**

A ocorrência da fase de investigação aprofundada, de carácter eventual como se disse, resulta diretamente de uma decisão proferida, nesse sentido, a final da instrução<sup>69</sup>. Essa decisão será tomada quando a *Autoridade da Concorrência* considera “que a operação de concentração em causa é suscetível, à luz dos elementos recolhidos, de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, à luz dos critérios definidos no artigo 12.º”: cf. alínea *c*) do n.º 1 do artigo 35.º da *LdC*.

Caso decida dar início a esta fase, a *Autoridade* dispõe de um prazo de 90 dias, contados a partir da data da notificação prévia<sup>70</sup>, para “*proceder às diligências de investigação complementares que considere necessárias*”. Tais diligências processar-se-ão em termos semelhantes aos das diligências instrutórias iniciais.

---

(de inadmissibilidade de recurso), no caso *Schneider Electric/Comissão*, de 31/01/2006 (proc. T-48/03) onde se entendeu que a referida decisão constitui uma simples medida preparatória, tendo como único objetivo o início de uma instrução destinada a apurar os elementos que virão a permitir à Comissão, no fim deste processo, pronunciar-se em decisão final sobre a compatibilidade da operação com o mercado comum. Ainda que a mesma decisão determine o prolongamento da suspensão da operação, não pode ser considerada um ato desfavorável à recorrente, porque, além do mais, não determina, por si mesma, nenhuma obrigação de conduta que não seja já induzida pela notificação da operação de concentração na Comissão à iniciativa das empresas em causa.

68 Processo Ccent. 41/2009.

69 A prática portuguesa revela que, em regra, a *Autoridade da Concorrência* decide os procedimentos na primeira fase; na verdade, é relativamente reduzido o número de procedimentos que passou à segunda fase: 26.

70 Note-se que, inicialmente, o artigo 36.º da *LdC* previa um prazo de 90 dias contados a partir da decisão de dar início a esta segunda fase. A atual redação do preceito resultou da alteração feita pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro. Afigura-se, pois, que, em bom rigor, este prazo não se refere, propriamente, à duração máxima da segunda fase mas antes à duração máxima de todo o procedimento. Neste sentido, cf. Fonseca & Ferreira, 2009: 164. O prazo pode ser suspenso, embora a *LdC* estabeleça que as suspensões de prazo para solicitação de informações não podem exceder um total de 10 dias úteis.



Fundamentalmente, são duas as possíveis decisões que a *Autoridade* tomará na sequência de uma investigação aprofundada. À semelhança do que a *LdC* prevê para a primeira fase, também esta segunda fase poderá terminar com uma decisão de não oposição, tornando-se igualmente possível que a *Autoridade* faça acompanhar essa autorização de condições e/ou obrigações. O fundamento material em que deve assentar tal decisão reconduz-se fixado para a decisão análoga na primeira fase. Contudo, agora, caso entenda que a operação concentração “*cri[a] ou reforça uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste*”, a *Autoridade* deverá proibir a operação, assistindo-lhe ainda a faculdade de ordenar as “*medidas adequadas ao restabelecimento de uma concorrência efectiva*”, caso a operação já se tenha realizado<sup>71</sup>.

Por fim, merecem ainda breve referência outros desfechos do procedimento, como a retirada da notificação pelos seus autores (possível em qualquer destas duas fases) ou a remessa do processo para a Comissão Europeia.

## **6. Participação de interessados e articulação com outras autoridades**

Relativamente ao tema da participação no procedimento, importará, em primeiro lugar, referir o regime de *audiência dos interessados* consagrado na *LdC*. De acordo com o seu artigo 38.º, as decisões previstas nos artigos 35.º e 37.º devem ser precedidas de audiência dos autores da notificação e dos contrainteressados<sup>72</sup>. O primeiro grupo de beneficiários deste regime (autores da notificação) não representa qualquer novidade: trata-se dos principais destinatários dos efeitos das decisões finais, constituindo, assim, o núcleo de sujeitos cujo interesse merece inequívoca tutela em sede procedimental; correspondem, pois, ao círculo dos *interessados obrigatórios*, aos quais, nos termos do *CPA*, é necessariamente facultado este direito de audiência<sup>73</sup>.

Já a configuração do segundo grupo de titulares deste direito justifica particular atenção. Não pelo facto de apenas se conceder a audiência aos contrainteressados, isto é, aos sujeitos cujo interesse se opõe à satisfação da pretensão dos requerentes. Na verdade, nos procedimentos de controlo de concentra-

71 Foi o que sucedeu, por exemplo, no caso Ccent. 12/2009.

72 Não existe, contudo, a obrigação de facultar audiência aos autores da notificação quando se trate de decisões de não oposição simples, tomadas quer na primeira quer na segunda fase do procedimento, desde que não haja contrainteressados (cf. artigo 38.º, n.º 2).

73 Sobre o conceito de “interessados obrigatórios”, cf. Oliveira, Gonçalves & Amorim, 1997: 271.

ção, os *interesses concorrentes* consistirão, por regra, numa posição oposta à dos autores da notificação. O que suscita em especial a nossa atenção reside na circunstância de o n.º 3 do mesmo artigo definir como “contra-interessados” aqueles que, *simplesmente*, “se tenham manifestado desfavoravelmente quanto à realização da operação”. A fórmula legal ignora, por completo, a posição jurídica material do sujeito face à decisão a que o procedimento conduz. O mesmo é dizer que, contrariamente ao regime geral, para obter a qualidade de contrainteressado e, conseqüentemente, o benefício da audiência prévia, se dispensa a *legitimidade procedimental* tal como a mesma surge concebida no CPA, afigurando-se suficiente uma qualquer participação no procedimento<sup>74</sup>.

Também no regime da União Europeia, as decisões da Comissão encontram-se, nos termos do *Regulamento das concentrações comunitárias*, sujeitas a uma “audição das partes e de terceiros”. Com efeito, de acordo com o artigo 18.º do *Regulamento*, a Comissão deve dar oportunidade de pronúncia às pessoas, empresas e associações *em causa*<sup>75</sup>. Contudo, no que concerne a *terceiros*, o *Regulamento* exige que estes compromem um “*interesse suficiente*”<sup>76</sup>, requisito próximo da legitimidade procedimental<sup>77</sup>, pressuposta no conceito de *interesses* do CPA (Oliveira, Gonçalves & Amorim, 1997: 271).

No que respeita ao *direito de informação* das partes ou de terceiros no âmbito do procedimento, a *LdC* é omissa<sup>78</sup>; nos termos gerais, aplicam-se,

---

74 Igualmente em sentido crítico, cf. Fonseca & Ferreira, 2009: 168.

75 O *Regulamento* não define quem são estes sujeitos *em causa*. De acordo com artigo 13.º, n.º 2, do *Regulamento de execução*, a Comissão dá oportunidade para se pronunciarem (i) às partes notificantes e (ii) a outros interessados. De acordo com o artigo 11.º, alínea b), desse mesmo Regulamento, este segundo grupo de sujeitos é integrado pelas «*partes no projecto de notificação que não as partes notificantes, tais como o vendedor ou a empresa objecto da concentração*».

76 Será, de acordo com o próprio n.º 4 do artigo 18.º do *Regulamento*, desde logo, o caso dos membros dos órgãos de direcção ou de fiscalização e dos representantes reconhecidos dos trabalhadores das empresas em causa. A qualificação de determinada organização como *representantes reconhecidos dos trabalhadores das empresas em causa* cabe ao direito nacional (Cook & Kerse, 2009: 178). O artigo 11.º, alínea c), do *Regulamento de execução* inclui ainda neste círculo de sujeitos, exemplificativamente, as associações de consumidores, sempre que a concentração projetada diga respeito a produtos ou serviços utilizados por consumidores finais.

77 Como observa Schulte 2010: 567, o interesse suficiente é equiparado a um interesse económico na concentração que se verifica, em especial, em relação aos clientes, concorrentes e fornecedores das empresas participantes.

78 No direito da União Europeia, o “acesso ao processo” é disciplinado no *Regulamento de execução* (artigo 17.º), excluindo do mesmo as “informações confidenciais e os documentos internos da Comissão ou das autoridades nacionais competentes.

neste contexto, as disposições do *CPA* sobre o direito à informação procedimental (artigos 61.º e segs.).

Um aspeto de grande relevo na instrução do procedimento prende-se com a exigência específica de colaboração entre a *Autoridade da Concorrência* e autoridades de regulação sectorial, sempre que a operação de concentração tenha incidência num mercado objeto de regulação sectorial. Nesta eventualidade, a autoridade reguladora sectorial tem de ser chamada a pronunciar-se, nos termos do artigo 39.º, n.º 1, da *LdC*. Embora este preceito não atribua qualquer designação a essa pronúncia, trata-se, naturalmente de um *parecer*, que, no caso, é *obrigatório*, e, em regra, não vinculativo. Contudo, no caso particular de serem participantes na operação empresas jornalísticas ou noticiosas, nas decisões da *Autoridade* o parecer da *Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)* assumir-se-á já como *vinculativo*, quando *negativo*; nos termos da lei, a *ERC* deve pronunciar-se em sentido desfavorável à concentração “*quando estiver comprovadamente em causa a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião*” (cf. artigo 4.º, n.º 4 da Lei n.º 2/99 – *Lei de Imprensa* –, na redação conferida, aliás, pelo artigo 57.º da *LdC*)<sup>79</sup>.

## PARTE II – DECISÕES FINAIS DO PROCEDIMENTO DE CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

Sabemos já que, salvo caso de desistência ou de decisão que se pronuncie sobre qualquer questão que obste ao seu desenvolvimento normal – *v.g.*, decisão sobre a ilegitimidade das partes notificantes, nos termos do artigo 83.º do *CPA* ou determinando que a operação não se encontra abrangida pela obrigação de notificação prévia, nos termos do artigo 35.º, n.º 1, alínea *a*), da *LdC* –, o procedimento de controlo de concentrações conclui-se com uma *decisão de fundo*,

79 Este último mecanismo foi determinante num caso – Processo Ccent. 41/2009 –, em cujo âmbito a *ERC* emitiu um parecer negativo, entendendo que, com a operação projetada, a *Ongoing* ficaria em posição de “afectar a diversidade e o pluralismo em áreas tão relevantes como a da televisão, do mercado de trabalho dos jornalistas e restantes profissionais da comunicação social, da publicidade televisiva e da produção de conteúdos”, notando ainda que, da operação de concentração projetada, resultaria “uma maior uniformidade de conteúdos nos dois canais privados de televisão após a operação”; cf. Parecer do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social sobre a operação de concentração relativa ao Grupo Media Capital (Deliberação 1/PAR-ERC/2010), p. 18.

pela qual a *Autoridade da Concorrência* se pronuncia sobre a admissibilidade da operação de concentração notificada.

Numa formulação simplificada, embora porventura enganosa, poderia dizer-se que o desfecho do procedimento consiste, ou numa *autorização* ou numa *proibição*: a autorização (“não oposição”) pode ter lugar em qualquer das duas fases, enquanto a proibição apenas pode ser determinada na segunda fase do procedimento.

### 1. Decisão de não oposição

A *LdC* alude às decisões da *Autoridade da Concorrência* “de não se opor à operação de concentração” – artigos 35.º, n.º 1, alínea *a)*, e 37.º, n.º 1, alínea *a)* –, bem como, nos mesmos termos, às decisões “de não oposição à realização da operação de concentração” – artigos 35.º, n.º 4, e 37.º, n.º 3, e 38.º, n.º 2. Por vezes, a doutrina refere-se, neste contexto, a uma decisão de não oposição ou autorização “pura e simples”, pretendendo assim distingui-la das decisões acompanhadas de condições ou obrigações (Decocq & Decocq, 2010: 285).

*Decisão de não oposição* é, por conseguinte, a designação que a lei atribui ao ato administrativo através do qual a *Autoridade da Concorrência* permite, autoriza ou admite a realização de uma operação de concentração. De resto, mais do que uma vez, a *LdC* reporta-se expressamente ao conceito de autorização: no n.º 2 do artigo 11.º estabelece que “a validade de qualquer negócio realizado em desrespeito pelo disposto na presente secção depende de *autorização* expressa ou tácita da operação de concentração”; por outro lado, em termos talvez ainda mais expressivos, por pressupor a dicotomia entre autorização e proibição (em contraste com o n.º 4), o n.º 3 do artigo 12.º determina que “serão *autorizadas* as operações de concentração que (...)”, referindo-se o n.º 5 do mesmo preceito à “*decisão que autoriza* uma operação de concentração”.

Nestes termos, *não oposição* é apenas uma outra forma de dizer *autorização*: trata-se, com efeito, de um ato administrativo praticado no seio de um procedimento de controlo preventivo que legitima o exercício de um direito subjetivo previamente existente na esfera do destinatário.

A competência para a decisão de não oposição ou de autorização de uma concentração cabe, em primeira linha, à *Autoridade da Concorrência*. Mas a mesma competência cabe também, nos termos da lei do artigo 34.º dos *Estatutos da Autoridade da Concorrência*, ao membro do Governo responsável pela área da economia, o qual, pode, mediante decisão fundamentada, “autorizar uma operação de concentração proibida por decisão da Autoridade”, na

sequência de recurso para o efeito interposto pelos autores da notificação – sobre este *recurso extraordinário*, *cf.*, *infra*, ponto 5.

A autorização ou decisão de não oposição, quando proveniente da *Autoridade da Concorrência*, pode revelar-se de forma *expressa* ou *tácita* – nos termos da *LdC*, a ausência de decisão expressa no prazo de duração de qualquer das fases do procedimento “vale como decisão de não oposição à realização da operação” (artigos 35.º, n.º 4, e 37.º, n.º 3). Quer isto dizer que a inércia administrativa origina uma *autorização tácita* ou *ficcionalada*<sup>80</sup>.

Embora não exista uma exigência legal estrita de *fundamentação* da decisão da *Autoridade da Concorrência* de não oposição sem condições e/ou obrigações (que não consta da *LdC*, nem decorre do *CPA*, o qual só exige a fundamentação de certos atos administrativos)<sup>81</sup>, deve entender-se que essa exigência se positiva quando tenham participado no procedimento *contrainteressados* (para os quais aquela decisão se revela desfavorável). Independentemente disso, por razões de transparência, de publicidade e de tutela dos direitos de terceiros, é desejável que a *Autoridade da Concorrência* se esforce por apresentar fundamentos para todas as decisões que adote<sup>82</sup>.

## 2. Decisão de proibição

O procedimento de controlo de concentrações pode ter como desfecho uma decisão de proibição de concentração (que só pode ser tomada na segunda fase, após investigação aprofundada)<sup>83</sup>. A decisão de proibição consubstancia

80 No direito alemão, sobre a *Freigabefiktion* – ficção de autorização em consequência do decurso do prazo de decisão do procedimento –, *cf.* Immenga & Mestmäcker, 2001: 1535. A ficção de autorização também existe no direito da União Europeia: o *Regulamento das concentrações comunitárias* estabelece, no artigo 10.º, n.º 6, que, na ausência de decisão da Comissão no prazo de que dispõe para o efeito, “presumir-se-á que a concentração é declarada compatível com o mercado comum”.

81 Estamos a aludir à decisão de não oposição da *Autoridade da Concorrência*. Outro tanto já não vale quanto às decisões de autorização do membro do Governo responsável pela área de economia que, nos termos do artigo 34.º, n.º 1, dos *Estatutos da Autoridade da Concorrência*, têm de ser fundamentadas; de resto, nesse caso, a exigência de fundamentação impor-se-ia sempre, nos termos do artigo 124.º, n.º 1, alínea b), do *CPA*.

82 Na Alemanha, são as exigências de publicidade, de transparência e de proteção jurídica de terceiros a ditar a formalização da decisão de autorização (*Freigabe*) e a respetiva qualificação como ato administrativo: *cf.* Immenga & Mestmäcker, 2001: 1534, adiantando que o respeito por aquelas exigências se encontra de algum modo posto em causa pelo facto de a autoridade competente ter um direito de escolha entre tomar uma decisão expressa de autorização ou não decidir dentro do prazo de que dispõe, o que origina uma autorização ficcionalada: *cf.*, neste mesmo sentido, Schulte, 2010: 89.

83 A decisão de proibição foi tomada pela *Autoridade da Concorrência* em apenas quatro casos: processos Ccent n.ºs 37/2004; 45/2004; 22/2005; 12/2009.

o exercício de um *poder de veto* à realização da operação pretendida (Ari Sunfeld, 2003: 64).

Em geral, os procedimentos de controlo de tipo autorizativo, como é o caso do procedimento de controlo de concentrações, terminam com uma decisão de autorização (deferimento) ou com uma decisão de indeferimento (não autorização). Pois bem, diferentemente, no caso que nos ocupa, a dicotomia processa-se, nos termos da lei, entre *autorização e proibição*<sup>84</sup>.

Contudo, e não obstante a designação legal sugerir coisa diversa, afigura-se-nos que a proibição não é exatamente, como em geral sucede com os atos administrativos de proibição, uma decisão de efeitos jurídicos positivos – imposição de uma *obrigação de não fazer* –, mas sim uma *decisão de efeitos negativos*, com o sentido exato de um ato administrativo de indeferimento. A proibição não é, em rigor, determinada, com efeitos constitutivos, pela *Autoridade da Concorrência*, mas antes pela lei: no exercício do seu poder de apreciação, a *Autoridade* pronuncia-se no sentido de que, por preencher os pressupostos de uma proibição legal, a operação de concentração projetada não pode realizar-se. *Hoc sensu*, a eventual realização de uma operação de concentração que tenha sido proibida pela *Autoridade* não representa uma *desobediência* a um comando administrativo, mas tão-somente a violação de uma proibição legal<sup>85</sup>. Por outro lado, em termos de reação jurisdicional – e tendo presente a dicotomia entre impugnação e condenação à prática de ato administrativo devido –, o pedido adequado deveria ser o de *condenação à prática de ato devido* e não o de *impugnação* da decisão de proibição, mas a lei parece apontar noutro sentido (sobre isto, *cf. infra*, ponto 5); ainda neste domínio, as eventuais medidas cautelares destinadas a assegurar o efeito útil de uma sentença que venha a anular a decisão de proibição, para produzirem efeitos úteis na esfera jurídica do autor, terão necessariamente carácter ante-

---

84 O *Regulamento das concentrações comunitárias* distingue entre decisão (da Comissão) de declarar a concentração compatível com o mercado comum e decisão de declarar a concentração incompatível com o mercado comum; no direito alemão, o ato negativo diz-se *decisão de proibição (Untersagungsverfügung)*: *cf.* Schulte, 2010: 90; Immenga & Mestmäcker, 2001: 1227; no direito francês, a lei refere-se a proibição ou interdição (*interdiction*): *cf.* Decocq & Decocq, 2010: 255.

85 Ainda assim, não pelo facto de consistir numa proibição, mas antes por se tratar de uma decisão que não autorizou uma determinada operação, segue-se, neste caso, a nulidade dos negócios jurídicos que concretizam a operação em concreto proibida. Mas, como vimos na Introdução, esse também nos parece a consequência de qualquer operação de concentração “contra a concorrência”, ainda que esteja em causa apenas a infração da proibição legal.

cipatório (medidas de efeito conservatório, como a suspensão de eficácia da decisão, limitar-se-iam a manter a proibição/indeferimento).

O caso já apresenta uma outra feição quando a decisão de proibição é tomada em relação a uma operação de concentração já realizada: agora, haverá um ato de efeitos positivos, consistente na *ordem de dissolução da concentração*: cf. artigo 37.º, n.º 1, alínea b), da *LdC*.

Os negócios que consubstanciem uma operação de concentração realizada contra a proibição imposta pela *Autoridade* constituem atos *ilícitos contraordenacionais* – sancionados com a coima prevista no artigo 43.º, n.º 1, alínea b), da *LdC* – e, no plano da validade, são *negócios jurídicos nulos* – nos termos do artigo 41.º, alínea a) da *LdC*.

Uma questão que se suscita neste âmbito com grande interesse consiste em saber se a decisão de proibição se apresenta como uma decisão de *ultima ratio*, no sentido de que só pode ser tomada pela *Autoridade da Concorrência* se não forem viáveis outras medidas menos agressivas (à luz do princípio da proporcionalidade). Trata-se de uma questão que, naturalmente, só se pode equacionar pelo facto de, nos termos da lei, o poder de decisão da *Autoridade* não se encontrar estritamente balizado por uma dicotomia entre *não oposição* e *proibição*. Na verdade, existe, como terceira possibilidade, a *decisão de não oposição com condições e/ou obrigações*.

### 3. Decisão de não oposição com condições e obrigações

Acabámos de antecipar que as decisões da *Autoridade da Concorrência* em matéria de controlo das concentrações não se resumem à alternativa entre *não oposição pura e simples* e *proibição* (Papandropoulos & Tajana, 2006: 443)

De facto, a lei admite uma terceira possibilidade, abrindo a porta à adoção de medidas destinadas a compatibilizar operações de concentração com os padrões materiais consagrados na *LdC*. Essas medidas permitem, pois, *evitar* a proibição de uma concentração; este efeito seria inevitável sem tais medidas, às quais, por isso mesmo, se atribui, frequentemente, a designação de “remédios”. Em geral, este termo descreve as *medidas corretivas* adotadas em *reação* a um comportamento ilegal; todavia, dado o carácter profilático, não retrospectivo, do procedimento de controlo das concentrações, as medidas de correção assumem, neste contexto, uma função preventiva.

O tema dos “remédios” transporta-nos assim para a análise das “decisões de não oposição com condições e/ou obrigações”, uma vez que a oposição de

“condições” e “obrigações” nas cláusulas das decisões de não oposição é precisamente o meio técnico de impor medidas corretivas ou remédios.

Assim, nos termos dos artigos 35.º, n.º 3, e 37.º n.º 2, da *LdC*, tanto na primeira como na segunda fase, as decisões de não oposição “*podem ser acompanhadas da imposição de condições e obrigações*”.

### 3.1. *Natureza jurídica das condições e obrigações*

Um primeiro aspeto que se impõe considerar é o da natureza jurídica das condições e obrigações; questão à qual se associa a de saber se a decisão com condições e obrigações constitui um terceiro tipo de decisão ou uma mera variante das decisões de não oposição.

Do ponto de vista jus-administrativista, diremos que a distinção entre a decisão de *não oposição* e de *proibição* toma por critério o sentido do seu *conteúdo principal*. O conteúdo *principal* de um ato administrativo refere-se aos efeitos jurídicos *típicos* que o mesmo produz e que permitem reconduzi-lo a uma categoria determinada. No contexto em análise, tais efeitos consistem, numa primeira abordagem, em produzir o efeito típico de autorizar o destinatário do ato a realizar a operação de concentração notificada ou em recusar (indeferir) a produção desse efeito autorizativo. É, pois, nesta dualidade de efeitos que consiste a regulação *principal* prevista pelo legislador na *LdC*, o que nos reconduz à dualidade entre decisões de não oposição e decisões de proibição.

Existem, todavia, situações de facto que reclamam uma disciplina jurídica que não se coaduna com o conteúdo típico previsto. Nesses casos, o conteúdo *principal* da decisão administrativa (a não oposição ou autorização) necessita de ser complementado por um conteúdo *acessório* que confira à regulação instituída uma maior capacidade de ajustamento à situação concreta. Tal conteúdo suplementar resulta da aposição ou da junção de determinadas cláusulas aos elementos ou cláusulas principais ou típicas da decisão: por não contribuírem para a determinação do tipo de ato, estas últimas dizem-se *cláusulas acessórias*. De uma forma geral, o artigo 121.º do *CPA*, acolhendo expressamente a possibilidade de aposição de cláusulas desta natureza, dispõe que “*os actos administrativos podem ser sujeitos a condição, termo ou modo, desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o acto se destina*”.

Ora, a questão que importa colocar agora consiste em saber se será também acessória a natureza das cláusulas que a *Autoridade da Concorrência* é autorizada a incluir nas suas decisões de não oposição: tais decisões, diz a lei, “*podem ser acompanhadas da imposição de condições e obrigações*”.



Importa começar por reconhecer que se afigura tentadora a tese que configura as condições e obrigações como *cláusulas acessórias*: nesse sentido aponta a nomenclatura – “condição” é um *nomen* imediatamente associado ao elemento acessório de um ato jurídico –, a inclinação da doutrina, nacional (Mendes Pereira, 2011) e, sobretudo, estrangeira<sup>86</sup>, bem como a percepção intuitiva de um modelo de decisões que se baseia na dicotomia entre autorizar ou proibir, com a mera variante de a autorização poder surgir “condicionada”.

Reconhecendo isso, propendemos contudo para propor uma interpretação que se afasta desse consenso generalizado e que recusa considerar as “condições e obrigações” cláusulas acessórias do ato administrativo de não oposição.

Na nossa compreensão, as condições e obrigações constituem cláusulas ou elementos do conteúdo principal da designada “decisão de não oposição com condições e obrigações”. Como temos vindo a sugerir, o sistema de decisões administrativas em matéria de controlo de concentrações não é binário, mas ternário – são efetivamente três as decisões possíveis: *não oposição*, *proibição* e *não oposição com condições e obrigações*. Esta última não se apresenta como uma decisão de não oposição com um conteúdo acessório, consistente em condições e obrigações, mas antes como um tipo novo de decisão, que inclui como elementos típicos do seu conteúdo principal a não oposição à operação de concentração (autorização) e a imposição de “remédios”, quer dizer, de condições e obrigações. Na lógica do sistema, a não oposição não poderia sobreviver isolada, sem os remédios<sup>87</sup>: existe, portanto, uma *associação intrínseca e indissolúvel* entre o conteúdo da decisão reportado à não oposição e o conteúdo que se reporta às condições e obrigações. De resto, veremos que a legitimidade das condições e obrigações radica na ideia de que, sem as mesmas, se imporá a decisão de proibição da operação (proporcionalidade dos remédios), circunstância que reforça em termos definitivos a conceção de que se trata de elementos do conteúdo principal, agora imprescindíveis para assegurar a legalidade da decisão de não oposição.

86 Com fundamento no disposto no n.º 3 do § 40 da GWB (“Die Freigabe kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden”), sem exceções, toda a doutrina alemã considera as “condições” e “obrigações” (encargos modais) apostas às decisões de autorização como cláusulas acessórias de um acto administrativo: cf. Herfarth, 2004: 584; Kappes, 2002: 13; Langen & Bunte, 2010: 960; Schulte, 2010: 194; Immenga & Mestmäcker, 2001: 1539.

87 Tem de se reconhecer a dificuldade em conceber como *acessória* a cláusula do ato administrativo de autorização que se apresenta *imprescindível* para a constituição do efeito autorizativo, no sentido em que o sistema não admite a constituição deste efeito na falta daquela cláusula.

Retomando o tópico da associação intrínseca e indissolúvel entre o segmento da não oposição e o segmento das condições e obrigações, cumpre ter presente que, nos termos da *LdC*, as condições e obrigações só *podem* ser apostas com uma finalidade específica: “garantir os compromissos assumidos pelos autores da notificação”. Surge agora um novo conceito – *compromisso* –, a introduzir uma nota que, em qualquer caso, afastaria as “condições e obrigações” das cláusulas acessórias.

O compromisso parece consistir, rigorosamente, numa declaração (unilateral) da empresa interessada, mediante a qual esta se obriga, perante a *Autoridade*, a adotar determinada conduta positiva ou negativa (Uhlig, 1996: 179); traduz-se, assim, na sua vinculação a uma medida, visando a compatibilização da operação com os padrões materiais impostos pela lei e, conseqüentemente, a obtenção de uma decisão de não oposição. Apenas dentro do perímetro desta figura do compromisso impulsionado pelo requerente e com vista a garantir o seu cumprimento, a *Autoridade* poderá emitir uma decisão final de não oposição – naturalmente, se reconhecer a aptidão das medidas propostas para afastar as suas preocupações jus-concorrenciais.

Verifica-se assim uma *conexão funcional* entre compromissos, por um lado, e condições e obrigações, por outro, a demonstrar que estas últimas não resultam de uma determinação unilateral da *Autoridade da Concorrência*, mas antes de uma oferta ou proposta de compromissos apresentada pelos autores da notificação. As “condições e obrigações” que constam da decisão de não oposição desempenham assim uma “função de garantia” (*Gewährleistungsfunktion*), dado que às mesmas preside o objetivo de assegurar e impor juridicamente o cumprimento de “condições e obrigações” propostas pelos autores da notificação e pelos mesmos assumidas<sup>88-89</sup>. Os compromissos não constituem meras *sugestões* dos interessados, que a *Autoridade da Concorrência* pode, ou não, ter em consideração; trata-se, em vez disso, de propostas que se destinam a constituir uma *parte integrante da decisão*: numa fórmula recorrente, a respeito dos compromissos propostos no âmbito das concentrações

---

88 Em relação ao direito da União Europeia, sobre esta função de garantia das condições e obrigações nas decisões da Comissão, cf. Haarmann, 2005: 133.

89 A necessidade de garantir o cumprimento dos compromissos decorre de estarem em causa obrigações que os interessados devem executar após a decisão de não oposição; uma situação diferente, que já não reclama qualquer garantia desse tipo, verifica-se nos casos em que os interessados efetuam determinadas operações para afastar as preocupações de concorrência ainda antes da decisão de não oposição; distinguindo entre as *Vorfristzusagen* e as *Nachfristzusagen*, cf. Schulte, 2010: 189; Immenga & Mestmäcker, 2001: 1546.

comunitárias, mas que se apresenta válida no direito português, “*the commitments are attached to th[e] decision and form an integral part thereof*” (Berlin, 2009: 287).

O modelo adotado pressupõe assim uma transmutação dos compromissos propostos pelas partes, os quais, se e quando aceites pelo órgão competente, são *transformados* em cláusulas de uma decisão administrativa, tornam-se obrigatórios, e perdem a sua autonomia enquanto declarações unilaterais dos autores da notificação.

A decisão de não oposição com condições e obrigações não consubstancia, pois, uma não oposição com cláusulas acessórias, mas um terceiro tipo de decisão que a *Autoridade da Concorrência* pode adotar: uma *decisão de efeitos mistos* ou *duplos*, posto que acolhe, como momentos do seu “conteúdo principal”, um *efeito autorizativo* e um *efeito impositivo*. A dinâmica de determinação deste *efeito impositivo* permite integrar a decisão de não oposição com condições e obrigações numa particular categoria de atos administrativos: os “actos administrativos de imposição de compromissos”<sup>90</sup>. Numa palavra, a decisão de que nos vimos ocupando conjuga, em uma *figura unitária*, uma autorização e uma decisão sobre compromissos.

A tese que aqui se sustenta, de considerar que as condições e obrigações apostas nas decisões de não oposição não são cláusulas acessórias, reclama dois esclarecimentos complementares.

Assim, em primeiro lugar, sublinha-se que as condições e obrigações não têm aquela natureza quando se destinem a garantir o cumprimento de compromissos; mas isso já não exclui liminarmente que a *Autoridade da Concor-*

90 O direito da União Europeia ilustra a figura dos “atos administrativos de imposição de compromissos” em outros dois casos.

Por um lado, no artigo 9.º do *Regulamento (CE) n.º 1/2003*, relativo à execução das regras da concorrência: com a epígrafe «Compromissos», estabelece-se no n.º 1 daquele preceito que, “quando a Comissão tencione aprovar uma decisão que exija a cessação de uma infração e as empresas em causa assumirem compromissos susceptíveis de dar resposta às objecções expressas pela Comissão na sua apreciação preliminar, esta pode, mediante decisão, tornar estes compromissos obrigatórios para as empresas”; sobre estes atos, cf. Lang, 2003: 347; Schweitzer, 2008. Neste caso, a decisão de imposição de compromissos apresenta um conteúdo uniforme e não misto, uma vez que o sentido da mesma é apenas o de tornar os compromissos obrigatórios, evitando assim – num juízo discricionário da Comissão – a adoção ou a continuação de um procedimento de verificação da infração, nos termos do artigo 7.º do mesmo *Regulamento*.

Por outro lado, e mais próximo do modelo de decisão que analisamos no presente texto, o artigo 7.º, n.º 4, do *Regulamento CE n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE*, sobre auxílios de Estado, estabelece que “a Comissão pode acompanhar a sua decisão positiva de condições que lhe permitam considerar o auxílio compatível com o mercado comum e de obrigações que lhe permitam controlar o cumprimento da decisão, adiante designada «decisão condicional»”; sobre estas decisões, cf. Haarman, 2005: 65.

*rência* não possa agregar a uma decisão de não oposição “verdadeiras” cláusulas acessórias – condições, termos, modos<sup>91</sup> – com fundamento no artigo 121.º do *CPA* e nos princípios gerais de direito administrativo: ponto é, naturalmente, que tais cláusulas não sejam “contrári[a]s à lei ou ao fim a que o acto se destina” e não imponham condutas que a *Autoridade* apenas pode determinar sob proposta (de compromissos) dos autores da notificação (limite que afasta a possibilidade de oposição de *condições potestativas*).

Em segundo lugar, recordando que as condições e obrigações incorporadas na decisão representam a *transformação* de compromissos propostos pelos interessados, não surpreende, apesar disso, que as mesmas possam ter semelhanças concetuais e até de regime jurídico com as condições e as obrigações enquanto cláusulas acessórias: eis que explica que, no direito da União Europeia, se prevejam consequências diversas no caso de incumprimento de condições ou de obrigações.

### 3.2. *Questão da distinção entre condições e obrigações*

À semelhança do que sucede no direito comunitário, a *LdC* não estabelece qualquer critério ou orientação que permita distinguir entre *condições* e *obrigações*<sup>92</sup>. Apesar dessa identidade, existe, porém, uma diferença essencial entre o regime da *LdC* e o regime do *Regulamento das concentrações comunitárias*: neste, ao contrário daquela, estabelecem-se consequências diferentes para o caso de incumprimento de condições e de obrigações. Na verdade, sem prejuízo de, nos dois casos, o incumprimento dar origem a uma coima [artigo 14.º, n.º 2, alínea *d*), do *Regulamento*, e artigo 43.º, n.º 1, alínea *d*) da *LdC*], enquanto a *LdC*, sem distinguir e sem nada acrescentar, remete para um procedimento oficioso a reação da *Autoridade* ao “desrespeito ... de obrigações ou condições”, o *Regulamento* atribui à Comissão o poder de revogar a decisão quando as empresas “não respeitarem uma *obrigação* que acompanha a decisão” [artigo 8.º, n.º 6, alínea *b*)]; não se estabelecem no *Regulamento* as consequências do incumprimento de uma *condição*, pressupondo-se que o facto

91 Além dessas cláusulas, referidas no artigo 121.º do *CPA*, há ainda a *reserva* (de revogação, de modificação ou de modo); sobre esta, *cf.* Oliveira, Gonçalves & Amorim, 1997: 571; Urbano Calvão, 2008a: 251. Temos dúvidas de que a reserva possa ser aposta em decisões de não oposição, incluindo aí as reservas de modificação de condições e obrigações (cláusulas de reexame): *cf.*, *infra*, ponto 3.6.

92 Alguma doutrina desvaloriza a distinção: *cf.* Decocq & Decocq, 2010: 286; Cot & La Laurencie, 2003: 424; outros autores, sobretudo na Alemanha, aludem à exigência de uma distinção clara entre condições e obrigações: *cf.* Haarmann, 2005: 135.

gera automaticamente a ineficácia da decisão autorizativa (caducidade)<sup>93</sup>. Quer dizer, o *Regulamento* adota uma distinção de regime, quanto ao incumprimento, entre condições e obrigações que apela para uma disciplina ajustada à concessão geral desses elementos enquanto cláusulas acessórias: a condição interfere com a eficácia da decisão, a obrigação associa-se ao poder de revogação. Veja-se, ainda assim, que, apesar disso, o *Regulamento* não se ajusta completamente a essa concessão, porquanto prevê a possibilidade de coima não só para o incumprimento de obrigações, mas também para o incumprimento (desrespeito) de condições<sup>94</sup>.

Pois bem, a *LdC* não estabelece qualquer distinção de regime entre condições e obrigações: ambos os termos se associam aos compromissos assumidos pelos autores da notificação, mas nada na lei permite supor uma distinção daquele tipo.

Na nossa interpretação, a *LdC* adota a solução correta – neste ponto, mais correta do que a do *Regulamento* ou do que a da *GWB*. De facto, a sugestão segundo a qual a condição, ao contrário do modo, interfere com a eficácia e que o modo, ao invés da condição, pode dar lugar a uma revogação, revela-se totalmente desadequada no contexto em referência. O que está em causa é, nos dois casos, a migração para um ato administrativo de compromissos (obrigações e condições) assumidos pelos autores da notificação; essa migração efetua-se para realizar uma função de garantia, quer dizer, com o fim de garantir que os compromissos são cumpridos; a migração confere carácter obrigatório aos compromissos propostos. Ora, este *efeito impositivo* da decisão de não oposição com condições e obrigações produz-se nos mesmos termos quer em relação a obrigações, quer em relação a condições<sup>95</sup>. Numa palavra, não vemos razão para, em abstrato, distinguir um regime jurídico das condições e um outro das obrigações. Nos dois casos, trata-se de elementos da decisão que tornam obrigatório o cumprimento de um compromisso. Cabe à *Autoridade da Concorrência* promover, em cada hipótese, a resposta mais adequada para o desrespeito de compromissos.

---

93 É este o entendimento da Comissão Europeia, nos termos de cuja comunicação sobre medidas de correção, “a decisão de compatibilidade deixa de ser aplicável” – n.º 20 da *Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção*.

94 Sobre estes aspetos do regime do *Regulamento*, em termos parcialmente críticos, cf. Berlin, 2009: 288.

95 É precisamente por isso que o *Regulamento* concebe o desrespeito de condições e autoriza a respetiva “punição”.

### 3.3. *Requisitos jurídicos das condições e obrigações*

As condições e obrigações impostas pela *Autoridade da Concorrência* devem cumprir determinados requisitos jurídicos, nos domínios do respeito do princípio da proporcionalidade e da sua própria viabilidade ou exequibilidade.

#### a) *Proporcionalidade*

Apesar de terem origem em propostas (de *compromissos*) apresentadas pelos autores da notificação, as condições e obrigações têm de ser *necessárias, adequadas e proporcionais*<sup>96</sup>.

Desde logo, e em primeiro lugar, as condições e obrigações e, por conseguinte, os compromissos, devem ser *necessários* para *evitar* a decisão de proibição. Além de um dever de analisar compromissos e de os aceitar sempre que os mesmos afastem as preocupações de concorrência, a *Autoridade da Concorrência* só pode impor condições e obrigações (e portanto aceitar compromissos) como uma medida de menor agressividade do que a que teria de aplicar sem tais restrições (Haarman, 2005: 187). Também no direito português vale a posição da doutrina alemã segundo a qual “as condições e obrigações apenas são admitidas quando, sem elas, a operação de concentração deva ser recusada”<sup>97</sup>.

Por outro lado, as condições e obrigações devem revelar-se adequadas para afastar as preocupações jus-concorrenciais da *Autoridade da Concorrência*. Como se diz na *Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção*, numa formulação que se aplica nos mesmos termos, “se as partes não apresentarem uma proposta válida de medidas de correção adequadas para eliminar as preocupações de concorrência, não restará outra alternativa à [*Autoridade da Concorrência*] senão a de adotar uma decisão de proibição”.

Se a *Autoridade da Concorrência* não deve (não pode) aceitar compromissos insuficientes, também não deve aceitar compromissos excessivos e convertê-

96 Sobre a incidência do princípio da proporcionalidade neste âmbito: Haarman, 2005: 184; Immenga & Mestmäcker, 2001: 1533; Herfarth, 2004: 585.

97 Nestes termos, cf. Rittner & Dreher, 2008: 613. No sentido de que as condições e obrigações só podem ser apostas quando haja pressupostos para a proibição, cf. Langen & Bunte, 2005: 960. Trata-se da consagração da ideia de que a proibição da concentração constitui uma medida de *ultima ratio*: neste sentido, em referência ao direito da União Europeia e à aparente remissão para a apreciação discricionária da Comissão quanto a “poder” impor condições e obrigações, cf. Haarman, 2005: 186; Fuchs, 1996: 278. (salientando que o “poder” referido não tem o sentido de *autorização*, mas antes de *obrigação* de definir a melhor solução).

-los em condições e obrigações que representem um ónus mais pesado para as partes do que as circunstâncias exigem.

A exigência de necessidade, da adequação e da definição de uma “justa medida” das condições e obrigações é um corolário do princípio da proporcionalidade, que se impõe em toda a atuação pública e, portanto, à *Autoridade da Concorrência*. O facto de as condições e obrigações terem origem em propostas apresentadas pelos autores da notificação não desonera a *Autoridade* de se orientar por esses princípios, até porque, em qualquer caso, as condições e obrigações constituem elementos de uma *decisão unilateral* dessa *Autoridade*, da sua única responsabilidade e por cuja validade só ela naturalmente responde.

### *b) Viabilidade*

Exige-se ainda que a execução dos compromissos se apresente viável<sup>98</sup>; esta possibilidade objetiva de execução do compromisso revela-se naturalmente essencial para os autores da notificação, que devem propor compromissos que antecipam poder realizar; mas também do ponto de vista da *Autoridade da Concorrência*, que deve assegurar-se de que aceita compromissos viáveis, bem como, sobretudo no caso de eventuais *compromissos de carácter comportamental*, garantir de que dispõe de meios de controlo e de vigilância eficazes<sup>99</sup>.

98 Sobre o requisito da *Realisierbarkeit*, cf. Haarman, 2005: 181.

99 Já acima tivemos oportunidade de aludir à distinção entre compromissos ou *medidas de carácter estrutural e medidas de carácter comportamental* – como sucede com o *Regulamento das concentrações comunitárias*, a *LdC* também não proíbe as medidas do último tipo (obrigações de abstenção, como a de não exercer certas atividades, ou de fazer, como a de garantir o “acesso de terceiros”), ao contrário do que sucede, por exemplo, na Alemanha: § 40, n.º 3, da *GWB*, ao excluir a possibilidade de as condições ou obrigações conduzirem a um controlo comportamental duradouro das autoridades. Sem prejuízo da inexistência de uma proibição semelhante, supõem-se válidas entre nós as razões que conduzem a Comissão Europeia a sustentar o carácter excecional da aceitação de compromissos de carácter comportamental: cf. *Comunicação sobre as medidas de correção* (n.º 17), aliás na linha do *Acórdão Gencor/Comissão*, do Tribunal de Primeira Instância, de 25 de Março de 1999 (proc. T-102/96), onde se afirmou o seguinte: “*é indiferente que o compromisso proposto possa ser qualificado como compromisso de comportamento ou como compromisso estrutural. É certo que os compromissos de carácter estrutural, como a redução da quota de mercado da entidade resultante da concentração, através da venda de uma filial, são, em princípio, preferíveis do ponto de vista da finalidade do regulamento, na medida em que impedem definitivamente, ou pelo menos duravelmente, a criação ou o reforço da posição dominante anteriormente identificada pela Comissão, sem exigir, por outro lado, medidas de vigilância a médio ou a longo prazo. No entanto, não se pode excluir, a priori, que compromissos à primeira vista de natureza comportamental, como a não utilização de uma marca durante um certo período ou a disponibilização a terceiros concorrentes de uma parte da capacidade de produção da empresa resultante da concentração, ou mais genericamente o acesso a uma infraestrutura essencial em condições não discriminatórias, sejam igualmente de natureza a impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante*” (n.º 319); para mais desenvolvimentos sobre a distinção entre “*structural remedies*” e “*behavioural remedies*”, cf. Monti, 2007: 283, onde se alude a uma

### 3.4. *Aspetos procedimentais*

A *LdC* pouco ou nada esclarece sobre a formulação dos compromissos, limitando-se a aludir a “*compromissos assumidos pelas partes*”. Ainda que não abertamente, essa fórmula legal parece pressupor que os compromissos são propostos ou oferecidos pelos autores da notificação<sup>100</sup>.

E, de facto, assim acontece: do mesmo modo que a Comissão, no caso das *concentrações comunitárias*, também a *Autoridade da Concorrência* se encontra impedida de, por ato unilateral, *impor* condições e obrigações que envolvam a adoção de condutas dos autores da notificação destinadas a resolver problemas de concorrência.

A iniciativa formal neste domínio cabe em exclusivo aos autores da notificação<sup>101</sup>, sobre quem recai a responsabilidade de eliminar os problemas de concorrência (Immenga & Mestmäcker, 2001: 1538). Mas, claro, isso já não significa que a *Autoridade* não possa desempenhar uma forte influência na definição do teor dos compromissos que as partes apresentam<sup>102</sup>.

Não existe regulamentação legislativa sobre os contornos procedimentais da proposta de compromissos e dos contactos que naturalmente se seguem. Neste ponto, a leitura das *Linhas de Orientação Sobre a Adoção de Compromissos*, adotadas pela *Autoridade da Concorrência*, sugere um sistema rígido em que os compromissos são propostos pelos autores e aceites (ou não), sem qualquer espaço para negociação.

Todavia, e sem prejuízo da responsabilidade dos autores da notificação quanto à versão final dos compromissos que apresentem, não subsistem, para nós, dúvidas sobre as vantagens decorrentes de uma negociação informal sobre o conteúdo final dos compromissos a apresentar. De resto, todo o desenho do procedimento, logo a começar pela própria figura dos compromissos<sup>103</sup>, aponta inequivocamente para uma “cultura de negociação” (Khan & Davies, 2009: 53), de “cooperação” e “colaboração recíproca” (Herfarth, 2004:

---

preferência pelos remédios estruturais, pelo facto de os mesmos se associarem a uma solução imediata para os “*anticompetitive risks*”.

100 É também assim no direito alemão e no direito da União Europeia: cf. n.º 6 da *Comunicação da Comissão sobre as medidas de correção*. A situação apresenta-se diferente no direito francês, onde a lei prevê as figuras das injunções e das prescrições, as quais correspondem as condições e obrigações impostas oficiosamente: cf. Decocq & Decocq, 2010: 286; Nicinsky, 2009: 128

101 Sobre o exclusivo do *Initiativrecht* das partes neste domínio, cf. Haarmann, 2005: 134

102 Neste sentido, referindo-se à prática da Comissão Europeia, cf. Monti, 2007: 291.

103 E a implícita exclusão de uma determinação meramente unilateral dos “remédios”.



585) e, portanto, para uma “prática administrativa cooperativa” (Haarman, 2005: 207).

### **3.5. Unilateralidade da decisão de não oposição com condições e obrigações**

Os tópicos da negociação e da prática cooperativa, acabados de referir, suscitam a questão de saber se e em que termos se pode admitir a substituição da decisão de não oposição com condições e obrigações por um contrato administrativo com idêntica regulação (*contrato sobre o exercício de poderes públicos*)<sup>104</sup>.

Trata-se de um problema que faz todo o sentido suscitar, tendo sobretudo em consideração o facto de a arquitetura do sistema de conceção daquela decisão se mostrar totalmente afeiçoada a uma leitura contratual. Na verdade, por um lado, o *efeito impositivo* da decisão é uma espécie de *contrapartida* do *efeito autorizativo* que a mesma produz e, por outro lado e ainda mais relevante, os termos da definição do efeito impositivo são, não apenas negociados, como, nos termos da *LdC*, *propostos* pelos interessados e *aceites* pela *Autoridade da Concorrência*.

Tendo em consideração os contornos procedimentais da construção da decisão de não oposição, quase se pode estranhar o silêncio da lei quanto à possibilidade de toda a regulação se alicerçar num contrato (administrativo). De algum modo, a estranheza é ainda maior, quando se verifica que o mesmo silêncio existe no direito da União Europeia, bem como em outros sistemas nacionais<sup>105</sup>.

Naturalmente, pode sempre dizer-se que o silêncio da lei – sobre a possibilidade de uma regulação por contrato da não oposição com compromissos – existe em muitas outras hipóteses legais, em que a decisão unilateral também poderia ser substituída por um contrato. Sem pretender contrariar o argumento, diremos que, apesar de tudo, a situação apresenta contornos de especial estranheza neste caso, em que a situação *pressuposta* ou até *imposta* pelo legislador envolve necessariamente uma *proposta* e uma *aceitação*, nos termos, pois, de uma lógica consensualizada.

104 Sobre este conceito, *cf.* artigos 1.º, n.º 6, alínea b), 5.º, n.º 5, alínea b), 285.º, n.º 1, 313.º, n.º 3, 336.º e 337.º do *Código dos Contratos Públicos*; na doutrina, *cf.* Urbano Calvão, 2008b: 326; Kirkby: 2011.

105 Na Alemanha, chegou a admitir-se a figura do *Zusagenvertrag* (contrato sobre compromissos) como uma categoria de contrato de direito público (§§ 54 e segs. da *VwVfG*) aplicável neste domínio; no entanto, a categoria veio a ser abandonada e atualmente os compromissos são “convertidos” em cláusulas acessórias (condições e obrigações) de atos administrativos: *cf.* Schulte, 2010: 194.

Pois bem, notada a estranheza, é altura de tomarmos posição sobre a questão de fundo mais relevante, consistente em saber se a decisão de não oposição com condições e obrigações *pode ser* substituída por um contrato.

Importa obter uma resposta de fundo, que toque a essência do problema, e que não se limite a uma análise formal, de discussão sobre uma mera alternativa entre formas, sem qualquer implicação substantiva<sup>106</sup>. Ora, a essência do problema reside na admissibilidade, ou não, de uma autonomia contratual da *Autoridade da Concorrência* neste domínio. Quer dizer, a questão fulcral consiste em saber se a figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos colocaria a *Autoridade* em posição jurídica diferente, designadamente quanto à extensão dos poderes de regulação de que dispõe em face de concentrações notificadas e que colocam preocupações de concorrência. Respondendo diretamente, diremos que as indicações que se podem colher do espírito do sistema apontam em sentido negativo. Quer dizer, a não ser que se pretenda uma alteração profunda da arquitetura do controlo de concentrações, o atual modelo legal de intervenção da *Autoridade da Concorrência* revela-se mais ajustado a um desfecho unilateral do procedimento, que culmina com uma decisão de não oposição com compromissos, do que a um desfecho contratual (que pressuporia uma *autonomia de regulação* da *Autoridade* que a lei parece pretender excluir)<sup>107</sup>.

### 3.6. *Modificação das condições e obrigações*

Referimo-nos agora à eventualidade de a *Autoridade da Concorrência*, após uma decisão de não oposição, pretender alterar uma condição ou obrigação

106 O problema não deve pois colocar-se no plano meramente formal, de saber se a regulação que a lei pretende ver inscrita num ato unilateral pode surgir num contrato administrativo.

Mesmo que se reconheça não existir uma *neutralidade* do regime jurídico aplicável – o qual varia, em alguns aspetos, conforme esteja em causa um ato ou um contrato administrativo: *v.g.*, no domínio do contencioso ou quanto aos poderes públicos de conformação unilateral da relação instituída, o que no caso poderá ter implicações quanto à garantia do cumprimento dos compromissos –, a dimensão meramente formal não capta a essência do problema de fundo, conforme se desenvolve no texto.

107 Do ponto de vista do direito da União Europeia (que inspira o modelo português do controlo de concentrações) apresenta-se relevante, na exclusão (implícita) da figura do contrato neste âmbito, o facto de se associar a visão contratual a uma diminuição da garantia de cumprimento dos compromissos (como consequência da exclusão de poderes unilaterais); neste sentido, *cf.* Fuchs, 1996: 286. Trata-se de um argumento, já sabemos, que não colhe no direito português, dada a previsão legal de *poderes públicos de conformação da relação contratual* (artigos 302.º e segs. do *Código dos Contratos Públicos*) e a faculdade que às partes é reconhecida de modelar o conteúdo dos *contratos sobre o exercício de poderes públicos* (*idem*, artigo 336.º, n.º 2).

por outra que lhe pareça remover de forma mais adequada os problemas just-concorrenciais suscitados pela operação realizada.

Estamos, mais uma vez, num domínio onde a *LdC* não contém qualquer regulação, ou seja, uma matéria onde haveremos de encontrar a solução jurídica à luz das regras gerais do *CPA*.

Pois bem, o artigo 147.º do *CPA* dispõe que, na ausência de disciplina especial, são aplicáveis à alteração e substituição dos atos administrativos as normas reguladoras da revogação. A modificabilidade do seu conteúdo depende, assim, da verificação dos pressupostos para a sua revogação.

Nos termos gerais, conforme dispõe o artigo 140.º, n.º 1, do *CPA*, os atos administrativos válidos não são (livremente) revogáveis quando forem constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos: é este o caso da decisão de não oposição, pelo menos quanto ao seu *efeito autorizativo*<sup>108</sup>. Contudo, de acordo com o n.º 2 da citada disposição, tal circunstância não obstará à revogação do ato na parte *desfavorável* ao interessado. Tal exceção, caso encontrasse aplicação ao nosso caso, abrangeria qualquer condição ou obrigação imposta na decisão e correspondente a compromissos assumidos pelos interessados.

Todavia, a modificação de um ato não só implica a eliminação da regulação nele contida, como opera também a substituição desse conteúdo por outro. Ora, quanto a esta introdução de um novo conteúdo, afigura-se-nos existir um limite evidente à liberdade conformadora da *Autoridade da Concorrência*. Na verdade, não faria sentido que, como vimos, primeiramente se restringisse a conformação do conteúdo da decisão por referência aos compromissos assumidos pelos autores da notificação, para depois, já na vigência daquela, reconhecer à *Autoridade* a liberdade de autonomamente redefinir esse conteúdo. Neste ponto, nada se altera pelo facto de, aquando da emissão da decisão de não oposição com condições e obrigações, a *Autoridade da Concorrência* se reservar um poder de revisão das condições e obrigações (*cláusula de reexame* ou *reserva de modificação*).

Este limite encontra-se, naturalmente, circunscrito aos casos em que *Autoridade* pretenda apor uma condição ou obrigação nova. A simples eliminação de uma condição ou obrigação existente constitui uma revogação parcial, cuja admissibilidade, à luz do citado artigo 140.º, n.º 2, alínea *a*), do *CPA*, não levanta maiores dúvidas.

---

108 Sobre a revogação de decisões da *Autoridade de Concorrência*, cf., *infra*, 5.1.1.

Um outro caso em que se admite a modificação de condições e obrigações (e, claro, de compromissos) decorre de a iniciativa da modificação pertencer *formalmente* ao interessado (mesmo que em resposta a sugestões e contactos promovidos pela *Autoridade da Concorrência*). Desde que os novos compromissos apresentados se revelem adequados e excluam as preocupações de concorrência, não vemos nada contra este elemento de flexibilização do conteúdo da decisão de não oposição.

### 3.7. *Incumprimento de condições e obrigações*

Para o caso de desrespeito ou incumprimento de condições e obrigações (sem distinção), estipula a *LdC* que as operações de concentração são objeto de procedimento oficioso: artigo 40.º, n.º 1, alínea *c*)<sup>109</sup>. A lei pressupõe assim que, com fundamento no *efeito autorizativo* da decisão de não oposição, a operação de concentração já se realizou, apesar de as partes não terem cumprido a parte da decisão relativa ao respetivo *efeito impositivo* (condições e obrigações). Estranhamente, a *LdC* nada acrescenta quanto ao objetivo desse procedimento oficioso. Quer dizer, há lugar a um procedimento oficioso, mas sem se adiantar qual o resultado a alcançar.

O silêncio da lei compagina-se com a interpretação, que aqui se acolhe, segundo a qual a *Autoridade da Concorrência* fica, nesse caso, investida do *poder de decidir* no sentido: *i*) da revogação da decisão de não oposição<sup>110</sup> e da consequente intimação para a dissolução da concentração; *ii*) da emissão de uma decisão de não oposição simples, o que equivale a uma revogação do efeito impositivo da decisão inicial, se considerar que a exigência de cumprimento dos compromissos deixou de fazer sentido e que a concentração não suscita preocupações de concorrência; *iii*) da emissão de uma decisão de

109 Nos termos do n.º 3 desse mesmo artigo, nesse caso, a decisão da Autoridade de dar início ao procedimento oficioso produz efeitos a partir da data da sua comunicação a qualquer das empresas ou pessoas participantes na operação de concentração.

110 Trata-se, neste caso, da designada *revogação sancionatória*: revogação de um ato favorável como reação a uma infração perpetrada pelo respetivo beneficiário; sobre outros casos de revogação, *cf.*, *infra*, 5.1.1; sobre a revogação da autorização (*Widerruf der Freigabe*) como sanção para o incumprimento de obrigações, *cf.* Immenga & Mestmäcker, 2001: 1545, esclarecendo, além do mais, que se trata de um ato com efeitos prospetivos (Immenga & Mestmäcker: 1563). Numa linha que parece pressupor uma adesão à compreensão das condições e das obrigações como cláusulas acessórias, recorde-se que o *Regulamento das concentrações comunitárias* atribui à Comissão o poder de revogar decisões de autorização apenas no caso de incumprimento de obrigações, e já não na hipótese de incumprimento de condições (na suposição de que, neste caso, a não verificação ou o incumprimento da condição determina a caducidade automática da decisão de autorização). Também para evitar esta inconsequente duplicidade de regimes, bem andou o legislador português ao não distinguir entre condições e obrigações.

não oposição com condições e obrigações, se as partes envolvidas assumirem novos compromissos.

De grande relevância nesta matéria, relativa ao incumprimento de condições e obrigações, é o disposto no artigo 41.º, alínea *b*), da *LdC*; neste se determina a nulidade dos negócios jurídicos relacionados com uma operação de concentração na medida em que contrariem decisões da *Autoridade* que hajam imposto condições à sua realização. Uma leitura mais imediata deste preceito poderia conduzir à conclusão segundo a qual a lei estaria aqui a estabelecer uma nulidade dos *negócios que concretizam a concentração*, pelo facto de os destinatários da *decisão com condições e obrigações* não cumprirem “condições” que tenham sido impostas (já não obrigações). Supomos haver razões para duvidar desse entendimento, e interpretar a alusão aos “negócios jurídicos relacionados com uma operação de concentração” como identificando negócios que os destinatários de uma decisão de não oposição se obrigam a celebrar em certos termos (“condições de realização”) ou até a não celebrar. Do que se trata é, pois, de determinar a nulidade de negócios que infringem e contrariam o conteúdo de condições e obrigações e, portanto, de compromissos assumidos pelas partes notificantes. Esta é, aliás, a interpretação mais afeiçoada à compreensão da validade do negócio jurídico, a qual se afere em função dos parâmetros e das injunções existentes no momento da respetiva conclusão e não em momento ulterior. O incumprimento de uma obrigação associada à autorização para a conclusão de um negócio jurídico pode constituir um ilícito, mas não determina a invalidade (sucessiva ou superveniente) desse mesmo negócio.

#### **4. Vinculação e discricionariedade do poder de decisão da *Autoridade da Concorrência***

Uma das questões que tem ocupado a doutrina dedicada ao estudo do controlo das concentrações consiste em saber se e em que termos dispõem os reguladores da concorrência de um poder de apreciação discricionária nesta matéria.

Sobre esta matéria, a doutrina germânica é invariavelmente taxativa a afirmar que quando se verificarem os pressupostos legais de proibição, a operação tem mesmo de ser proibida, não subsistindo “qualquer espaço” (*kein Raum*) para uma apreciação discricionária sobre o “se” ou sobre o “como” da decisão (Immenga & Mestmäcker, 2001: 1533)

Idêntica conclusão parece impor-se no direito português, se tivermos presente que a *LdC*, no artigo 12.º, n.º 4, estipula que “*serão proibidas* as operações de concentração que (...)”. Quer dizer, entre nós, como na Alemanha, quando se verificarem os pressupostos de proibição as operações de concentração têm mesmo de ser proibidas.

Na verdade, insistindo na ideia, quando estão verificados os pressupostos da proibição, a *Autoridade da Concorrência* “não pode” deixar de proibir a operação: não subsiste aqui uma discricionariedade de tipo estrutural, uma vez que a norma legal em jogo não tem carácter facultativo, mas *obrigatório* (proibitivo: “serão proibidas”) – o n.º 3 do artigo 12.º também acolhe uma norma obrigatória, mas *impositiva*: “serão autorizadas as operações de concentração que (...)”.

Todavia, como se sabe, a discricionariedade administrativa não tem por fonte apenas as normas de carácter facultativo (“pode”), revelando-se de outras formas e por outros meios. Ora, no nosso caso, que envolve *apreciações complexas de carácter económico* (cf. artigo 12.º, n.ºs. 1 e 2, da *LdC*) e a *interpretação de conceitos indeterminados* (v.g., “entraves significativos à concorrência efectiva”), as decisões da *Autoridade da Concorrência* baseiam-se em larga medida em *prognoses, projeções e previsões* quanto ao impacto das operações de concentração apreciadas sobre a estrutura concorrencial do mercado (Markopoulos, 2009). Esta dimensão prognóstica da decisão, que assenta em juízos de probabilidade e em raciocínios prospetivos (Berlin, 2009: 352) – dizendo-se até que “*merger control ... is essentially about prediction*” (Whish, 2005: 788) –, conduz a doutrina que recusa a discricionariedade nas decisões de apreciação de concentrações a reconhecer que aquela dimensão de prognose confere ao decisor uma “margem de livre apreciação”<sup>111</sup>.

Por outro lado, e talvez menos paradoxalmente do que aparenta, a aura de (pretensa) objetividade fundada na teoria e na ciência económica conduz também a conferir uma especial credibilidade ao juízo de probabilidade presuposto em decisões baseadas em complexos dados e postulados de natureza económica.

Esses fatores, e porventura outros, conduzem a conceber o poder de decisão da *Autoridade da Concorrência*, sobre se uma concentração “tem de ser”

---

111 Cf. Rittner & Dreher, 2008: 607. Trata-se de uma dicotomia corrente no direito alemão, assente na distinção entre *discricionariedade* e “livre margem de apreciação”. Referindo-se ao controlo jurisdicional no direito da União Europeia de decisões que envolvem “margem de apreciação” da Comissão nos domínios do direito da concorrência em geral e do controlo das concentrações em particular, cf. Nolte, 1997: 70.

proibida ou se “tem de ser” autorizada, como um *poder administrativo discricionário*; um poder que assenta em fórmulas legais abertas, em juízos de prognose, em projeções e, mais do que isso, em conceções específicas sobre a estrutura dos mercados, ditadas por postulados de uma certa teoria económica<sup>112</sup>.

O poder discricionário de apreciação de concentrações e o reconhecimento de uma margem de apreciação inerente a este domínio implicam uma certa *deferência judicial* e, por conseguinte, a exclusão de um controlo jurisdicional intenso; trata-se, pois, de afastar a eventualidade de o juiz *substituir* a sua apreciação à apreciação da autoridade administrativa (Berlin, 2009: 352).

Contudo, naturalmente, não deve confundir-se controlo atenuado ou restrito das decisões com momentos discricionários e ausência de controlo jurisdicional. Assim, na apreciação das decisões da *Autoridade da Concorrência*, quanto a saber se há no caso lugar a proibição ou a autorização, os tribunais devem efetuar um controlo jurídico, no qual analisem a *veracidade*, a *fiabilidade* e a *coerência* dos dados em que a *Autoridade* se fundou para decidir, bem como a questão de saber se os dados e todos os elementos considerados se afiguram *pertinentes, suficientes e corretos*<sup>113</sup>.

Relacionada ainda com o tema da natureza (vinculada ou discricionária) dos poderes da *Autoridade da Concorrência* é a questão de saber qual o grau de vinculação da mesma na aceitação de propostas de compromissos devidamente formuladas pelos interessados. Em termos rigorosos, a questão consiste em saber se a Autoridade pode optar por proibir uma concentração, ainda que os interessados se disponham a assumir compromissos e a criar as condições para uma decisão não oposição com condições e obrigações.

---

112 Sobre a diversidade de conceções económicas, a excluir a objetividade neste domínio, cf. Khan & Davies, 2009: 26.

113 Esta é, no direito da União Europeia, a doutrina do Acórdão *Comissão/Tetra Laval*, do TJUE, de 15 de Fevereiro de 2005, proc. C-12/03; sobre este acórdão e aquilo que o Autor entende ser um retrocesso jurisprudencial subsequente (por envolver uma diminuição da intensidade de controlo jurisdicional), cf. Guayo Castiella, 2010. Na sequência daquela decisão, a fiscalização jurisdicional das decisões da *Comissão* encontra-se circunscrita, nos seus próprios termos, à deteção de “*erros manifestos de apreciação*” cometidos pela Comissão na avaliação dos dados de que se serve para decidir; todavia, como a doutrina observa, o facto de o juiz aludir apenas a erros manifestos “*ne doit pas tromper*”, uma vez que o controlo estende-se ainda à deteção de erros de facto e erros de direito: cf. Berlin, 2009: 352; no mesmo sentido, cf. Schulte, 2010: 655, referindo-se a vários casos em que o tribunal terá submetido mesmo as prognoses da Comissão a uma apreciação detalhada, tendo concluído, em todos estes processos, pela verificação de erros manifestos de apreciação.

O problema subsiste quando, nos termos da notificação prévia, a operação de concentração *deva ser* proibida, em aplicação do n.º 4 do artigo 12.º da *LdC*. Ora, estando verificados os pressupostos legais de uma decisão de proibição, parece difícil admitir uma tese a defender que a *Autoridade* não pode emitir uma decisão desse teor só pelo facto de os interessados apresentarem uma proposta de compromissos. É assim que, perante uma situação legal semelhante, uma parte importante da doutrina alemã sustenta que a autoridade competente dispõe de um *poder (discricionário) de escolha* entre proibir ou emitir uma decisão com condições e obrigações<sup>114</sup>.

No direito português, a letra da *LdC* aparenta afeiçoar-se a uma leitura próxima dessa: o artigo 35.º, n.º 3, prescreve que as decisões (de não oposição) “podem” ser acompanhadas da imposição de condições e obrigações.

Vejamos.

Sem misturar o poder de apreciação da *Autoridade* sobre a adequação dos compromissos propostos para eliminar os problemas de concorrência, afigura-se-nos que aquela não dispõe de poder discricionário para não considerar os compromissos propostos, apenas porque estão verificados os pressupostos de uma proibição. Em rigor, os pressupostos da proibição são igualmente os pressupostos da não oposição com condições e obrigações<sup>115</sup>, pelo que, nesse contexto, impõe-se, por força do *princípio da proporcionalidade*, que a *Autoridade* considere e analise os compromissos. Não há, neste ponto, qualquer margem de apreciação discricionária. Quer isto dizer que a *Autoridade* tem o *dever de evitar* a proibição, sempre que os interessados se dispõem a apresentar compromissos. A decisão de proibição surge, pois, como decisão de *ultima ratio*, no sentido de que só pode ser emitida quando os problemas de concorrência não se resolvam com uma medida menos agressiva<sup>116</sup>. Este cânone orientador do poder de decisão não obriga, contudo, a *Autoridade* a promover uma solução; como vimos acima, a responsabilidade de eliminar os problemas de concorrência e de propor soluções cabe aos interessados.

---

114 Cf. Rittner & Dreher, 2008: 612; Langen & Bunte, 2005: 961; Immenga & Mestmäcker, 2001: 1534 e 1538, fundando-se no facto de a *GWB* estabelecer que a decisão de autorização pode (“kann”) ser emitida com condições e obrigações.

115 Recorde-se que as condições e obrigações só podem ser impostas para *evitar* uma decisão de proibição.

116 Neste mesmo sentido, a respeito das decisões da Comissão Europeia, cf. Haarman, 2005: 186.



## 5. Proteção jurisdicional

A necessidade de proteção jurisdicional pode colocar-se em face de *decisões* da *Autoridade da Concorrência* ou em comportamentos de outra natureza.

Naturalmente, é sobretudo nas *decisões* (atos administrativos) que a *Autoridade* exerce o seu poder de apreciação das operações de concentração; compreende-se, pois, que o tema da delimitação do *alcance* do controlo jurisdicional surja precisamente a propósito da proteção jurisdicional dos interessados perante as decisões da *Autoridade*. No ponto anterior, o tema foi aflorado e deixámos expressa a exigência de um *controlo atenuado* e de uma certa *deferência judicial* perante o poder de apreciação discricionária da *Autoridade*. Agora, ocupamo-nos de outros aspetos que o controlo jurisdicional das decisões também suscita<sup>117</sup>.

Neste domínio, tal qual o circunscrevemos, a *LdC* contém algumas disposições relevantes, num capítulo intitulado “dos recursos”.

Para além de outras especificidades, o sentido desse regime jurídico é o de instituir regras especiais quanto à competência judicial para apreciar as decisões da *Autoridade da Concorrência*.

### 5.1. Decisões

Neste âmbito, a *LdC* procede a uma distinção entre decisões proferidas em procedimentos administrativos e decisões de aplicação de coimas ou de outras sanções.

No exercício dos seus poderes em matéria de controlo de concentrações, a *Autoridade da Concorrência* profere decisões em procedimentos administrativos, bem como de aplicação de coimas.

#### 5.1.1. Decisões proferidas no procedimento de controlo de concentrações

Quanto às decisões proferidas em procedimentos administrativos – como é o caso do procedimento de controlo de concentrações –, aplicando-se *subsidiariamente* o “regime de impugnação contenciosa” definido no *Código do Processo nos Tribunais Administrativos* (*cf.* artigo 53.º), há as seguintes regras

---

117 Esclarece-se que nos ocupa o tema da proteção jurisdicional apenas no quadro de um relacionamento entre os interessados e a *Autoridade da Concorrência*. Como, de forma incidental, já houve oportunidade de referir, não estão excluídas outras formas e outros mecanismos de proteção, no quadro de um *relacionamento horizontal* entre concorrentes, como sucede, por exemplo, com a eventual ação administrativa comum que, nos termos do artigo 37.º, n.º 3, do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*, a empresa concorrente pode propor contra os responsáveis por uma operação de concentração sujeita a notificação e não notificada.

especiais que a *LdC* estabelece quanto a *recurso* dessas decisões: *i*) o tribunal competente para apreciar o recurso das decisões da *Autoridade da Concorrência* é o “juízo do comércio” ou, na sequência da alteração de 2011, quando vier a ser instituído, o tribunal da concorrência, supervisão e regulação (não fora esta regra especial e as decisões seriam apreciadas por tribunais da jurisdição administrativa); *ii*) o “recurso” é tramitado como ação administrativa especial; *iii*) o “recurso” tem efeito meramente devolutivo, salvo se forem decretadas medidas provisórias (cautelares) de efeitos suspensivos. Como já afirmámos e se pode agora verificar, em rigor, a especialidade deste regime reside na indicação do tribunal competente para a apreciação das decisões da *Autoridade da Concorrência* (bem como da decisão ministerial prevista no artigo 34.º dos *Estatutos* daquela *Autoridade*).

*i) Decisões de não oposição simples*

As decisões de não oposição simples (sem condições ou obrigações) são, no seu todo, favoráveis aos autores da notificação, os quais, por isso mesmo, não têm qualquer interesse impugnatório. A asserção vale para as decisões de não oposição expressas, bem como para as decisões tácitas.

Outro tanto não se verifica já com os *terceiros*, designadamente com os *contrainteressados* que podem ter um interesse em impugnar a decisão: terão legitimidade processual para tanto os terceiros cujos direitos ou interesses são afetados pela decisão de não oposição: *cf.* artigo 55.º, n.º 1, alínea *a*), do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*. A legitimidade de terceiros existe, nos mesmos termos, no caso de decisões expressas e de decisões tácitas. Contudo, não nos parece que a legitimidade processual nesses termos assista, sem mais, a todos os que se tenham “manifestado desfavoravelmente quanto à realização da operação de concentração em causa”, nos termos do artigo 38.º, n.º 3, da *LdC*, designadamente porque a *LdC* não identifica os requisitos da legitimidade procedimental – admitimos, contudo, que excluir a legitimidade processual a quem tenha intervindo no procedimento constitui uma solução que suscita dúvidas<sup>118</sup>.

118 No Acórdão *Easyjet/Comissão*, do Tribunal de Primeira Instância, 4 de Julho de 2006 (proc. T-177/04), afirma-se (n.º 35) que, “*perante uma decisão que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e relativamente a uma empresa terceira, é em função, por um lado, da sua participação no procedimento administrativo e, por outro, da afectação da sua posição no mercado que há que determinar se a decisão lhe diz individualmente respeito. Embora uma simples participação nesse procedimento não seja, por si só, suficiente para demonstrar que a decisão diz individualmente respeito à recorrente, especialmente no domínio das concentrações cuja apreciação minuciosa exige um contacto*”

*ii) Decisões de não oposição com condições e obrigações*

Embora com um conteúdo em parte favorável, as decisões de não oposição com condições e obrigações comportam segmentos não favoráveis para os respetivos destinatários. Neste contexto, poderia admitir-se o interesse destas em obter a “anulação isolada” desses segmentos não favoráveis, de acordo com a lógica de que correspondem a um *conteúdo acessório* das decisões de não oposição<sup>119</sup>. Todavia, uma vez que, na nossa interpretação, as condições e obrigações não correspondem a cláusulas acessórias, mas a cláusulas que integram o *conteúdo principal* da decisão (*cf., supra*, ponto 3.1), afigura-se-nos fora de causa a possibilidade de uma “anulação isolada” de condições ou obrigações. O facto de as condições e obrigações terem origem em compromissos apresentados pelos autores da notificação, apesar de dificultar, pode não excluir que aqueles venham a ter um interesse em impugnar a decisão de não oposição quanto aos segmentos que eles mesmos propuseram<sup>120</sup>.

Pode todavia suceder que a *Autoridade da Concorrência* imponha “condições e obrigações” sem correspondência com os compromissos assumidos, invocando, para o efeito, o artigo 121.º do *CPA*. Pois bem, nesta eventualidade, os autores da notificação já terão um interesse em obter a “anulação isolada” de tais cláusulas, para o que devem impugnar a decisão, pedindo a anulação das cláusulas que considerem ilegais.

Não está excluída a uma impugnação da decisão de não oposição com condições e obrigações (na íntegra) por terceiros afetados, *v.g.*, porque as condições e obrigações não acautelam devidamente os seus interesses<sup>121</sup>.

---

*regular com inúmeras empresas, não deixa de ser verdade que a participação activa no procedimento administrativo constitui um elemento que a jurisprudência regularmente toma em consideração”.*

119 Assim é no direito alemão: *cf.* Schulte, 2010: 240; Immenga & Mestmäcker, 2001: 1549, sobre o tema da alternativa entre a designada “anulação isolada” das condições e obrigações (cláusulas acessórias) e a condenação à prática de um ato administrativo sem essas cláusulas.

120 Eis o que poderá suceder por força da superveniência de “casos paralelos” com condições e obrigações menos onerosas.

121 Sobre esta hipótese, *cf.* Immenga & Mestmäcker, 2001: 1555; Rittner & Dreher, 2008: 614. Na jurisprudência europeia, *cf.* o citado *Acórdão Easyjet/Comissão*, sobre o recurso por um terceiro de uma decisão da Comissão de declaração de uma concentração compatível com o mercado comum, sob reserva de observância de compromissos, em que o terceiro pretendia precisamente demonstrar que os compromissos (condições e obrigações) não eram suficientes ou tinham sido formulados de forma deficiente.

### iii) *Decisões de proibição*

A decisão de proibição pode ser atacada pelos autores da notificação<sup>122</sup>. Como tivemos oportunidade de adiantar, a decisão de proibição deve considerar-se um ato negativo, com o sentido de um *indeferimento*. Precisamente por isso, os interessados deveriam formular um pedido de condenação à prática de ato devido<sup>123</sup>.

Não obstante nos parecer essa a via correta à luz do modo como se encontra hoje delineada a *ação administrativa especial* (a qual admite, em termos diferentes, *pedidos de impugnação* e *pedidos de condenação*), a *LdC* não parece afeiçoar-se a essa via, designadamente quando alude a “recurso” (artigo 54.º, n.º 2: “cabe recurso”) e quando determina a aplicação subsidiária do “regime de impugnação contenciosa de atos administrativos definido no Código do Processo nos Tribunais Administrativos”. Na verdade, esta determinação e a nomenclatura utilizada sugerem que as decisões – incluindo as de proibição – são objeto de ação com pedido de impugnação e não de condenação<sup>124</sup>.

A eventual anulação judicial da decisão de proibição não põe em causa a proibição legal de realizar a operação de concentração, a qual permanece, uma vez que daquela anulação não resulta uma autorização da concentração.

### iv) *Outras decisões*

Suscetíveis de recurso pelos respetivos destinatários são as decisões pelas quais a *Autoridade da Concorrência* determina a apresentação de notificação de uma operação de concentração<sup>125</sup>.

As eventuais decisões de recusa de determinar a apresentação coativa da notificação prévia – na sequência de pedido apresentado por empresas concorrentes que invoquem uma lesão por efeito da concentração –, embora se trate de atos negativos, poderão ser objeto de ação de impugnação (recurso), a propor por aquelas empresas; mais complexo é o caso de inércia da *Auto-*

122 Só uma decisão de proibição da *Autoridade da Concorrência* foi objeto de reação jurisdicional: proc. Ccent. 37/2004.

123 Se deduzissem um pedido de estrita anulação, deveria seguir-se a aplicação do disposto no artigo 51.º, n.º 4, do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*: o tribunal deveria convidar o autor “a substituir a petição, para o efeito de formular o adequado pedido de condenação à prática de acto devido”.

124 Esta é também a solução do direito alemão, onde a *Untersagungsverfügung* é objeto de ação de impugnação (*Anfechtungsbeschwerde*, regulada na própria *GWB*) e não de ação de cumprimento (*Verpflichtungsbeschwerde*): cf. Rittner & Dreher, 2008: 619; Immenga & Mestmäcker, 2001: 1548.

125 Sobre pedidos de suspensão de eficácia de decisões desse tipo, cf. o já citado estudo sobre o *Contencioso da Regulação em Portugal*, cit., p. 23 e segs.

*ridade da Concorrência* perante a denúncia ou o pedido de instauração de um procedimento oficioso apresentado por empresa concorrente: a ausência de resposta não dá lugar aqui a um recurso ou impugnação, pelo que, a admitir-se, como nos parece, a legitimidade da empresa concorrente, o cenário não corresponde ao recurso de uma decisão (pressuposto do artigo 54.º da *LdC*), mas antes ao do pedido de condenação à prática de um ato, nos termos dos artigos 66.º e segs. do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*, para cuja apreciação será então competente um tribunal administrativo e já não o juízo do comércio ou, quando estiver instituído, o tribunal da concorrência, regulação e supervisão.

Ainda recorríveis nos termos da *LdC* são, por fim, as decisões de *revogação* de decisões de não oposição<sup>126</sup> ou de proibição<sup>127</sup>, bem como as decisões que ordenam a dissolução de concentrações (associadas à revogação de decisões de não oposição ou à proibição de operações de concentração já realizadas).

### 5.1.2. *Decisões de aplicação de coimas*

Das decisões proferidas pela *Autoridade da Concorrência* que determinem a aplicação de coimas ou outras sanções cabe recurso para o recurso para o juízo de comércio da respetiva comarca (vindo a ser instituído, para o tribunal da concorrência, regulação e supervisão), com efeito suspensivo – artigo 50.º da *LdC*.

---

126 Sem prejuízo do que se disse a propósito da *revogação sancionatória* (cf., *supra*, 3.7) e da *revogação parcial de decisões de não oposição* (eliminação de condições e obrigações: cf., *supra*, 3.6), a *Autoridade da Concorrência* não pode determinar a revogação de decisões de não oposição sem ser com fundamento em invalidade (salvo acordo dos interessados); a revogação com fundamento em invalidade pode ocorrer nos termos do artigo 142.º do *CPA*. No direito alemão, sobre o poder da *BKartA* de proceder à revogação e anulação de decisões nos termos gerais da *VwVfG* (fora do quadro de poderes delineado na *GWB*), cf. Schulte, 2010: 216. No direito da União Europeia, cf. *Acórdão Lagardère e Canal/Comissão*, do Tribunal de Primeira Instância, 20 de Novembro de 2002 (proc. T-251/00), sobre um caso em que a Comissão havia procedido à alteração de alguns aspetos de uma decisão de autorização: o *TPI* decidiu que a decisão recorrida comportava uma modificação substancial constituindo uma decisão de revogação parcial com efeitos retroativos. Lembrando que a revogação de um acto administrativo legal que tenha conferido direitos subjetivos ou benefícios similares é contrária aos princípios gerais de direito, o *TPI* esclarece, sobre a revogação de atos ilegais, que a mesma “é permitida se ocorrer num prazo razoável e se a instituição de que emana esse ato tiver suficientemente em consideração a confiança legítima do beneficiário do ato que possivelmente confiou na legalidade deste” (n.º 140).

127 As decisões de proibição podem ser revogadas pela *Autoridade da Concorrência* (oficiosamente ou na sequência de impugnação administrativa) e pelo membro do Governo responsável pela área da economia (neste caso, apenas no âmbito do *recurso extraordinário* acima analisado).

### 5.2. Recusa de prestação de informações relativas ao procedimento

Como vimos, a *LdC* nada diz sobre o *direito de informação* das partes ou de terceiros no âmbito do procedimento; aplicam-se, neste contexto, as disposições do *CPA* sobre o *direito à informação procedimental* (artigos 61.º e segs.). Nos termos gerais, se a *Autoridade da Concorrência* recusa prestar informações aos interessados, estes podem reagir através do processo urgente de *intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões* (artigo 104.º e segs. do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*).

Pois bem, precisamente neste domínio, uma questão que merece referência prende-se com a identificação da jurisdição materialmente competente para apreciar o pedido de intimação de acesso a informação. O *Supremo Tribunal Administrativo* teve já oportunidade de se pronunciar sobre o assunto, em concreto, sobre o alcance do disposto no artigo 54.º, n.º 1, da *LdC*, que, como sabemos, conferia ao Tribunal de Comércio de Lisboa competência para conhecer das impugnações de “decisões da Autoridade proferidas em procedimentos administrativos”<sup>128</sup>. Nos casos apreciados, a *Autoridade da Concorrência*, invocando razões de confidencialidade, havia recusado o fornecimento de informações recolhidas no âmbito de um procedimento de controlo de concentrações. Rejeitando a qualificação deste comportamento como um ato administrativo – esta qualificação colocaria a questão no âmbito da competência do Tribunal de Comércio, por força daquele artigo 54.º, n.º 1 –, o *STA* afastou a aplicação da citada norma. Por isso, tratando-se de uma situação regulada por normas de direito administrativo, o *STA*, fazendo aplicação do disposto no artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*), do *ETAF*, considerou a jurisdição administrativa competente para dirimir o litígio.

## 6. Recurso extraordinário de decisões de proibição

Não se reconduzindo já ao espectro da proteção jurisdicional, importa, por fim, aludir a um instrumento especial de reação contra decisões de proibição da *Autoridade da Concorrência*: referimo-nos ao *recurso extraordinário* para o membro do governo responsável pela área da economia, previsto no artigo 34.º do *Estatutos da Autoridade da Concorrência*<sup>129</sup>. Trata-se de um instituto

128 Cf. Acórdãos de 5 de Julho, de 2007 (proc. n.º 223/07), e de 25 de Julho de 2007 (proc. n.º 0295/07); sobre estas decisões, cf. *Contencioso da Regulação em Portugal*, cit., p. 25 e segs.

129 A respeito de mecanismo semelhante no direito alemão, observa Neef, 2008: 199, que o mesmo – além de não constituir um meio de tutela jurisdicional – não corresponde sequer a um meio de tutela jurídica, uma vez que não visa a apreciação da legalidade da decisão de proibição.

que tem a sua principal fonte inspiração na *Ministererlaubnis* do direito alemão<sup>130-131</sup>: o § 42 (1) da *GWB* confere ao ministro federal o poder de autorizar, a requerimento dos interessados, uma concentração proibida pelo *Bundeskartellamt*, sempre que, “no caso concreto, a restrição concorrencial seja compensada pelas vantagens da concentração para a economia geral ou se justifique por um interesse geral de carácter imperioso”<sup>132-133</sup>.

A apreciação governamental ancora-se em critérios materiais distintos daqueles que regem a avaliação da *Autoridade da Concorrência*. Enquanto a análise feita pela *Autoridade* visa os efeitos da operação “sobre a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédios e finais, uma concorrência efectiva no mercado” (cf.

130 Sobre o tema, cf. Mattes, 2004: 53. A autora aponta duas razões fundamentais para a sua consagração: em primeiro lugar, a autorização ministerial serviu para *desarmar* os críticos da instituição de um sistema de controlo de concentrações; por outro lado, uma vez que na altura não era possível prever os efeitos das normas sobre o controlo das fusões, pretendeu-se garantir a possibilidade de reagir adequadamente a eventuais casos especiais, relativizando quaisquer efeitos demasiadamente negativos. Com a consagração desta cláusula geral, ter-se-á alcançado, quanto ao propósito do procedimento, um compromisso entre um controlo orientado por critérios de pura política concorrencial e a avaliação sociopolítica da concentração: cf. Langen & Bunte, 2005: 970; Immenga & Mestmäcker, 2001: 1581.

131 Também o direito espanhol conhece um mecanismo semelhante. A *Ley de Defensa de la Competencia* atribui ao Conselho de Ministros o poder de autorizar uma concentração proibida pela *Comisión Nacional de la Competencia*, por ato “devidamente fundamentado em razões de interesse geral distintas da defesa da concorrência”.

132 Como nota Schulte, 2010: 253, o primeiro destes critérios prende-se com a apreciação dos efeitos produzidos pela concentração, vantajosos para a economia (incluindo as vantagens que resultam para as próprias partes na operação). O segundo, descreve diversas vantagens extraeconómicas, as quais se movem num espectro alargado de políticas. Os requerentes desta autorização têm, a este respeito, apresentado argumentos referentes a interesses de segurança (energética ou de defesa nacional), finalidades de política agrícola ou de desenvolvimento regional.

Contrariamente ao regime português, que não prevê qualquer consulta obrigatória, a lei alemã exige que, previamente à sua decisão, o ministro federal solicite a pronúncia da *Monopolkommission*, bem assim como das autoridades superiores dos *Länder* em cujo território se encontrem sediadas as empresas participantes na operação – o Tribunal de Contas teme que esta ausência no regime português possa dotá-lo de um “desequilíbrio inexistente no seu modelo original”. Refere que, para além de sublinhar a excepcionalidade desta competência do ministro, a consulta obrigatória da *Monopolkommission* tem o propósito de “submeter o exercício de tal competência a deveres de fundamentação especialmente rigorosos, na medida em que a revogação ministerial implica a diluição do elemento de definitividade da decisão da autoridade de concorrência que é uma das traves-mestras da sua independência estatutária”. Porém, entende o Tribunal ser possível atenuar este risco através de uma “densificação normativa dos parâmetros decisórios em sede de recurso extraordinário”: cf. Relatório n.º 7/2007 (Auditoria à Regulação na Área da Concorrência), da Segunda Secção do Tribunal de Contas, de 1 de Fevereiro de 2007, pp. 21 e segs.

133 Aquando da segunda reforma da *GWB*, ter-se-á ponderado transferir a (responsabilidade da) decisão de autorização para uma comissão independente cujo parecer vincularia a decisão ministerial. Todavia, esta hipótese terá sido abandonada com o argumento de que, constituindo a decisão de autorização em causa uma decisão política que deve ser tomada sob responsabilidade política, a competência para a mesma não deveria pertencer a uma instância independente, não sujeita a controlo parlamentar: cf. Schulte, 2010: 254.

artigo 11.º, n.º 1, da *LdC*), a avaliação ministerial ponderará se “*os benefícios dela [operação] resultantes para a prossecução de interesses fundamentais para a economia nacional superam as desvantagens para a concorrência inerentes à sua realização*”.

A decisão governamental envolve, pois, considerações de política industrial que ultrapassam o juízo predominantemente jus-concorrencial imposto à *Autoridade*<sup>134</sup>; de resto, essas considerações não só ultrapassam esse juízo, como no caso de autorização, comportam mesmo um “atentado à concorrência”, justificado pela prevalência de outros interesses<sup>135</sup>.

O *recurso extraordinário* não convoca um *reexame* da pretensão submetida à *Autoridade*, a efetuar à luz dos mesmos critérios que conduziram à decisão de proibição, como seria típico num procedimento administrativo de segundo grau. Cremos por isso que a decisão ministerial sobre este recurso extraordinário se compagina com o regime geral da *revogação dos atos válidos*, designadamente no que diz respeito aos seus fundamentos (artigo 140.º do *CPA*). Com a particularidade, porém, de as razões de conveniência ou oportunidade que, naquele regime, podem fundamentar o ato revogatório se encontrarem aqui densificadas num interesse público específico, “*os interesses fundamentais para a economia nacional*”; os quais, numa ponderação bipolar, poderão prevalecer sobre o interesse contraposto da garantia da “*concorrência efetiva no mercado*”, pelo qual, além de outros parâmetros de natureza técnica, se orientou o ato primário. Tudo isto nos leva a concluir que estamos perante um procedimento de segundo grau de carácter especial conducente à revogação de um ato válido.

Em Portugal, só uma vez houve lugar a este recurso extraordinário, concluído aliás com uma decisão de provimento<sup>136</sup>. Por despacho de 7 de Junho de 2006, o Ministro da Economia deu provimento ao recurso de uma decisão de

134 Muito embora a *Autoridade da Concorrência* deva considerar na sua avaliação, entre outros fatores, “o contributo da concentração para a competitividade internacional da economia nacional”: artigo 12.º, n.º 2, alínea I).

135 Referindo-se ao facto de o direito francês admitir “*une atteinte à la concurrence*” por via do poder ministerial de avocação da apreciação de decisões da *Autorité de la concurrence*, cf. Nicinsky, 2009:132. Em França, o poder ministerial de controlo de concentrações é mais amplo do que em Portugal: por um lado, o exercício desse poder não depende de iniciativa particular (recurso); por outro lado, o ministro pode intervir não apenas no caso de decisões de proibição, mas também de decisões de não oposição com injunções ou prescrições fixadas pela *Autorité*.

136 De acordo com o citado Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas, na Alemanha, em 170 decisões de proibição (proferidas dentre cerca de 30.000 operações fiscalizadas), apenas em 16 casos foi interposto este recurso, tendo o Ministro indeferido o pedido em 10 casos.



proibição de concentração, interposto pela *Brisa* e pela *Autoestrada do Oeste*, entendendo que “[a concentração corresponde] a interesses fundamentais da economia nacional não só pelo desenvolvimento do sector em questão, que configura uma sector estratégico nacional, como também pelo redimensionamento das empresas em causa, que lhes proporcionará uma acrescida capacidade de inovação e uma maior competitividade, de que beneficiará inevitavelmente a economia nacional”.

## BIBLIOGRAFIA

ANTOINE, A.

2009 *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, Paris: LGDJ.

ARI SUNDFELD, Carlos

2003 “A função administrativa no controle dos atos de concentração”, *Revista de Direito Público da Economia* (Belo Horizonte), n.º 2, 145.

2005 “A apreciação de atos de concentração pelo CADE e o decurso do prazo”, *Revista de Direito Público da Economia* (Belo Horizonte), n.º 9, 63.

BAPTISTA MACHADO

1993 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina: Coimbra.

BERLIN, D.

2009 *Contrôle des concentrations*, Bruxelas, Editions de l'Université de Bruxelles.

BERNARD, A.

1987 “L'autorisation administrative et le contrat de droit privé”, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Économique*, 1.

CHEVALLIER, J.

2007 “Estado e ordem concorrencial”, *Revista de Direito Público da Economia (Belo Horizonte)*, n.º 20, 133.

COOK, J. & KERSE, CH.

2009 *EC Merger Control*, Londres: Sweet & Maxwell.

COT J.-M. & LA LAURENCIE, J.-P.

2003 *Le contrôle français des concentrations*, Paris: LGDJ.

CUNHA, Carolina

2005 *Controlo das Concentrações de Empresas, Direito Comunitário e Direito Português*, Cadernos IDET, n.º 3, Coimbra: Almedina.

DECOCQ, A. & DECOCQ, G.

2010 *Droit de la concurrence (droit interne et droit de l'Union Européenne)*, Paris: LGDJ.

DELLIS, G.

2010 “Régulation et droit public «continental». Essai d’une approche synthétique”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2010, 957.

ECKBO B. E. & WIER, P.

1985 “Antimerger policy under the Hart-Scott-Rodino Act: a reexamination of the market power hypothesis”, *Journal of Law and Economics*, n.º 28, 119.

FONSECA, Margarida Rosado da & FERREIRA, Luís do Nascimento

2009 *O procedimento de controlo das operações de concentração em Portugal – A prática da Autoridade da Concorrência, à luz da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho*, Coleção MLGTS, Vol. I, Coimbra: Almedina.

FUCHS, A.

1996 “Zusagen, Auflagen und Bedingungen in der europäischen Fusionskontrolle”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 278.

FURSE, M.

2007 *The law of merger control in the EC and the UK*, Oxford and Portland: Hart Publishing.

GONÇALVES, Pedro Costa

2008 “Direito Administrativo da Regulação”, in *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra: Coimbra Editora (Cedipre).

2009 “Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas”, *I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo* (Actas), Coimbra: Almedina, 79.

2010 “Regulação administrativa e contrato”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia, vol. II*, Coimbra: Coimbra Editora, 987.

GREENE, H.

2005 “Agency character and the character of agency guidelines: an historical and institutional perspective”, *Antitrust Law Journal*, vol. 72, 1039.

2007 “Guideline institutionalization: the role of merger guidelines in antitrust discourse”, *William and Mary Law Review*, vol. 48, 771.

GUAYO CASTIELLA, I. del

2010 “La recepción de la doctrina de las sentencias en el Asunto Tetra Laval, en materia de control de concentraciones”, Comunicação apresentada no IX Congresso Hispano-Luso de Direito Administrativo (inérita).

HAARMANN, E.M.

2005 *Die Verpflichtungszusage im Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden: Nomos.

HEITHECKER, J.

2002 *Wettbewerbssicherung in der europäischen Fusionskontrolle durch Zusagen: Eine fallbezogene Untersuchung der inhaltlichen Anforderungen an Zusagen*, Berlin: Books on Demand GmbH.

HERFARTH, Ch.

2004 “Nebenbestimmungen zu fusionsrechtliche Freigabeentscheidungen in der Praxis des Bundeskartellamts”, *Wirtschaft und Wettbewerb*.

HOVENKAMP, H.

2005 *The antitrust enterprise (principle and execution)*, Harvard University Press, Cambridge.

IMMENGA U. & MESTMÄCKER, E.J.

2001 *GWB Kommentar zum Kartellgesetz*, Munich: C.H. Beck.

IPSEN, J.

2009 *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Colónia, Carl Heymanns.

JONES, A. & SUFRIN, B.

2008 *EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press.

KANNINEN, H.

2009 “Administrative law under the pressure of competition law – some reflections on their interplay”, in Kanninen, Korjus & Rosas, *EU competition law in context: essays in honour of Virpi Tiili*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009, 261.

KAPPES, D.

2002 *Nebenbestimmungen im Fusionskontrollrecht des GWB*, Berlin: Tenea Verlag.

KHAN, R.A. & DAVIES, G.

2009 “Merger control and the rule of law”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, n.º 1, 30.

KIRKBY, Mark

2011 *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra: Coimbra Editora.

LAGUNA DE PAZ, J.C.

2009 *Servicios de interés económico general*, Madrid: Civitas.

LANG, J.T.

2003 “Commitment decisions under Regulation 1/2003: legal aspects of a new kind of competition decision”, *European Competition Law Review*, n.º 24, 347.

LANGEN E. & BUNTE, H.J.

2010 *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Neuwied, Luchterhand, vol. I.

LESSL, T.

2007 *Kartellrecht*, Munique: C.H. Beck.

LÉVÊQUE, F.

2005 “Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis: lequel est le plus sévère?”, *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, 21.

MANSEN, G.

1994 *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, Tübingen, Mohr Siebeck.

MARKOPOULOS, T.

2009 *Die Prognoseentscheidung in der europäischen Fusionskontrolle*, Baden-Baden: Nomos.

MARQUES NETO, Floriano A.

2009 “Regulação económica e suas modulações”, *Revista de Direito Público da Economia* (Belo Horizonte), n.º 28, 27.

MATTES, F.

2004 *Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle: Entstehungsgeschichte und kritische Auseinandersetzung*, Munique, Martin Meidenbauer.

MAURER, H.

2004 *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique: C.H. Beck.

MENDES PEREIRA, Miguel

2011 “Natureza jurídica e função dos compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações”, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 5, 87.

MONTI, G.

2007 *EC competition law*, Cambridge, Cambridge University Press.

NEEF, A.

2008 *Kartellrecht*, Heidelberg: C.F. Müller.

NICINSKY, S.

2004 “Les évolutions du droit administratif de la concurrence”, *AJDA*, 751.

2009 *Droit public des affaires*, Paris : Montchrestien.

NOLTE, N.

1997 *Beurteilungsspielräume im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft un der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt: Peter Lang.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa & AMORIM, João Pacheco

1997 *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA PAIS, Sofia

2006 “O novo regime de controlo das concentrações de empresas na Lei n.º 18/2003”, in Goucha Soares & Leitão Marques (coord.), *Concorrência, Estudos*, Coimbra: Almedina.

PAMPANIN, V.

2010 “Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintive e ambito di pertinenza), *Il diritto dell'economia*, 135.

PAPANDROPOULOS, P. & TAJANA, A.

2006 “The merger remedies study – in divestiture we trust”, *European Competition Law Review*, 443.

PAUL, K.

2008 *Gesetzesverstoß und Vertrag im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*, Baden-Baden: Nomos.

PROSPERETTI, L.

2002 “I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza”, *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 278.

PROSSER, T.

2010 *The regulatory enterprise (government, regulation and legitimacy)*, Oxford: Oxford University Press.

RITTNER F. & DREHER, M.

2008 *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, Heidelberg: C.F. Müller.

RUFFERT, M.

2010 “Verwaltungsakt”, in H.-U. Erichsen/D.Ehlers, (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin: De Gruyter, 669.

SANTOS JUSTO, A.

2006 *Direito Privado Romano – I*, 3.ª ed., Studia Iuridica 50, Coimbra: Coimbra Editora.

2009 *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

SCHULTE, J. L.

2010 *Handbuch Fusionskontrolle*, Carl Heymanns.

SCHWALBE, U. & ZIMMER, D.

2009 *Law and economics in European merger control*, Oxford: Oxford University Press.

SCHWEITZER, H.

2008 “Commitment decisions under art. 9 of Regulation 1/2003: the developing EC practice and case law”, EUI Working Paper Law No. 2008/22, in <http://cadmus.eui.eu/>.

SIMS, J. & HERMAN, D.P.

1996 “The effect of twenty years of Hart-Scott-Rodino on merger practice: a case study in the law of unintended consequences applied to antitrust litigation”, *Antitrust Law Journal*, n.º 65, 865.

SULLIVAN, E.T.

1986 “The Antitrust Division as regulatory agency: an enforcement policy in transition”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 64, 1986, 997.

UHLIG, Th.

1996 *Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren (eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Recht)*, Sinzheim: Pro Universitate Verlag.

URBANO CALVÃO, Filipa

2008a *Cláusulas Acessórias em Direito Administrativo (Da Sua Aposição aos Actos Administrativos e Contratos Administrativos sobre o Exercício de Poderes Públicos)*, polic., Coimbra.

2008b “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”, in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Cedipre, Coimbra: Coimbra Editora, 326.

VASQUES, L.

2011 “La nozione minima di impresa nell’ambito del controllo della concentrazione, *Mercato, concorrenza, regole*, 273.

VAZ FREIRE, Paula

2009 “Direito Administrativo da Concorrência”, in Paulo Otero & Pedro Gonçalves, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, I, Coimbra: Almedina, 457.

WHISH, R.

2005 *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press.

ZANOBINI, G.

1955 “L’amministrazione pubblica di diritto privato”, in G. Zanobini, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milão: Giuffrè, 19.

# HISTÓRICO E DESAFIOS DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS NO BRASIL

*Ana Paula Martinez\**

*ABSTRACT \*\*:* This paper covers the development of merger control in Brazil over the last decades, with a special focus on the approval of Law no. 8.844/94 which implemented a complete antitrust regime in that country. The Author points out the limitations of the ex-post merger control system and the need for an ex-ante merger control, which, in her opinion, would allow the ultimate objectives of antitrust law to be achieved: to induce a more efficient, innovative and competitive Brazilian economy.

SUMÁRIO: 1. Da Constituição de 1934 à Lei n.º 8.884/94. 2. A implementação da Lei n.º 8.884/94. 3. O projeto de reforma do SBDC sob a ótica das concentrações. 4. Conclusão.

O nível de concorrência dos mercados no Brasil hoje pode ser justificado pela agenda econômica liberal que norteou a ação governamental a partir da década de 90. No início de referida década, a economia brasileira passou por intensa reforma, com liberalização comercial, ampla reforma tributária, adoção de política fiscal mais severa, controle da inflação, privatização e desregulamentação dos mercados, com abandono de modelos anteriores que pouco favoreciam a concorrência (como o modelo de substituição de importações e controle de preços). Foi nesse pacote de reformas que foi promulgada a atual lei brasileira de defesa da concorrência, com um sistema obrigatório de notificação de concentrações e cooperações econômicas.

---

\* Sócia de Levy & Salomão Advogados e consultora da UNCTAD e do Governo da Colômbia para temas de concorrência.

\*\* A elaboração deste *abstract* é da responsabilidade do Conselho de Redação da C&R.

Aqui há que se ter muito cuidado para não se precipitar na conclusão de que foi a lei antitruste que ocasionou o incremento de concorrência nos mercados brasileiros na última década. É bem mais provável que tenha sido o conjunto de reformas institucionais acima referidas que, ao reduzir as barreiras à entrada para novos agentes e facilitar o acesso ao crédito e investimentos estrangeiros, incrementou o grau de rivalidade no mercado. Não se quer anular o papel da legislação antitruste para o incremento da concorrência, apenas quer-se dizer que esta tem *papel acessório* na consecução desse objetivo e que sua *implementação só é factível com um marco legislativo e político adequado à economia de mercado*. Isso pode ser facilmente ilustrado pelo fato de que o Brasil possuía desde a década de 30 legislação antitruste (Decreto-Lei n.º 869, de 11 de novembro de 1938, de caráter penal, e Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, de caráter administrativo), mas foi apenas quando um pacote de medidas mais amplas foi adotado na década de 90 – e com o abandono de órgãos como o Conselho Interministerial de Preços (CIP), que deixava pouco espaço para que as forças de mercado agissem “invisivelmente” – é que o país avançou no quesito *concorrência*.<sup>1</sup>

Tendo isso em mente, passemos ao tema central do artigo: um histórico do controle de concentrações econômicas no Brasil, com posterior análise dos desafios colocados às autoridades de modo a ter um sistema em que os benefícios superem os custos (públicos e privados) de sua implementação. Poucos sabem, mas a possibilidade do controle de acordos de cooperação e concentração entre agentes econômicos já estava prevista em nossa legislação, ainda que sem regulamentação, desde a década de 30. Mais do que isso, a análise prévia – há muito pleiteada no projeto de lei que reformula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – já foi contemplada pelo legislador no passado. Vejamos.

---

1 Tal linha de argumentação, que pode parecer estranha a alguns leitores, é reconhecida pela OCDE, quando analisou a política antitruste brasileira (OECD, 2005) e pela Carta Interministerial de 2002 dos Ministros da Fazenda, Justiça e Planejamento, Orçamento e Gestão endereçada ao Presidente da República (carta anexa ao Aviso n.º 805 do Ministro da Fazenda, de 02.12.2002 – “[...] até a instauração do Plano Real, a defesa da concorrência cumpriu um papel secundário na política governamental. Características que marcaram a economia brasileira ao longo de décadas – forte presença do Estado, recurso a controle de preços, elevado nível de proteção à indústria nacional, altos índices de inflação – eram naturalmente incompatíveis com tal política”).



## 1. DA CONSTITUIÇÃO DE 1934 À LEI N.º 8.884/94

As Constituições brasileiras de 1934<sup>2</sup> e 1937<sup>3</sup> faziam referência à possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico sem, contudo, prever de forma expressa a repressão ao “abuso do poder econômico”. Em seguida, foi promulgado pelo Presidente Getúlio Vargas o Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938<sup>4</sup>, de autoria de Nelson Hungria, que tratava dos crimes contra a economia popular, incluindo ilícitos anticoncorrenciais, como a venda de mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência. Era também crime inafiançável, punível com pena restritiva de liberdade de dois a dez anos e multa, “*promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio*”<sup>5</sup>. Vê-se, portanto, uma preocupação com a concentração empresarial desde ao menos 1938, período em que o controle se dava *a posteriori* e no campo criminal, a cargo do Tribunal de Segurança Nacional.

O referido Decreto-Lei teve pouca ou nenhuma efetividade. Nelson Hungria chegou a afirmar que: “*o Decreto n.º 869 que, como já disse, foi por mim elaborado; mas devo confessar que ele foi feito de afogadilho. Encomendado com urgência tive que organizá-lo um tanto atabalhoadamente*”<sup>6</sup>. Na mesma linha,

2 “Art. 115 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parágrafo único – Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões da País.

Art. 116 – Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, n.º 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País”.

3 “Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

4 Publicado na CLBR (Coleção de Leis do Brasil), 31.12.1938, p. 24. Posteriormente reproduzido pela Lei n.º 1.521, de 26.12.1951.

5 Decreto-Lei n.º 869, art. 2.º, III.

6 *Apud* Franceschini, 1985: 9.

notícia Shieber que: “*um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou um só caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil*”<sup>7</sup>.

Em 1942, foi criada a Comissão de Defesa Econômica (CDE) pelo Decreto-Lei n.º 4.807, de 7 de outubro de 1942<sup>8</sup>, composta por membros dos Ministérios da Fazenda, Relações Exteriores, Guerra, Justiça e Negócios Interiores e Trabalho, Indústria e Comércio, todos nomeados pelo Presidente da República. Entre as funções da CDE estava “*resolver, por solicitação ou ‘ex-officio’, a recisão ou forma de liquidação dos contratos em que sejam partes pessoas cuja atividade econômica se torne necessário reprimir*”.

Em seguida, o então Ministro da Justiça e Negócios Interiores Agamenon Magalhães redigiu o anteprojeto do que veio a se tornar o Decreto-Lei n.º 7.666, de 22 de junho de 1945<sup>9</sup>, que dispunha sobre os atos “*contrários à ordem moral e econômica*”, dando caráter de ilícito *administrativo* aos atos anticompetitivos contrários ao “*interesse da economia nacional*”. O referido Decreto-Lei (por vezes referido como “Lei Malaia”) criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), órgão diretamente subordinado ao Presidente da República e presidido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores<sup>10</sup>. O Decreto-Lei previu instrumental para o controle obrigatório e prévio de estruturas em determinados setores da economia (bancário, de mineração, transportes, alimentos, entre outros):

“*Art. 1.º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:*

*I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:*

*a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;*

7 Benjamin: 1966: 6. A *Standard Oil Company of Brazil* (posteriormente *Esso Brazil*) integrava o grupo econômico que teve que se desintegrar por ordem da primeira decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos contra os *trustes* [*Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911)].

8 Publicado na CLBR, 31.12.1942, p. 42.

9 Publicado na CLBR, 31.12.1945, p. 256.

10 Os demais membros eram o Procurador Geral da República, o Diretor Geral da CADE, um representante do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, um representante do Ministério da Fazenda, um representante das classes produtora e distribuidora e um técnico em economia de comprovada idoneidade e competência.

- b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;
- c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

II – os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;

[...]

V – a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I.

*Parágrafo único.* Para os efeitos deste Decreto-lei a palavra “empresa”, abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos.

[...]

#### DA FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER ECONÔMICO

Art. 8.º Não se poderão fundir, incorporar, transformar, agrupar de qualquer modo, ou dissolver, sem prévia autorização da C.A.D.E:

- a) os estabelecimentos bancários;
- b) as empresas que tenham por objeto a produção ou distribuição de gêneros alimentícios;
- c) as empresas que operem em seguros e capitalização;
- d) as empresas de transportes ferroviário, rodoviário e as de navegação marítima, fluvial ou aérea;
- e) as empresas editôras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade;
- f) as indústrias bélicas, básicas, de interesse nacional e as empresas distribuidoras dos respectivos produtos;
- g) as indústrias químicas, de especialidades farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos;
- h) as indústrias de tecidos e calçados;
- i) as empresas de mineração;
- j) a produção e distribuição de instrumentos de trabalho, de um modo geral;
- k) as empresas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e, em geral, os concessionários de serviços de utilidade pública.

*Art. 9.º A partir da data da publicação deste decreto-lei, o Departamento Nacional da Indústria e Comércio e as Juntas Comerciais não poderão registrar alterações nos contratos ou estatutos de quaisquer firmas ou sociedades das espécies referidas no art. 8.º, nem atos relativos à fusão, transformação ou incorporação das mesmas, sem a prévia audiência e autorização da C.A.D.E.*

*Parágrafo único. São nulos de pleno direito os registros feitos com inobservância deste dispositivo.” (destaque nosso).*

Com relação à necessidade de controle prévio estrutural, o autor do anteprojeto, inspirado na experiência norte-americana (notadamente no julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*<sup>11</sup>), esclareceu na exposição de motivos transcrita abaixo que a intervenção do Estado na economia poderia “*impedir a formação de ‘trusts’ e outras formas de agrupamentos*”, que causariam efeitos deletérios para as classes média e trabalhadora e para a pequena indústria. Vê-se que longe de evidenciar uma preocupação com o incremento do bem-estar agregado (eficiência econômica), o Decreto-Lei n.º 7.666/45 tem em sua razão de ser fundamentos voltados à proteção das classes rurais e menos abastadas (*defesa da economia popular*), em linha, aliás, com a política altamente intervencionista do Estado Novo. A notificação prévia resulta da convicção de que o Estado deveria primeiro manifestar-se a respeito da licitude de tais concentrações para então lhe garantir a validade – em linha com sua política econômica, evidenciando alto grau de discricionariedade:

*“[...] A concentração do poder econômico gerou o capitalismo financeiro. A paixão pelo lucro substituiu o senso da utilidade e do serviço. Os valores, em vez de servirem ao homem, passaram a contribuir para o seu aniquilamento. Os “trusts”, desorganizando a pequena indústria, colocaram as classes médias e as classes trabalhadoras à sombra da indigência econômica. [...]*

*Novas medidas se impõem. Lucros extraordinários provocados de nossos latifúndios. Acelera-se o êxodo dos campos em benefício das cidades, onde se levantam faustosos arranha-céus, com dinheiro arrancado, muitas vezes, da zona rural depauperada. E os latifúndios não vão formar-se nas zonas desertas. Não vão beneficiar as regiões áridas. Invadem centros mais populosos e prósperos. Desmantelam as pequenas propriedades*

11 *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911).

*criando para os trabalhadores uma situação moral e econômica inferior à dos escravos do tempo do império.*

*Esses fenômenos constituem conseqüências fatais do exercício abusivo do poder econômico contra o qual se tem sistematicamente insurgido a opinião pública [...].*

*Vale salientar, a este propósito, as conclusões votadas pelo I Congresso Brasileiro de Economia, reunido no Rio de Janeiro, em 1943, pela Conferência das Comissões de Desenvolvimento Interamericano, realizada no mesmo ano, recomendando aos governos providenciar no sentido de impedir a formação de “trusts” e outras formas de agrupamentos prejudiciais ao comércio e à população.*

*Particularmente significativo é o fato de que economias bem mais sólidas do que a nossa já se têm valido de medidas legislativas de defesa contra os efeitos desastrosos do abuso do poder econômico, em todas as suas variadas formas. Os Estados Unidos vêm se aparelhando, desde 1890, para o combate a essas instituições de opressão econômica, através do seu Federal Anti-Trust Act (Lei Sherman) [...].*

*Partindo do fato, unanimemente reconhecido de que nem todos os agrupamentos são contrários ao interesse público, de vez que os há inofensivos e, até mesmo, benéficos à economia nacional, as legislações existentes, via de regra, têm procurado caracterizar a nocividade das coalizões ou dos agrupamentos, com base na natureza ilícita, imoral ou prejudicial dos objetivos ou intenções que as uniram. Esse critério subjetivista criou as maiores dificuldades práticas, no momento da aplicação da lei e determinou oscilações e indecisões da jurisprudência, altamente perturbadoras dos intuitos dos legisladores, conforme o atesta a crítica unânime dos estudiosos do assunto.*

*Ora, parece evidente que, sob o ponto de vista econômico, o aspecto lícito ou ilícito da intenção animadora dos ajustes ou coalizões é, muitas vezes, irrelevante. Neste particular o que importa, realmente, é a nocividade do resultado, ainda mesmo quando não desejado ou não previsto, no momento da celebração do ajuste.*

*Por isso, o projeto que ora tenho a honra de submeter à apreciação de vossa excelência procurou afastar-se, no que tange à caracterização da nocividade das coalizões, dos critérios seguidos pelas leis similares estrangeiras, baseando as suas distinções na natureza dos efeitos alcançados por tais entendimentos. Todavia, como julgamento sobre a natureza lícita ou ilícita do ajuste se inclui entre as funções privativas do Executivo, porque decorre da política econômica por ele seguida, a validade dos entendimentos lícitos fica na dependência da aprovação do Poder Público.” (destaque nosso).*

Contudo, por suas previsões inovadoras à época e pelo momento político, o ato foi revogado antes mesmo de sua regulamentação por meio do Decreto-

-Lei n.º 8.167, de 9 de novembro de 1945<sup>12</sup>. No ano seguinte foi promulgada a nova Constituição Brasileira, que dispunha em seu artigo 148.º (inclusão resultante dos esforços de Agamenon Magalhães) que “[a] lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.” (destaque nosso)<sup>13</sup>.

A despeito da previsão constitucional da década de 40, foi apenas duas décadas depois que o Brasil adotou, após extensas discussões legislativas (que contaram com a participação ativa de Agamenon Magalhães e, após sua morte, de seu filho)<sup>14</sup>, sua primeira lei antitruste efetiva: a Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962<sup>15</sup>. Referida lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com competência para reprimir o abuso ao poder econômico<sup>16</sup>. Na justificativa da Lei n.º 4.137/62, que teve como inspiração a experiência norte-americana, encontram-se trechos de autoria de Agamenon Magalhães, em que se afirma que:

*“[...] na luta contra os trustes não há legislação perfeita tal a soma de artificios de que dispõe o poder econômico. V. Exa. até propôs figurar o poder econômico como um dos quatro poderes da República. Sr. Presidente, está explicado que o projeto se inspirou na legislação norte-americana, servindo-se do seu sistema em combinação com o nosso e levando em conta as adaptações resultantes da organização judiciária brasileira. Justificado o projeto em suas linhas gerais, quero declarar à Câmara que não há lei mais oportuna ou mais urgente do que esta ora apresentada à consideração dos meus pares. [...] A América do Norte só conseguiu dominar os trustes de petróleo depois que a Suprema Corte em 1911 decretou a dissolução da “Standard Oil” [...].*

12 Publicado na CLBR, 31.12.1945, vol. 7, p. 90.

13 A Constituição Brasileira de 1967 seguiu a mesma linha, ao prever em seu artigo 157, VI, que “[a] ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

14 Agamenon Magalhães apresentou o Projeto de Lei n.º 122/48. Com sua morte em 1952, o projeto perdeu força. Em 1955, seu filho Paulo Germano de Magalhães apresentou o Projeto de Lei n.º 3/55, reprodução do projeto anteriormente apresentado.

15 Regulamentado primeiramente pelo Decreto n.º 52.025, de 20.05.1963, e, posteriormente, pelo Decreto n.º 92.323, de 23.01.1986.

16 Referida Lei foi regulamentada pelo Decreto n.º 92.323, de 23.01.1986, publicada no DOU de 24.01.1986.

*Essa lei emancipa não só a nação brasileira, mas o Governo atual e os futuros. Como disse Wilson, o governo invisível, formado pelo abuso do poder econômico, é um poder de corrupção, em matéria econômica e política. [...] Essa lei será a carta, será a nova liberdade – liberdade do consumidor brasileiro e liberdade do Governo, porque com ela não estará sujeito às influências de grupos econômicos. [...] para que o Estado brasileiro seja um Estado que comande, que dirija, deve pairar acima de qualquer poder econômico”<sup>17</sup>.*

Percebe-se que da preocupação em se proteger as classes médias e rurais, refletida no Decreto-Lei de 1938, passou-se a uma preocupação com o consumidor propriamente dito e em se preservar a política determinada pelo Governo. Nesse contexto de preocupação com a formação dos trustes e o abuso do poder econômico, foram inseridos os artigos 2.º e 74.º da Lei n.º 4.137/62, que previam um controle estrutural:

*Art. 2.º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:*

*I – Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de: [...]*

- b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;*
- c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas.*

*Art. 74.º Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:*

- a) equilibrar a produção com o consumo;*
- b) regular o mercado;*
- c) padronizar a produção;*
- d) estabilizar os preços;*
- e) especializar a produção ou distribuição;*
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.*

*§ 1.º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias;*

<sup>17</sup> Diário do Congresso Nacional, 16.04.1948, p. 2.444.

*§ 2.º Os atos a que se refere a parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção.”* (destaque nosso).

Vê-se, portanto, que determinados tipos de concentrações e cooperações econômicas estavam sujeitas a dois tipos de controle: um *prévio*, no âmbito do controle de estruturas previsto no artigo 74.<sup>o18</sup>, e outro *a posteriori*, no âmbito do controle de condutas anticompetitivas previsto no artigo 2.<sup>o19</sup>. Não era qualquer tipo de ato entre empresas que exigia o *controle prévio*, mas apenas aqueles que preenchessem as condições (subjetivas, há que se dizer<sup>20</sup>, sem presunção de lesividade) do artigo 74.<sup>o</sup>. Como os efeitos esperados de uma concentração não são aqueles enumerados nas alíneas do artigo 74.<sup>o</sup>,<sup>21 22</sup> e

18 Operação entre empresas do mesmo grupo não tinha o potencial lesivo previsto no artigo 74. O então Conselheiro-Relator do Processo Administrativo n.º 20.654/68, Olympio José de Abreu (Representante: Chefe de Gabinete do Presidente do CADE; Representadas: Indústria Brasileira de Embalagens S.A. e Fábrica Nacional de Tambores Ltda.) concluiu que “[n]ão se constatou no processo nenhuma dessas hipóteses [do artigo 7.º da Lei n.º 4.137/62] posto que a fusão aprovada que foi pela COIFE verificou-se no âmbito de empresas que possuem idêntica composição societária. O que ocorreu foi a integração de uma subsidiária com a que lhe detinha o controle acionário. Não se trata, pois, de um procedimento tendente a fraudar a lei”. Apud Franceschin, 1985: 59-60.

19 De modo a facilitar o controle *a posteriori*, foram incluídas as previsões do artigo 73.º da mesma Lei: “Art. 73. O Departamento Nacional da Indústria e Comércio as Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados, enviarão ao CADE quando solicitado, um resumo de cada um dos atos, contratos, estatutos ou alterações que hajam arquivado ou registrado, com as informações a que se refere o artigo anterior.”

20 Tércio Sampaio Ferraz Junior, “A Concentração Econômica e a Fiscalização Administrativa: Entendimento do art. 74 da Lei n.º 4.137/62, segundo a redação do art. 13.º da Lei n.º 8.158/91”, in *Revista de Direito Administrativo* vol. 193, 1993, p. 68, indica que “a experiência foi demonstrando que as práticas mencionadas no caput abrangiam de fato todos os expedientes concentracionistas habituais, enquanto os efeitos apontados nas alíneas a) até f) não exauriam, por si só, as técnicas econômicas capazes de efetivá-los. Daí resultou um alto grau de discricionariedade que implicava uma verdadeira permissão para o CADE intervir na política econômica dos entes privados”.

21 Por exemplo, em voto no Processo n.º 20.218/71, de 24.03.1971 (Requerente: Ciba-Geigy Química S.A., DOU de 18.04.1972, Seção I, Parte I, pp. 3.423 e ss.), o Conselheiro-Relator Gratuliano Brito afirmou que: “Ora, é de ver-se que um simples negócio de fusão ou incorporação de empresas pelo só fato dessa fusão ou incorporação não se inclui na sistemática específica de controle prévio instituída no artigo 74 da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962.” Apud Franceschini, 1985: 394.

22 Previa o Decreto n.º 52.025, de 20.05.1963, DOU de 21.05.1963, p. 4.946, primeiro a regulamentar a Lei n.º 4.317/62, que “Art. 96. §1.º Independem de registro os ajustes previsto neste artigo quando visem realizar operações normais aos usos e praxes comerciais para contratos da mesma natureza.” O mesmo artigo ainda fixou um prazo (curto) para a apresentação dos acordos contados de sua data de assinatura (e que por previsão legal não teriam validade até a concessão do registro pelo CADE): “§2.º Os atos, ajustes, acórdos e convenções previstos neste artigo não terão validade senão depois de aprovados e registrados pelo CADE. §3.º O registro não impede o CADE se positivado posteriormente o intuito fraudulento do pedido, de promover processo para verificar abuso de poder econômico. § 4.º O pedido de registro deverá



no juízo de discricionariedade do CADE, a jurisprudência foi evoluindo<sup>23</sup> para o registro prévio restrito essencialmente a cooperações econômicas entre concorrentes, contratos de distribuição que impunham restrições a concorrentes<sup>24</sup> e de exclusividade<sup>25</sup>. Contudo, a implementação de tal lei foi muito aquém do esperado, em vista do contexto econômico do país no período de sua vigência (política de substituição de importações, tabelamento de preços e proteção da indústria nacional)<sup>26</sup> e pouco se viu de resultado para a promoção da concorrência. Esse ambiente protecionista era inclusive refletido nos julgamentos do CADE<sup>27</sup>.

---

*ser submetido ao CADE no prazo de dez (10) dias, contados da data do ato, ajuste, acôrdo ou convenção.*" O Decreto n.º 52.025/63 foi revogado pelo Decreto n.º 92.323, de 23.01.1986, DOU de 24.01.1986, p. 1.296.

23 O Conselheiro-Relator J. C. de Mendonça Braga (Processo n.º 20.080/70, de 18.04.1970, Requerente: Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, Requerida: Flumipesca Indústria Fluminense de Pesca S.A.; DOU de 13.05.1970, Seção I, Parte I, p. 3.523) incorporou em seu voto o entendimento de Benjamin Schieber: "a) que a alínea primeira do art. 74 da Lei do CADE refere-se a 'acordos entre concorrentes para limitar a produção, em vez desta limitação ocorrer em resposta à operação da lei de oferta e procura no mercado'; b) que a alínea segunda cogita 'do estabelecimento', por meio de acordos entre empresas, de normas concernentes ao funcionamento do mercado, v.g., o estabelecimento de normas para dar crédito a compradores; c) que a alínea terceira trata de ajustes que fixam 'standards de qualidade de produtos e de medidas e pesos'; d) que a alínea quarta admite a substituição da lei de oferta e procura, como o agente determinante de preços, por acordos entre empresas que tenham por efeito estabilizar preços; e) que a alínea quinta permite a aprovação de acordos que objetivem a partilha do mercado em base de especialização da produção ou distribuição; f) que a derradeira alínea versa sobre 'acordos que visem o estabelecimento de vendedores exclusivos, isto é, vendedores que não possam vender produtos do mesmo gênero ou destinados a satisfação de necessidades conexas, produzidos por outras empresas concorrentes'". *Apud Franceschini*, 1985: 396.

24 Por exemplo, em voto no Processo n.º 20.247/76, de 25.04.1977 (Requerente: Cia. Vidraria Santa Marina, DOU de 23 de maio de 1977, Seção I, Parte I, pp. 6.197 e ss.), o Conselheiro-Relator Geraldo de Rezende Martins afirmou que: "*a nosso ver, os termos dos instrumentos de fls. e fls. configuram um daqueles ajustes de restrição para a distribuição de mercadorias, cuja validade ficou condicionada à aprovação e ao registro neste E. Conselho, por força do art. 74 da Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962.*" *Apud* José Inácio Gonzaga Franceschini & José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, p. 388-389.

25 Por exemplo, em voto no Processo n.º 40.016/75, de 09.09.1976 (Requerente: Petri do Brasil S.A., DOU de 19.10.1976, Seção I, Parte I, pp. 13.852 e ss.), o Conselheiro-Relator Hamilton Bittencourt Leal afirmou que: "*No referido contrato, a concedente dá à concessionária a exclusividade de distribuição dos volantes esportivos, em todo o território nacional pelo prazo de um ano. [...] Assim, voto no sentido de ser aprovado e registrado o contrato de concessão apresentado.*" *Apud* Franceschini, 1985p: 389-390.

26 Não há dados disponíveis acerca do número de atos e contratos que foram registrados perante o CADE nos termos do artigo 74 no período de vigência da Lei n.º 4.137/62. Contudo, é esperado que esse número tenha sido bastante reduzido. Como indicativo, de 1963 a 1990 o CADE instaurou 117 processos administrativos, que resultaram em apenas 16 condenações (todas suspensas no Judiciário). *Vide* Salgado, 1997:176. Segundo Arthur Badin, *Prestação de Contas da Procuradoria do CADE*, 2007, in [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br), 302 processos foram julgados pelo CADE no período 1962-1993.

27 Por exemplo, em voto nas Averiguações Preliminares n.º 112, de 14.12.1981 (Representante: Bombril S/A Indústria e Comércio; Representadas: Colgate Palmolive Ltda. e Colgate Palmolive Co., DOU de 24.12.1981,

Com a Constituição de 1988, a ordem econômica ganha um novo *status* e a livre concorrência, prevista no artigo 170.º, IV, passa a ser um de seus princípios balizadores. Ademais, no artigo 173.º, § 4.º, foi estabelecido que “[a] lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” A isso se soma o novo contexto político e econômico do Brasil, em um forte movimento de liberalização e abertura da economia, com controle da inflação. Nesse contexto, foi adotada a Lei n.º 8.158, de 8 de janeiro de 1991, resultante da Medida Provisória n.º 204, de 2 de agosto de 1990 e de suas reedições<sup>28</sup> (com poucas alterações)<sup>29</sup>. Na Exposição de Motivos da referida Medida Provisória, os então Ministros da Justiça e da Economia, Fazenda e Planejamento apontavam para as insuficiências do quadro legislativo para a tutela da concorrência:

*A Constituição Federal, no seu art. 173, § 4.º, reserva à lei tarefa de reprimir os abusos do poder econômico e a conseqüente produção de anomalias de comportamento concorrencial no mercado.*

Num passado recente, a forte tutela econômica exercida pelo poder público, estabelecendo e aplicando mecanismos de controle de preços, bem como a facilidade com que paralelamente se estimulavam práticas indesejáveis de cartelização e de dumping criaram no País um comportamento empresarial que acabou por prejudicar o justo equilíbrio das forças de mercado.

*Tal situação, que deita raízes em nossa cultura, ensejou a providencial liberação do controle de preços, no contexto da atual política industrial que Vossa Excelência em tão boa hora houve por bem implantar. Essa liberação, imprescindível para viabilizar uma sau-*

---

seção I, p. 24.765 e ss.), o Conselheiro-Relator Feres Osraia Nader do processo afirmou que o: “Estado-Nação, para sobreviver como tal, tem de ser poderoso, também, fora das suas tradicionais fronteiras. Tem de fomentar, apoiar, empurrar financeira, técnica e logisticamente, as suas multinacionais, as multinacionais de raiz interna. [...] há que se proteger as empresas brasileiras de modo a que possam desabrochar para o mundo, em expansão de mercados, de técnica, de grandeza financeira. Assim, temos de interpretar a nossa Lei 4.137/62 no sentido do conhecimento desses fatos. Repito: sem denegrir a multinacional estrangeira que aqui, no Brasil, atua legalmente, ajudando ao progresso, mas tendo sempre em vista que, no corpo do art. 160 da Carta Constitucional está bem vincado o fim do desenvolvimento nacional”. Apud Franceschini 1985:19-20.

28 Medida Provisória n.º 218, de 03.09.1990, DOU de 03.08.1990, p. 16.807; Medida Provisória n.º 246, de 13.10.1990, DOU de 15.10.1990, p. 19.509; Medida Provisória n.º 276, de 05.12.1990, DOU de 06.12.1990, p. 23.464.

29 Ferraz Junior, 1992: 181, “afirma que “a Lei n.º 4.137/62, de raízes relativamente frágeis, tornou-se largamente inoperante. Neste quadro desagregador, a proposta de liberalização da economia trazida por um novo Governo, em março de 1990, tinha dois objetivos básicos: a renúncia do Estado às diferentes formas interventivas e o desbloqueio da iniciativa privada, pela implosão dos cartéis e dos ‘cartórios’. E com essa finalidade, a ressurreição da lei antitruste era uma peça fundamental”.

*dável concorrência, voltada para o aumento e aperfeiçoamento da produção e comercialização de bens, para se tornar eficaz necessita, com redobrada urgência, de um mecanismo legal capaz de prevenir distorções e corrigir abusos. E esta é a razão pela qual temos a honra de encaminhar a Vossa Excelência a presente proposta de medida provisória. A legislação brasileira pertinente, em particular a Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, vem merecendo de longa data críticas acerbas da doutrina, sobretudo pela ineficiência dos procedimentos ali estabelecidos, em razão dos quais até mesmo os processos mais simples chegam a consumir anos de infrutífera discussão, sem nenhum senso prático. As alterações que nesta proposta são sugeridas visam, nuclearmente, a conferir eficiência e rapidez à atuação do poder público neste relevante aspecto.*<sup>30</sup> (destaque nosso).

Foi com base nessa mesma fundamentação, referida nas medidas provisórias subseqüentes, que a Lei n.º 8.158/91 foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada, com vetos, pelo Presidente da República. Tal lei, ao criar a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE)<sup>31</sup> e introduzir mudanças na Lei n.º 4.137/62, muniu a sociedade de um instrumental mais eficaz e adequado à regulação dos comportamentos no mercado<sup>32</sup>. O artigo 74 da Lei n.º 4.137/62 ganhou nova redação dada pelo artigo 13.º da Lei n.º 8.158/91<sup>33</sup>. O controle de estruturas passou a ser claramente obrigatório

30 Diário do Congresso Nacional, 22.08.1990, Seção Conjunta, p. 3.661.

31 Órgão subordinado ao Ministério da Justiça com a função de “apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica” (artigo 1.º da Lei n.º 8.158/91).

32 A Lei n.º 8.158/91 foi regulamentada pelo Decreto n.º 36, de 14.02.1991 (publicado no DOU de 15.02.1991). De acordo com o Decreto, no caso de consulta feita com base no artigo 74 da Lei, a SNDE deveria consultar a Secretaria Nacional de Economia do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento sobre a operação. Nos termos do artigo 22 do referido decreto, o parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia vinculava a SNDE e o CADE.

33 Nova redação: “Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;  
b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;  
c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;  
d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

(afastando a interpretação anterior) e de responsabilidade da SNDE (que hoje corresponde à Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça)<sup>34</sup>. O objetivo de tal mudança seria a criação de um ambiente propício à atividade econômica e seus movimentos naturais, com intervenção mínima no mercado. Caso houvesse um ato de concentração que se mostrasse lesivo à concorrência e que não pudesse ser aprovado com base em fundamentos outros como eficiência e interesse nacional, então a SNDE interviria. Outra mudança significativa é que os atos entre empresas que deveriam ser apresentados para aprovação da SNDE eram todos aqueles com potencial lesivo à concorrência, fugindo-se do rol (ainda mais discricionário) das alíneas da antiga redação. Foi também incluída uma presunção de lesividade, qual seja, a detenção de participação de ao menos 20% do mercado afetado pelas partes de uma operação, caso no qual a notificação era obrigatória<sup>35</sup>.

Apesar da nova redação da Lei prever a apresentação de atos em até 30 dias de sua “realização”, as partes poderiam optar por apresentar a chamada “Consulta Prévia”, nos termos do § 5.º do artigo 74.º da Lei. Foi o que ocorreu com a operação São Paulo Alpargatas S.A. e Empresas Têxteis Santista, que criou à época a maior empresa têxtil no Brasil. A SNDE reprovou a ope-

---

§ 1.º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no ‘caput’, quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

[...] § 3.º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; [...].

§ 5.º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo de sessenta dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3.º acima. [...]”

34 A nova redação do artigo 74.º foi polêmica. Por exemplo, Modesto Carvalhosa afirmou que: “O Poder Público não pode desconstituir uma fusão ou incorporação de uma companhia. A Constituição Federal e a Lei de Sociedades Anônimas garantem a livre contratação” (vide Daniela Fernandes, *Nova Lei Antitruste causa polêmica*, *Gazeta Mercantil*, 18.10.1990, p. 33). Na mesma matéria, há posicionamento do advogado Jayme Vita Rosso (“Este artigo é surrealista, de uma incompetência técnica total”) e do advogado Mauro Grinberg, que preferia a redação anterior – segundo sua interpretação ela já permitia o controle pleno de estruturas (“A redação anterior do artigo 74 era melhor, só faltava aplicá-la”).

35 “Art. 74, § 2.º Incluem-se nos atos de que trata o “caput”, aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços.”

ração em um primeiro momento, aprovando-a com restrições após análise de recurso interposto pelas partes perante o Ministro da Justiça<sup>36</sup>.

Ainda no bojo dessa mesma reforma legislativa foi aprovada a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990<sup>37</sup>, que prevê em seu artigo 4.º que o abuso do poder econômico mediante concentração empresarial de qualquer natureza (coalizão, incorporação, fusão, integração, concentração de ações, aquisição de acervos de empresas ou quotas, ações, títulos e direitos) é crime contra a ordem econômica, punível com reclusão de dois a cinco anos ou multa. Quis-se, assim, assegurar tratamento dos mais severos (de ordem criminal) para aqueles atos de concentração que pudessem lesar a concorrência.

Contudo, as Leis n.º 4.137/62 e n.º 8.158/91, com suas respectivas regulamentações passaram a coexistir com previsões contraditórias e sem a criação da noção propriamente de um sistema. Além disso, havia outras legislações esparsas – como a Lei n.º 8.002, de 14 de março de 1990, que estabelecia tratamento criminal a determinadas condutas anticompetitivas<sup>38</sup> – que dificultavam ainda mais a aplicação coerente do direito da concorrência. Para sistematizar e consolidar os novos conceitos e procedimentos, foi promulgada então a Lei n.º 8.884, em 11 de junho de 1994, da qual tratamos abaixo.

---

36 Vide Despacho do Secretário n.º 49, de 18.05.1994, publicado no DOU de 25.05.1994, n.º 98, Seção I, pp. 7675 e 7676. As condições foram: “1) – remessa de relatórios semestrais, pelo prazo mínimo de 04 (quatro) anos, contados da presente aprovação, ao DPDE/SDE, para acompanhamento do desempenho da nova sociedade, na forma projetada pelas conscientes nos presentes autos; 2) – manutenção das plantas existentes; 3) – manutenção das marcas já comercializadas, sem diminuição das opções dos consumidores; 4) – manutenção dos níveis de empregos; 5) – garantia de pleno e regular abastecimento do mercado; 6) – investimentos em melhorias tecnológicas e aperfeiçoamento dos níveis de eficiência industrial; 7) – implementação de programa de exportações face ao aumento da capacidade produtiva e 8) – demonstração da efetiva divisão eqüitativa dos benefícios decorrentes da associação entre as associadas e os consumidores finais. O descumprimento de qualquer um dos compromissos a serem implementados, como pressupostos básicos que autorizaram a aprovação, deverá implicar na imperfeição do objeto da consulta, o que ensejará a sua revisão.”

37 Publicada no DOU de 28.12.1990, p. 25.534.

38 Publicado no DOU de 14.03.1990, p. 5.167. Previa que: “Art. 1.º Fica sujeito à multa, variável de 500 a 200.000 Bônus do Tesouro Nacional – BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

I – recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser a adquiri-la, mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

II – condicionar a venda de mercadoria ao seu transporte ou à prestação de serviço acessório, pelo próprio vendedor ou por terceiro que ele indicar ou contratar, quando o comprador se dispuser a transportá-la por sua conta e risco.”

## 2. A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI N.º 8.884/94

Os anos 90 alçaram a defesa da concorrência a um patamar nunca antes atingido no Brasil, fruto do contexto econômico e político liberal que permitiu, entre outros, o aperfeiçoamento e consolidação da matéria concorrencial na esfera legislativa<sup>39</sup>. O texto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, foi resultado do trabalho de comissão constituída pela Portaria do Ministério da Justiça n.º 28, de 27 de janeiro de 1993, com o objetivo de “*estudar e propor o aperfeiçoamento e a consolidação da legislação sobre defesa da concorrência e abuso do poder econômico, visando à fixação de novo modelo institucional que propicie melhor ação governamental nesse campo*”. Na Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça Maurício Corrêa ao Exmo. Senhor Presidente da República, foram indicadas as principais preocupações que motivaram a reforma, sendo requerido regime de urgência na tramitação do projeto:

*“Uma política de não-intervenção no livre mercado não deve significar um aval a um mercado que perverte a liberdade. A Constituição Federal, art. 173, § 4.º, exige da lei a repressão do abuso do poder econômico. Trata-se de peça importante para a livre concorrência, capaz de trazer saudáveis conseqüências para a produção e o consumo. A legislação atual tem meios substantivos bastante razoáveis para que se implemente essa repressão. Mas, para dar-lhe efetividade, é preciso dotar o Poder Público de instrumentos hábeis, suficientes para superar alguns problemas essenciais.*

*Primeiro, a falta de quadros especializados. [...] Em segundo lugar, a tradição brasileira mostra que o combate ao abuso do poder econômico por meios administrativos tende a ser sempre questionado no Poder Judiciário [...] impõe-se dotar o órgão de instrumentos processuais adequados notadamente de uma Procuradoria especializada. Terceiro, a própria ação administrativa ressent-se da falta de meios que permitam sejam os agentes econômicos alertados quanto às condutas abusivas que praticarem, assumindo o compromisso de cessá-las. Em quarto lugar, alguns tipos de abuso, como o aumento arbitrário de preços, não encontram satisfatória configuração legal. Finalmente, o processo administrativo na atual legislação não tem claramente formulada a discriminação de competências entre os órgãos encarregados de promovê-lo, o que conduz não poucas vezes a incertezas que só delongam os prazos, em detrimento da necessária celeridade no combate ao abuso do poder econômico”<sup>40</sup>.*

39 Como reconhecido pela OCDE, 2000: 3).

40 Exposição de Motivos n.º 184, de 24 de abril de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça.

Estava clara a busca pela efetividade do sistema: corpo técnico especializado, instrumental para garantir a validade das decisões no Judiciário e agilizar o processo administrativo, com delimitação de competência entre os órgãos responsáveis por implementar a defesa da concorrência no Brasil. Do Projeto de Lei n.º 3.712-E, de autoria do Deputado Fabio Feldman, surge então, após intensas discussões legislativas (inclusive para esclarecer que não se tratava de controle de preços)<sup>41</sup>, a Lei n.º 8.884/94, que contou com o largo apoio do Executivo<sup>42</sup> e que foi recebida de forma dúbia pelo empresariado local<sup>43</sup>.

Em linhas gerais, a Lei n.º 8.884/94 instituiu o CADE como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e composto por seis conselheiros e um presidente, com mandato de dois anos, sendo possível a recondução. Foram também estabelecidas competências para a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanha-

---

41 O Deputado Fabio Feldman, ao acompanhar a 105.ª Sessão Ordinária do CADE, de 02.12.1998, afirmou que: *“no Brasil é preciso que se crie a cultura da concorrência, e a ausência da cultura da concorrência levou a muita incompreensão durante todo o processo de tramitação da Lei, e mesmo depois que a Lei foi sancionada, a dificuldade da sociedade brasileira, de uma maneira geral, de entender a Lei, inclusive, à época, de entender que não se tratava de uma Lei de controle de preço, que foi na verdade, a grande discussão que ocorreu, e nós comentamos. Eu acho que, numa sociedade altamente complexa como a nossa, nesse processo altamente veloz de globalização, essa questão da concorrência, ela é absolutamente vital para um conceito de cidadania contemporânea. [...] eu estou disposto a retomar essa discussão, inclusive no campo da sociedade civil, quer dizer, das organizações não-governamentais, das ONG’s, das quais eu faço parte, porque realmente eu acho inclusive que tem que haver um enorme apoio ao trabalho do CADE e o reconhecimento de que este trabalho é fundamental para o Brasil, e para a cidadania contemporânea. A Lei de Abuso de Poder Econômico foi uma Lei que mudou muito o Brasil no sentido de ser um instrumento de pedagogia para o cidadão brasileiro e para os agentes econômicos [...]”* (transcrição contida na Ata da 105.ª sessão ordinária do CADE, de 02.12.1998).

42 Fernando Henrique Cardoso, em “Discurso de Abertura do III Seminário Internacional de Defesa da Concorrência”, in *Revista do Ibrac* vol. 4, n.º 6, 1997, pp. 5-6, afirmou que: *“Nós apresentamos um projeto para tentar colocar essas questões num prisma mais amplo. E eu quero mencionar aqui a ação nesse projeto primeiro dos advogados que estiveram por trás, como assessores do projeto – alguns estarão por aqui. E a presença naquele momento do deputado Fabio Feldman, que me aterrorizava frequentemente, dizendo que eu tinha que fazer alguma coisa nesta matéria. Ele realmente teve um papel muito grande em me convencer da importância de uma ação mais enérgica na regulação da competição. Foi possível portanto, quando nós já estávamos no Ministério da Fazenda, em 94, discutir mais aprofundadamente essa matéria e, finalmente, foi possível regulamentar de forma adequada o CADE”*.

43 A lei causou polêmica, sendo acusada de instalar um terror econômico (vide Wilson Rodrigues de Faria, *Os problemas da Lei Antitruste*, in *O Estado de São Paulo*, 23.08.1994, p. 26). Parte das críticas vinham de uma compreensão equivocada dos artigos da nova lei como se pode ver do trecho do mencionado artigo de Wilson Rodrigues de Faria: *“Concorrentes não poderiam agir de maneira uniforme e teriam sempre que adotar condutas comerciais não convencionadas. Por outro lado, a lei estabelece que concorrentes não mais poderiam lutar entre si pelo mercado nem brigar pela sua fatia, uma vez que concorrente não pode criar dificuldade ao outro. [...] Dificultar o funcionamento de concorrentes é colocar seus preços mais baixos? [...] O que fazer?”*.

mento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE)<sup>44</sup> que, juntamente com o CADE, formam o que se convencionou chamar “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”. Três pilares básicos foram estabelecidos: atuação preventiva, via controle de concentrações, atuação repressiva, via controle de condutas, e atuação educativa, via promoção da cultura da concorrência. A nova lei revogou as Leis n.ºs 4.137/62, 8.158/91 e 8.002/90, e alterou a Lei n.º 8.137/90, dando unidade e sistematicidade ao tema da defesa da concorrência no país.

Vê-se que se passou de um sistema antes baseado na defesa da economia popular (ainda que transvestido do nome “concorrência” no período 1962-1988) para a promoção da concorrência propriamente dita (a partir de 1994), tendo havido um período de transição a partir da promulgação da nova Constituição e com a tomada de posse do Presidente Fernando Collor em março de 1990. A aplicação dos novos conceitos em um ambiente econômico propício gerou uma verdadeira *revolução antitruste* no Brasil. A mudança de escala da nova estrutura foi rápida. Por exemplo, de maio a dezembro de 1996 foram julgados 162 processos, com 20 condenações, *versus* 152 julgados e 16 condenações no período 1963-1984<sup>45</sup>. O fluxo médio mensal de entrada de processos no período de maio a dezembro de 1996 foi de 23,1 casos, 900% maior do que a média dos dois anos anteriores (2,3)<sup>46</sup>. Parte desse êxito deve-se ao empenho do CADE, já em 1996, em se firmar como instituição e expandir sua área de atuação.

Hoje, o SBDC, com os subseqüentes avanços legislativos à Lei n.º 8.884/94<sup>47</sup>, conta com expressiva reputação, tanto no plano interno quanto no internacional. No campo das estruturas, houve significativos avanços nos últimos mais de quinze anos. De 1994 a 2000, as grandes concentrações tomavam

---

44 Instituída em 01.01.1995, como desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda.

45 CADE, Relatório Anual 1996, Brasília, 1997. O relatório conclui que: “A defesa da concorrência nunca constituiu prioridade do Brasil do passado. Na era CIP, órgãos como o CADE existiam formalmente, mas não eram feitos para funcionar, conforme sugerem as estatísticas mencionadas antes. As autoridades usavam e abusavam de seu poder de intervenção no mercado, enquanto a morosidade da tramitação dos processos de direito econômico tornava ineficaz, na prática, o sistema legal.”

46 CADE, Relatório Anual 1996, Brasília, 1997.

47 Lei n.º 9.021, de 30.03.1995, DOU de 31.03.1995, p. 4.578; Lei n.º 9.069, de 29.06.1995, DOU de 30.06.1995, p. 9.621; Lei n.º 9.470, de 10.07.1997, DOU de 11.07.1997, p. 14.704; Lei n.º 10.149, de 21.12.2000, DOU de 22.12.2000, p. 2; Lei n.º 10.843, de 27.02.2004, DOU de 01.03.2004, p. 1; Lei n.º 11.292, de 26.04.2006, DOU de 27.04.2006, p. 2; Lei n.º 11.482, de 31.05.2007, DOU de 31.05.2007, p. 5.



quase que integralmente a atenção das autoridades. Nos primeiros cinco anos de aplicação da Lei n.º 8.884/94 (1994-1998) um considerável percentual de concentrações foi reprovado – como Rockwell do Brasil/Albarus<sup>48</sup> e Brasilit/Eternit<sup>49</sup> – ou sofreu restrições estruturais – como Rhodia/Sinasa<sup>50</sup>, Gerdau/Pains<sup>51</sup>, Kolynos/Colgate<sup>52</sup>, Brahma/Miller<sup>53</sup>, e Antarctica/Anheuser Bush<sup>54</sup>). A média de operações que sofriam restrições superava 10% do total de atos apresentados, sendo que a maioria das restrições foi além da mera restrição de eventual cláusula de exclusividade e estavam condicionados ao quanto estabelecido nos chamados “Termos de Compromisso de Desempenho” (TCD)<sup>55</sup>.

Obviamente havia um *viés de seleção*: no início de vigência da lei apenas as operações que envolviam grandes concentrações eram apresentadas. Por iniciativa do então Presidente do CADE, Gesner Oliveira, o órgão enviou, principalmente em 1998 e 1999, “*cartas-alerta*” às empresas integrantes de

---

48 AC n.º 1/94 (Conselheiro-Relator: Marcelo Monteiro Soares). A operação consistia na aquisição da Divisão Braseixos da empresa Rockwell do Brasil S.A. pela Álbarus Indústria e Comércio S.A (segmento de auto-peças). Ementa: “*Por maioria, o Colegiado manifestou-se contrariamente à operação de aquisição da Divisão Braseixos da Rockwell do Brasil S.A. pela Álbarus Indústria e Comércio S.A.*”, de 01.12.1994. Em 24.01.1995, o ato foi reapresentado (Ato de Concentração n.º 26/95) e aprovado em 19.12.1995 mediante a assinatura de um TCD (disponível em <http://www.cade.gov.br/ASP/Intranet/temp/t131200819595528.pdf>).

49 AC n.º 6/94 (Conselheira-Relatora: Neide Teresinha Malard). A operação consistia na associação da Eternit S.A. e Brasilit S.A. para a formação de uma nova empresa chamada Eterbrás Sul Ltda. Ementa: “*Por unanimidade, o Colegiado negou autorização às Requerentes Brasilit S.A. e Eternit S.A. para se associarem na criação da empresa Eterbrás Sul Ltda.*”, de 25.11.1994.

50 AC n.º 12/94 (Conselheiro-Relator José Matias Pereira). A operação consistia na formação de uma *joint venture* entre Rhodia S.A. e Sinasa S.A. Administração, Participações e Comércio denominada Rhodia-Ster S.A.

51 AC n.º 16/94. Em 29.03.1995, o Plenário do CADE decidiu, por maioria, “*pela aprovação parcial da transação submetida pelas empresas Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Korf GmbH (Cia. Siderúrgica Pains), determinando-se às Requerentes [...] a DESCONSTITUIÇÃO dos atos pertinentes à incorporação da Cia. Siderúrgica Pains ao Grupo Gerdau*”. Em novembro de 1995, o grupo Gerdau pediu ao então Ministro da Justiça Nelson Jobim que modificasse a decisão do CADE que vetou a compra da siderúrgica Pains. O Ministro Jobim suspendeu a decisão, o que gerou grande desconforto, sendo que os conselheiros que votaram contra a Gerdau não foram reconduzidos para os seus mandatos. Essa interferência, não prevista em lei, foi altamente polêmica e gerou inclusive questionamento ao Ministro da Justiça por parte da Câmara dos Deputados (Requerimento de Informações n.º 1.170, de 26.10.1995). O CADE flexibilizou as restrições impostas no momento de execução da decisão.

52 AC n.º 27/94.

53 AC n.º 58/95.

54 AC n.º 83/96.

55 Os TCDs são previstos na Lei n.º 8.884/94 como condição à aprovação de atos de concentração que gerem preocupações concorrenciais. O instituto é regulamentado pelo artigo 131.º da Resolução n.º 45, de 28.03.2007, DOU de 12.04.2007.

operações para que elas tomassem conhecimento da lei antitruste e apresentassem o ato, caso este preenchesse os requisitos de notificação obrigatória estabelecidos na lei<sup>56</sup>. O objetivo era difundir a existência do controle estrutural e assegurar que a lei fosse cumprida, com a aplicação de multas por apresentação intempestiva (que chegou a 20% dos casos julgados, em 1999 e 2000)<sup>57</sup>. Ainda, para garantir apoio da massa popular e política à atuação do CADE, o órgão firmou em 12 de abril de 2000 com o Ministério do Trabalho e Emprego acordo pelo qual se comprometia a atuar em parceria com referido Ministério “na avaliação de programas de requalificação e recolocação profissional para trabalhadores cuja perda de emprego esteja relacionada à reestruturação e fusão de empresas”<sup>58</sup>. Também foi necessário garantir a independência do órgão em relação ao Governo. Logo no início das atividades do CADE, houve episódio de intervenção direta, quando o então Ministro da Justiça ordenou, em 1995, a suspensão da decisão do CADE no caso Gerdau/Pains<sup>59</sup>. Tal suspensão não estava amparada em dispositivo legal e gerou grande controvérsia, ocasionando inclusive questionamento ao Ministro da Justiça por parte da Câmara dos Deputados (Requerimento de Informações n.º 1.170, de 26 de outubro de 1995). Esse foi o único caso de intervenção direta do

56 Por exemplo, conforme ata da 97.ª sessão ordinária do CADE, de 07.10.1998 (publicada no DOU de 16.10.1998, n.º 198-E, seção 1, pp. 1-2), o “Presidente do CADE, Gesner Oliveira, submeteu ao Plenário o teor de Cartas-Alerta endereçadas às empresas Tirreno e Comércio Derivados Plásticos Ltda., Petroquímica União e Branco Peres Citrus S.A.. O Plenário, por unanimidade, referendou os termos destas Cartas-Alerta, que correspondem aos Ofícios/CADE n.º 1744/98, 1745/98 e 1746/98.” Ainda, ata da 100.ª sessão ordinária do CADE, de 28.10.1998 (publicada no DOU de 06.11.1998), dá conta que “O Presidente submeteu ao Plenário o teor de duas Cartas-Alerta, endereçadas às empresas Bosch S.A. e Café Selete. O Plenário, por unanimidade, referendou os termos destas Cartas-Alerta. [...] O Presidente do CADE, Gesner Oliveira, levou ao conhecimento do Plenário as incorreções apresentadas na reportagem publicada no jornal Gazeta Mercantil, em 26.10.1998, “Cade questiona Grupo Pão de Açúcar”, afirmando que o CADE não questionou ou denunciou a referida empresa. As Cartas-Alerta resultam de competência legal do Plenário do CADE, expressa no inciso XVIII do artigo 7.º da Lei n.º 8884/94 (“Compete ao Plenário do CADE: instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”), e buscam trazer informações relevantes ao cumprimento da Lei.” Ainda, o CADE, em sessão de 26.02.2003, decidiu encaminhar aos bancos “cartas-alerta”, informando sobre a necessidade de as instituições financeiras notificarem ao órgão as fusões e incorporações ocorridas no sistema financeiro.

57 Gesner Oliveira & Bruno Werneck, *Roteiro para análise de atos de concentração: uma proposta para o quadro institucional brasileiro*, EAESP/FGV/NPP: Núcleo de pesquisas e publicações, sem data.

58 A cláusula segunda de referido protocolo curiosamente previa que o Ministério do Trabalho e Emprego “irá monitorar, por meio do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, o fluxo de admissões e dispensas de empregados relativamente às empresas de que trata o presente Protocolo”.

59 AC n.º 16/94. Em 29.03.1995, o Plenário do CADE decidiu, por maioria, “pela aprovação parcial da transação submetida pelas empresas Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Korf GmbH (Cia. Siderúrgica Pains), determinando-se às Requerentes [...] a DESCONSTITUIÇÃO dos atos pertinentes à incorporação da Cia. Siderúrgica Pains ao Grupo Gerdau”.

Executivo e hoje se pode dizer que o CADE está em largos termos insulado de influência política direta<sup>60</sup>.

No afã de implementar a lei antitruste, foi adotada interpretação extensiva do critério do faturamento constante do artigo 54.º, § 3.º<sup>61</sup>: todos os atos em que os grupos econômicos das partes envolvidas apresentassem faturamento mundial no ano anterior à operação igual ou superior a R\$ 400 milhões deveriam ser apresentados ao SBDC. Se por um lado isso aumentava a visibilidade da lei, por outro fazia com que um crescente número de atos sem potencial lesivo fosse apresentado às autoridades brasileiras, principalmente após 2000<sup>62</sup>.

O gráfico a seguir ilustra a evolução no número de atos julgados a partir da vigência da Lei n.º 8.884/94, em que se nota a mudança de escala a partir de 2000. Foi incluída igualmente tabela que indica o número de operações que sofreram restrições ou foram proibidas pelo CADE. A tabela a seguir demonstra que aproximadamente 4,5% dos atos sofreram restrições e menos do que 0,1% foram reprovados<sup>63</sup>. Se excluirmos das restrições aquelas

---

60 Pode-se dizer que há controle do Legislativo, por intermédio do Senado Federal, quando da sabatina dos Conselheiros e potencial influência indireta naqueles Conselheiros que ainda não foram reconduzidos (nos termos do artigo 4.º, § 1.º, da Lei n.º 8.884/94, o mandato dos Conselheiros é de dois anos, sendo possível uma recondução). Os senadores podem negar a recondução em relação àqueles Conselheiros não alinhados com seus interesses. Nos mais de 15 anos de aplicação da lei, apenas três nomes indicados pelo Executivo não foram confirmados ou não tomaram posse por decisão própria. O primeiro foi o Conselheiro Cleveland Prates Teixeira, que não foi reconduzido ao órgão. Ele desistiu da recondução uma vez que o Governo não queria colocar seu nome para votação no plenário do Senado, com temor de que ele fosse rejeitado em vista de seu voto para a reprovação da operação Nestlé-Garoto. A segunda indicação que não se confirmou foi a de Denise Abreu, que tinha apoio do então ministro-chefe da Casa Civil, José Dirceu (Denise Abreu nem chegou a ser sabatinada). A terceira indicação que não se confirmou foi a do economista Enés de Souza, que chegou a ser aprovado pelo Senado Federal, mas decidiu que não tomaria posse.

61 Prevê o artigo 54.º que “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade. [...] § 3.º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

62 Em linha com o planejamento estratégico estabelecido pelo CADE em 1997: “A consolidação dos avanços fartamente ilustrados neste Relatório Anual 1997, aliada à formulação criteriosa e realista da nova agenda que se vislumbra com a modernização da economia brasileira, permitirá ao CADE se credenciar como instituição que almeja a maturidade institucional no ano 2000.” (CADE, *Relatório Anual 1997*, Brasília, 1998, p. 20).

63 Os atos de concentração reprovados foram Rockwell do Brasil/Albarus (AC n.º 1/94), Brasilit/Eternit (AC n.º 6/94), Bolsa Brasileira do Alcool (AC n.º 08012.004117/1999-67), Coopersucar Armazéns Gerais

relacionadas à apresentação da versão final do contrato firmado e restrição de cláusula de não concorrência, esse percentual é reduzido para 1,6% (estimativa conservadora)<sup>64</sup>. Vê-se ainda a concentração da assinatura dos TCDs no período 1994-1998<sup>65</sup>, que além da razão comentada acima, é devido ao

---

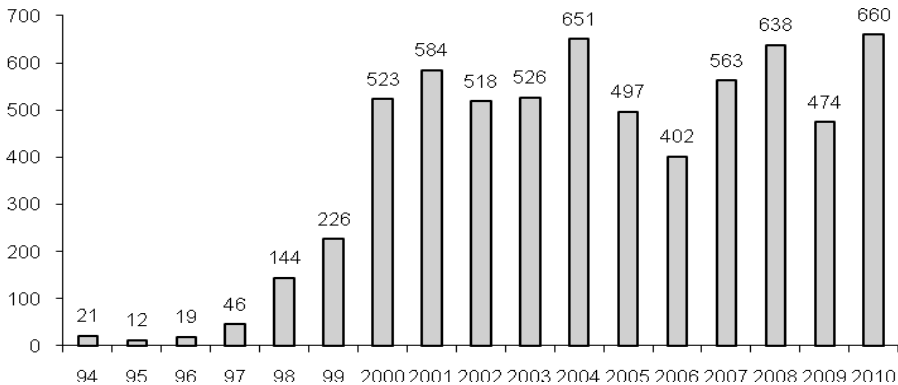
(AC n.º 08012.002315/99-50), Nestlé/Garoto (AC n.º 08012.001697/2002-89), Owens Corning/Saint Gobain (AC n.º 08012.001885/2007-1), Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo/Unimed Santa Maria (AC n.º 08012.008853/2008-2) e Polimix/Cimento Tupi (AC n.º 08012.002467/2008-2).

64 Goldberg: “2006, indica que no período de 2000 a 2004 apenas 0,15% dos atos julgados sofreram restrições estruturais de relevo”.

65 No período 1994-2010, os seguintes TCDs foram firmados: Fosfértil – Fertilizantes Fosfatados/Ultrafértil Indústria e Comércio de fertilizantes (AC n.º 2/1994), Carborundum do Brasil/Norton Indústria e Comércio (AC n.º 5/1994), Carbex Indústrias Reunidas/Helios (AC n.º 13/1994), Companhia Siderúrgica Belgo Mineira/Siderúrgica Dedini (AC n.º 14/1994), Alcan Alumínio do Brasil/FICAP (AC n.º 18/1994), Ajinomoto Co./Oriente Indústria e Comércio (AC n.º 19/1994), Bayer/Companhia Nitro Química Brasil (AC n.º 22/1995), Crown Química/Grace Produtos Químicos e Plásticos (AC n.º 24/1995), CARFEPE S.A. Administradora e Participadora/Santista Alimentos (AC n.º 25/1995), Albarus/Rockwell do Brasil (AC n.º 26/1995), K e S Aquisições/Kolynos do Brasil (AC n.º 27/1995), Dow Produtos Químicos/Hoechst Marion Roussel/Laboratórios Silva Araújo Roussel (AC n.º 47/1995), COPESUL/OPP Petroquímica S.A./Petroquímica Triunfo/Poliolefinas (AC n.º 54/1995), Jovita/Melitta do Brasil (AC n.º 56/1995), Companhia Cervejaria Brahma/Miller Brewing Company (AC n.º 58/1995), ELETROLUX/Kaspar/Oberdorfer (AC n.º 62/1995), White Martins/Unigases (AC n.º 78/1996), Alcan Alumínio do Brasil/Alumínio Penedo (AC n.º 79/1996), Companhia Bahiana de Fibras/Du Pont do Brasil (AC n.º 145/1997), Companhia Vale do Rio Doce/Valepar (AC n.º 155/1997), Amadeus Global Travel Distribution/Transbrasil/Varig (AC n.º 08012.008101/1999-79), Fundação Antônio Helena Zerrenner/Ambev (AC n.º 08012.005846/99-12), Internet Digital Boulevard/Terra Networks Brasil (AC n.º 08012.004818/2000-82), CTBC Celular/Net Site (AC n.º 08012.006688/2001-01), Companhia Brasileira de Bebidas/Pepsico (AC n.º 08012.000212/2002-30), Serrana/Nevada Woods (AC n.º 08012.000497/2000-01), Andely Holding/Manah/Raspail Empreendimentos (AC n.º 08012.004904/2000-97), Cargill Agrícola/Companhia Nacional de Fertilizantes (AC n.º 08012.007454/2000-49), Brasil Mídia Exterior/Hélio Lux/Itasilk/Pintex/Veículo Public (AC n.º 08012.005116/2000-16), Brasil Mídia Exterior/Pintex/Pintex Luminosos (AC n.º 08012.005117/2000-61), Brasil Mídia Exterior/D2E Participações/Local Participações (AC n.º 08012.005118/2000-13), Ripasa/Suzano (AC n.º 08012.010195/2004-19), Ripasa Celulose e Papel/Votorantim Celulose e Papel (AC n.º 08012.010192/2004-77), Axalto Holding/Gemplus International (AC n.º 08012.011178/2005-71), ALL Logística/Brasil Ferrovias (AC n.º 08012.005747/2006-21), Vivax/NET Serviços (AC n.º 53500.029599/2006), Petrobras/Ipiranga (AC n.º 08012.002820/2007-93), Leão Júnior/Recofarma (AC n.º 08012.001383/2007-91), BPS Shopping Center Ltda./Brascan Shopping Centers Ltda (AC n.º 08012.013500/2007-69), DGB Logística/Chinaglia (AC n.º 08012.013152/2007-20), Dana Corporation/MAHLE GmbH (AC n.º 08012.011518/2006-45), RV Empreendimentos Ltda/Silicar Empreendimentos, Comércio e Participações Ltda (AC n.º 08012.008847/2005-28), Agricur Defensivos Agrícolas Ltda/Sumitomo e outros (AC n.º 08012.002148/2008-17), Votorantim Celulose e Papel (VCP)/International Paper (AC n.º 08012.009463/2006-11), Brasil Telecomunicações AS/CLIC Clube de Investimentos dos Empregados da CEMIG (AC n.º 53500.022515), Banco do Brasil S.A./Banco Nossa Caixa S.A. (AC n.º 08012.011736/2008-41), Assicurazioni Generali S.p.A./Intensa Sanpaolo S.p.A, Mediobanca – Banca di Credito Finanziario S.p.A/Telefónica S.A. (AC n.º 53500.012487/2007), Medley/Sanofi-Aventis (AC n.º 08012.003189/2009-10), Sociedade Brasileira de Participações / Chevron Amazonas LLC (AC n.º 08012.009025/2008-15), 614 Telecomunicações Ltda, Net Serviços de Comunicações S.A (AC n.º 53500.001477/2008), American Bank-Note/Interprint (AC n.º 08012.001166/2008-81), Merck & Co., Inc./Schering-Plough Corporation (AC n.º 08012.002252/2009-92), Telemar/Brasil Telecom (AC n.º 53500.012477/2008), Alesat/Repsol (AC n.º 08012.000236/2009-65).

fato de que, a partir de 2000, começou a haver forte movimento internacional contra os remédios de ordem comportamental, por serem considerados ineficazes dada a dificuldade de monitoramento<sup>66</sup>. Contudo, pelo sistema atual ser de controle *a posteriori* e dada a limitação do uso de remédios estruturais, de 2007 a 2010 voltou a haver um incremento no uso de remédios comportamentais.

ATOS DE CONCENTRAÇÃO JULGADOS PELO CADE (1994-2010)<sup>67</sup>

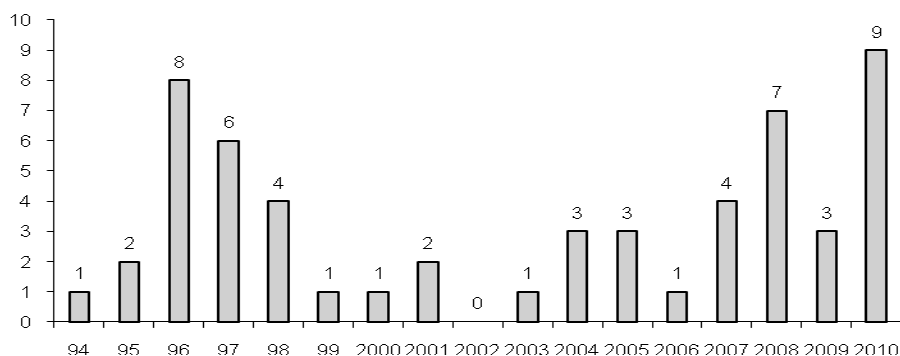


66 ICN, *Recommended practices for merger notification procedures*, 2005, disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/> (acesso em 10.11.2009). A preferência por remédios estruturais também é refletida no U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, 2004, disponível em <http://www.usdoj.gov/atr/> (acesso em 15.01.2007) e European Commission, *Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98*, 2001, Official Journal C 68, 02.03.2001, p. 3. A pouca efetividade dos remédios comportamentais é o resultado do estudo dos remédios adotados pela Comissão Europeia de 1996 a 2000 (European Commission, *Merger Remedies Study: an ex post analysis of 96 remedies included in merger decisions adopted in 1996-2000*, 2005, disponível em <http://ec.europa.eu/> (acesso em 12.03.2010).

67 Fonte: Para os atos de concentração julgados, de 1994 a 1998: Relatório Anual do CADE de 1998; de 1999 a 2000, Relatório Anual do CADE de 2000, de 2001 a 2006, relatório anual do CADE para o respectivo ano; 2007 a 2010: CADE, CADE em números: Ato de Concentração, disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5ada5da368a669c193b4> (acesso em 18.04.2011).

RESTRIÇÕES E REPROVAÇÕES IMPOSTAS PELO CADE (1994-2010)<sup>68</sup>

	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10
Restrições	2	4	8	8	4	7	17	12	9	8	43	37	19	37	58	19	27
Reprovações <sup>69</sup>	2	0	0	0	0	0	2	0	0	0	1	0	0	0	1	1	1

NÚMERO DE TCDs FIRMADOS PELO CADE (1994-2010)<sup>70</sup>

A dificuldade com relação aos compromissos de ordem comportamental trouxe outro desafio para a implementação da lei antitruste: como estabelecer restrições estruturais minimamente efetivas em um sistema de controle *a posteriori*? A despeito de não solucionar o problema, tal como faz a análise prévia<sup>71</sup> (porque permanecem os incentivos das partes em não prestar

68 Fonte: Relatórios Anuais dos respectivos anos quando disponíveis; CADE, CADE em números: Ato de Concentração, disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5ada5da368a669c193b4> (acesso em 18.04.2011).

69 Os atos de concentração reprovados foram Rockwell do Brasil/Albarus (AC n.º 1/94), Brasilit/Eternit (AC n.º 6/94), Bolsa Brasileira do Alcool (AC n.º 08012.004117/1999-67), Coopercucar Armazéns Gerais (AC n.º 08012.002315/99-50), Nestlé/Garoto (AC n.º 08012.001697/2002-89), Owens Corning/Saint Gobain (AC n.º 08012.001885/2007-1), Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo/Unimed Santa Maria (AC n.º 08012.008853/2008-2) e Polimix/Cimento Tupi (AC n.º 08012.002467/2008-2). O AC Gerdau/Pains (AC n.º 16/94) foi considerado aprovação com restrições.

70 Fonte: Cópia dos TCDs firmados obtida no CADE em 01.03.2011.

71 A preferência pela análise prévia já havia sido reconhecida pelo Relatório Anual do CADE de 2003: 373: "É interessante lembrar que a legislação da concorrência encontra-se em fase de revisão e que dentre as propostas de alteração legal em discussão encontra-se a de introduzir a possibilidade de controle prévio das operações. De qualquer forma, como a celebração de APROs tem respaldo dentro da atual legislação, o CADE tem mecanismos institucionais para prevenir danos ao mercado decorrentes de determinadas

informações completas que permitiriam às autoridades detectar problemas concorrenciais a tempo), um avanço importante foi feito pelo CADE em 2002: o “*Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação*” (APRO)<sup>72</sup>. Por meio de tal acordo com o CADE, a parte compromete-se a tomar as medidas para garantir que eventuais restrições à operação impostas pela autoridade no futuro sejam efetivas, evitando assim a adoção de medida cautelar de forma unilateral pelo CADE. Já foram firmados ao menos 25 APROs<sup>73</sup>, sendo 12 apenas em 2007<sup>74</sup>. Na prática, contudo, nem sempre o APRO consegue solucionar a questão que se propõe a atacar e há que se ter cuidado para que não se imponha ônus excessivo aos entes privados por todo o tempo em que se tardar a análise. Ainda com relação à dificuldade de implementar restrições estruturais em um sistema *a posteriori*, há que se dizer que o SBDC não conseguiu implementar em um prazo razoável duas de suas mais significativas restrições – a proibição da aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé S.A.<sup>75</sup>

---

*operações. A solução também apresenta a vantagem de ser seletiva, pois são elaborados acordos apenas aquelas operações que possam gerar algum efeito significativo no mercado.”*

72 O APRO foi primeiramente regulamentado pela Resolução do CADE n.º 28, de 24.07.2002 (publicada no DOU de 02.08.2002) e mais recentemente pela Resolução n.º 45, de 28.03.2007, DOU de 12.04.2007.

73 Exemplos de APROs firmados: Chocolates Garoto/Nestlé Brasil (AC n.º 08012.001697/2002-89), NN Holding do Brasil e Biopart Ltda. (AC n.º 08012.007861/2001-81), Companhia Brasileira de Bebidas/PepsiCo. (AC n.º 08012.0000212/02-30), BR Participações e Empreendimentos/G Barbosa e Cia. (AC n.º 08012.006976/2001-58), CBD/Sendas (AC n.º 08012.009959/2003-34), Cia. Brasileira de Distribuição/Sé (AC n.º 08012.004897/2002-93), TAM Linhas Aéreas/Varig Linhas Aéreas (AC n.º 08012.001291/2003-87), GTI/VRG Linhas Aéreas (AC n.º 08012.003267/2007-14), Compagnie de Saint-Gobain/Owens Corning (AC n.º 08012.001885/2007-11), Dana Corporation/MAHLE GmbH (AC n.º 08012.011518/2006-45), Braskem/Petróleo Brasileiro (AC n.º 08012.002813/2007-91), Refinaria de Petróleo Ipiranga/Ultrapar Participações (AC n.º 08012.002816/2007-25), Braskem/Petrobras/Refinaria de Petróleo Ipiranga/Ultrapar Participações (AC n.º 08012.002818/2007-14), Petrobras/Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A. (AC n.º 08012.002820/2007-93), Leão Júnior/Recofarma Indústria do Amazonas (AC n.º 08012.001383/2007-91), Air Liquide Brasil/White Martins (AC n.º 08012.011196/2005-53), General Motors/Hughes Electronics/The News Corporation (AC n.º 53500.002423/2003), Globo Comunicações e Participações/The DIRECTV Group/The News Corporation (AC n.º 53500.029160/2004), Hypermercados/DM (AC n.º 08012.009107/2007-71), Ambev/Cintra (AC n.º 08012.003302/2007-97), Votorantim Celulose e Papel (VCP)/International Paper (IP) (AC n.º 08012.009463/2006-11), Brasil Telecom/Invitel AS e Telemar Norte Leste Oi (AC n.º 53500.012477/2008 e 08012.005789/2008-23), Medley/Sanofi Aventis Farmaceutica Ltda. (AC n.º 08012.003189/2009-10), Perdigão S.A./Sadia S.A. (AC n.º 08012.004423/2009-18).

74 O grande número de APROs firmados em 2007 é devido a dois fatores: (i) a operação Petrobrás/Ultra/Braskem/Ipiranga gerou a assinatura de quatro APROs (um para cada ato de concentração apresentado); e (ii) atos apresentados em 2005 e 2006 tiveram APROs firmados em 2007 (e.g., Air Liquide Brasil/White Martins Gases Industriais – AC n.º 08012.011196/2005-53, e Votorantim Celulose e Papel (VCP)/International Paper (IP) – AC n.º 08012.009463/2006-11).

75 AC n.º 08012.001697/2002-89; Requerentes: Chocolates Garoto S.A./Nestlé Brasil Ltda., julgado em 04.02.2004). A decisão do CADE foi questionada no Judiciário. Em 19.03.2007, o Juiz da 4.ª Vara Federal do Distrito Federal julgou procedente o pedido dos autores, declarando “*aprovado automaticamente o ato*

e as restrições impostas a uma série de aquisições da Vale<sup>76</sup>, o que pode explicar a volta à assinatura de TCDs (compromisso de ordem comportamental) mais recentemente.

Outras dificuldades surgiram na implementação do controle de concentrações. A OCDE, quando realizou a análise do SBDC em 2000<sup>77</sup>, chamou a atenção para o fato de que muitos recursos estavam sendo usados para a análise de operações que nem sequer tinham potencial lesivo à concorrência (aproximadamente 4,5% das operações apresentadas sofreram restrições, incluídas nesse número as restrições ancilares ao contrato). Começou então um esforço das autoridades para, de um lado, tornar mais ágil a análise de atos de concentração simples e, de outro, sofisticar a análise daqueles atos com real risco à concorrência. Para esses fins, a SDE e a SEAE instituíram, por meio

---

*de concentração submetido à apreciação do CADE em 15.03.2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei n.º 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação". (Processo n.º 2005.34.00.015042-8). Em 28.05.2007, o CADE interpôs recurso de apelação perante o TF-1ª Região. Em setembro de 2009, a 5.ª Turma do TRF-1.ª Região, por maioria, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação "para, reformando a sentença, apenas anular o julgamento pelo CADE do pedido de reapreciação, a fim de que outro julgamento proceda na devida forma". Em março de 2011, o processo permanecia no Tribunal, aguardando julgamento de embargos infringentes.*

76 Em 10.08.2005, o CADE julgou sete atos de concentração envolvendo a aquisição de cinco mineradoras pela Vale e o descruzamento societário entre a mineradora e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) (ACs n.ºs 08012.005226/2000-88, 08012.005250/2000-17, 08012.000640/2000-09, 08012.001872/2000-76, 08012.002838/2001-08, 08012.002962/2001-65, 08012.006472/2001-38). A decisão do CADE foi pela aprovação das operações com a restrição de que a Vale vendesse a mineradora Ferteco ou abrisse mão do direito de preferência sobre a produção da Mina Casa de Pedra. Em seguida, a Vale ingressou com ação judicial contra a determinação do Conselho, contestando a validade do voto de qualidade dado pela presidente Elizabeth Farina. Em 18.12.2007, a 1.ª Turma do STF rejeitou o recurso apresentado pela empresa, mantendo a decisão imposta pelo CADE. Em outra ação, a empresa alegava que deveria ser indenizada pela CSN pela perda do direito de preferência da mina Casa de Pedra e pedia nova liminar para suspender o cumprimento da decisão do CADE. Negada em primeira instância, a liminar foi concedida, após recurso da empresa, pelo Desembargador Souza Prudente, do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região (Agravo de Instrumento n.º 2007.01.000392448). Em 07.01.2008, o Presidente do STJ concedeu suspensão de segurança (Suspensão de Segurança n.º 1.793 – DF (2007/0281238-0) requerida pelo CADE contra a decisão citada no Agravo no Instrumento por haver risco de lesão à ordem administrativa. Em suas palavras: "O não-cumprimento do acórdão proferido pelo CADE, após o emprego de vários expedientes de cunho judicial, constitui ofensa à ordem pública administrativa, uma vez que compromete – à evidência – a tutela administrativa de defesa da ordem econômica, subverte a execução das deliberações administrativas emanadas da autarquia e impede o normal exercício de suas funções e atribuições. Na hipótese dos autos, os atos tidos como de concentração são datados de 2000 e 2001, apreciados pelo CADE em 2005 e, até agora, conforme assinalado, não houve o devido cumprimento da deliberação administrativa." Em seguida, a Vale interpôs recurso chamado "Reclamação" com o objetivo de suspender a referida decisão do STJ, o qual teve seguimento negado pela Presidente do STF em 15.01.2008 (Reclamação n.º 5.780-1 Distrito Federal).

77 OECD, *Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Reform*, Paris: OECD Publishing, 2000.



de portaria conjunta, o “procedimento sumário”<sup>78</sup> e a “instrução conjunta”<sup>79</sup>; SDE e SEAE firmaram acordo com o mesmo fim com a Procuradoria do CADE em 2009<sup>80</sup>. Operações analisadas segundo o “procedimento sumário” representaram 74,85% dos casos julgados pelo CADE em 2010<sup>81</sup>.

Além disso, foi sendo refinada a interpretação dos critérios de notificação. Em 2002 e 2003, uma série de atos de concentração foram arquivados *sem julgamento de mérito* uma vez que foi considerado que eles não tinham o potencial de gerar efeitos no território brasileiro<sup>82</sup>. A sinalização foi no sentido de que o artigo 2.º da Lei n.º 8.884/94<sup>83</sup> impõe diretrizes de interpreta-

78 Portaria Conjunta SDE/SEAE n.º 01, de 18.02.2003, publicada no DOU de 19.02.2003 alterada pela Portaria Conjunta SDE/SEAE n.º 08, de 02.02.2004, publicada no DOU de 04.02.2004, p. 24.

79 Portaria Conjunta SDE/SEAE n.º 33, de 04.01.2006, publicada no DOU de 05.01.2006.

80 “*Termo de Acordo de Cooperação Técnico-Operacional Cade/ProCade/SEAE/SDE que visa conferir maior organicidade às atividades dos órgãos que compõe o SBDC*”, firmado em 04.03.2009.

81 CADE, *CADE em Números, Atos de Concentração*, disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?68c84bd55ab87bdf70d1>, 2011 (acesso em 18.04.2011).

82 São eles: (i) AC n.º 08012.006025/2001-89, Pacific Cycle/Schwinn/GT Corp., Relator: Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior, d.j. 22.05.2002 (tratava-se da aquisição de ativos da Schwinn/GT Corp. pela Pacific Cycle,LLC. ;a Pacific Cycle não ofertava seus produtos no Brasil. Por sua vez, a Schwinn/GT Corp. ofertava seus produtos no país por meio de inexpressivas exportações, sendo que no ano anterior à operação a empresa vendeu apenas cento e quarenta bicicletas no país (tais vendas conferiam à empresa participação de mercado inferior a 1%); (ii) AC n.º 08012.003246/2002-86, Assa Abloy AB/Besam AB, Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade, d.j. 04.09.2002 (tratava-se da aquisição das quotas da Besam AB pela Assa Abloy AB. A Besam AB atuava no mercado brasileiro apenas por meio de insignificantes exportações, sendo que no ano anterior à operação vendeu uma porta no Brasil; a Assa Abloy não oferecia qualquer produto ou serviço no Brasil no mercado relevante da operação); (iii) AC n.º 08012.009254/2002-36, The Carlyle Group/Qinetiq Group Plc, Relator: Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, d.j. 13.08.2003 (tratava-se da aquisição da Qinetiq Group pelo The Carlyle Group; a Qinetiq Group não possuía ativos ou estabelecimento comercial no Brasil e atuava no país apenas por meio de contratos esporádicos, e insignificantes do ponto de vista econômico. Por sua vez, The Carlyle Group não oferecia diretamente qualquer produto ou serviço no Brasil no mercado relevante da operação); (iv) AC n.º 08012.005749/2003-77, NSK/NSK Torrington, Relator: Conselheiro Thompson de Almeida Andrade, d.j. 05.11.2003 (tratava-se da aquisição pela NSK, de 49% do capital social detido por The Torrington Company na joint-venture NTC, não havendo ativos ou empresas envolvidos no Brasil; entendeu-se que uma operação realizada no exterior, envolvendo a aquisição de capital social de empresa que não possui filial, agência, sucursal, escritório, agente ou representante no Brasil, e que não comercializa qualquer produto no país, não possui condão de produzir efeitos em território nacional); (v) AC n.º 08012.005925/2003-71, Eastman Kodak Company/Practiceworks, Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade, d.j. 10.12.2003 (tratava-se da aquisição da Practiceworks Inc. pela Eastman Kodak Company; Apesar de a adquirente atuar regularmente no país, a atuação da adquirida no Brasil era insignificante, pois o grupo não possuía representante em território nacional, nem unidades produtivas instaladas no país. Suas atividades restringiam-se a exportações esporádicas, não tendo no ano da apresentação da operação desempenhado qualquer atividade em território nacional).

83 “Art. 2.º *Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.*”

ção ao artigo 54.º da mesma Lei – é necessário haver, ao menos, a expectativa de que o ato possa produzir efeitos diretos e substantivos no Brasil para que ele seja passível de notificação. Em seguida, em janeiro de 2005, o CADE passou a adotar novo entendimento em relação ao critério do faturamento<sup>845</sup>, refletido em sua súmula<sup>86</sup> n.º 1/2005<sup>87</sup>, que estabeleceu que: “[n]a aplicação do critério estabelecido no artigo 54, parágrafo 3.º, da Lei 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”. Essa mudança teve impacto imediato no número de operações notificadas<sup>88</sup>. A partir de então, o CADE passou a editar outras súmulas toda vez que decide ao menos dez casos no mesmo sentido – até março de 2011, nove súmulas foram editadas, oito delas referentes a controle de concentrações, trazendo maior segurança jurídica aos administrados<sup>89</sup>.

84 O primeiro ato de concentração em que foi aplicado tal entendimento foi o AC n.º 08012.002992/2004-14 (ADC Telecommunications Inc./Krone International Holdings Inc.; Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer; d.j. 19.01.2005).

85 Outras teses já foram apreciadas, como a não aplicação do critério de presunção de lesividade constante no artigo 54.º, § 3.º, da Lei n.º 8.884/94 quando apenas o grupo vendedor apresentar faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões no Brasil. A justificativa baseia-se em uma interpretação sistemática do artigo 2.º (a lei aplica-se aos atos que causem efeitos no país) cumulado com o artigo 54.º. A interpretação foi apresentada pela primeira vez no AC n.º 08012.011559/2006-31 (Cheminova Brasil/Bayer Cropscience) e contou com parecer favorável da SDE e do Procurador-Geral do CADE, que afirmou que “a interpretação proposta, resultante de análise sistemática e finalística da Lei de Concorrência, está de acordo com diversas manifestações anteriores deste CADE, quando já entendeu, mesmo em casos em que o critério objetivo de faturamento se apresentou, não ser obrigatória a notificação do ato de concentração”. O Plenário do CADE conheceu a operação por considerar que não tinha sido essa a intenção do legislador, nos termos do voto do Conselheiro-Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, de 10.10.2007. Na 413.ª sessão ordinária do CADE, de 16.01.2008, foi discutido se o critério de participação de 20% aplica-se mesmo no caso em que apenas uma das partes participa no mercado em questão e que não haja relação vertical entre as partes do negócio. Por maioria, o CADE entendeu que tais atos devem ser apresentados.

86 A “súmula” foi regulamentada primeiramente pela Resolução CADE n.º 39, de 23.02.2005 (DOU de 25.02.2005, p. 52), e posteriormente pela Resolução n.º 45, de 28.03.2007 (DOU de 12.04.2007).

87 Publicada no DOU de 18.10.2005, n.º 200, Seção 1 página 49.

88 Por óbvio, o número de notificações é resultado de uma combinação das variáveis “critérios de notificação”, “grau de aquecimento da economia”, “grau de aplicação da lei pelas autoridades” e “observância da legislação pelas partes em um ato de concentração”.

89 Súmula 2: “A aquisição de participação minoritária sobre capital votante pelo sócio que já detenha participação majoritária não configura ato de notificação obrigatória (art. 54 da Lei n.º 8.884/94) se concorrerem as seguintes circunstâncias: (i) o vendedor não detinha poderes decorrentes de lei, estatuto ou contrato de (i.a) indicar administrador, (i.b) determinar política comercial ou (i.c) vetar qualquer matéria social e (ii) do(s) ato(s) jurídico(s) não constem cláusulas (ii.a) de não-concorrência com prazo superior a cinco anos e/ou abrangência territorial superior à de efetiva atuação da sociedade objeto e (ii.b) de que decorra qualquer tipo de poder de controle entre as partes após a operação”. Súmula 3: “Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial

Por fim, o aumento da segurança jurídica no controle de estruturas deu-se também pela emissão de guias de análise, com destaque para a Portaria Conjunta SDE/Seae n.º 50, de 1.º de agosto de 2001<sup>90</sup>, que aprovou o “*Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal*”. Em 2009, o CADE emitiu a Resolução n.º 53, de 16 de setembro de 2009, que criou o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) com o objetivo de assistir o Plenário nas matérias que envolvam conhecimento econômico e econométrico.

Esse breve panorama da política antitruste referente a controle de concentrações sob a égide da Lei n.º 8.884/94 demonstra que houve relevante amadurecimento institucional por parte das autoridades e disseminação do valor da concorrência pelo país. Contudo, a despeito dos notórios avanços, há importantes aperfeiçoamentos legislativos a serem feitos, o que nos leva ao nosso próximo tema: o projeto de reforma do SBDC sob a ótica das concentrações.

### 3. O PROJETO DE REFORMA DO SBDC SOB A ÓTICA DAS CONCENTRAÇÕES

A aplicação da lei de concorrência pelo SBDC nos últimos anos – principalmente a partir de 2000, quando o sistema passou a ter uma escala maior – demonstrou a necessidade de significativa reforma para garantir efetividade ao controle de estruturas. É certo que da continuação do esforço reformador iniciado na década de 90, depende o futuro da política de concorrência no Brasil. Três aspectos são tidos como mais relevantes: estabelecimento de controle prévio com o subsequente estabelecimento de prazos curtos para revisão, aperfeiçoamento dos critérios de notificação e eliminação da sobreposição das atividades da SDE e da SEAE.

---

*do prazo do art. 54 § 4.º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão”. Súmula 4: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de joint venture, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação”. Súmula 5: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio”. Súmula 6: “O fato gerador das taxas processuais previstas na Lei 9.781/99 é o protocolo do ato de concentração ou da consulta, sendo devidas ainda que a parte venha desistir do pedido em momento posterior”. Súmula 8: “Para fins da contagem do prazo de que trata o § 4.º do artigo 54 da Lei 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data da celebração do negócio jurídico e não da implementação de condição suspensiva.” Súmula 9: “Para fins da contagem do prazo de que trata o § 4.º do artigo 54.º da Lei n.º 8.884/94, considera-se realizado o ato de concentração na data de exercício da opção de compra ou de venda e não o do negócio jurídico que a constitui, salvo se dos correspondentes termos negociais decorram direitos e obrigações que, por si sós, sejam capazes de afetar, ainda que apenas potencialmente, a dinâmica concorrencial entre as empresas.”*

90 Publicada no DOU n.º 158-E, de 17.08.01, Seção 1, pp. 12 a 15.

Em um primeiro momento (de 2000 a 2002) discutiu-se a criação da “*Agência Nacional de Defesa da Concorrência – ANC*” e um projeto de lei paralelo para alterar e acrescentar dispositivos à Lei n.º 8.884/94. O Decreto Presidencial de 11 de agosto de 2000<sup>91</sup> instituiu “*Grupo de Trabalho Intermministerial com a finalidade de concluir os estudos para criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência.*” Em 26 de outubro de 2000, um projeto foi colocado em consulta pública.

O primeiro ponto tratado foi a adoção da análise prévia. A justificativa era que “*dessa forma as partes envolvidas são incentivadas a colaborar ao máximo para a celeridade da análise ao mesmo tempo em que são grandemente ampliadas as opções para a solução de problemas concorrenciais.*”<sup>92</sup>. Vê-se que, muito diferentemente da justificativa da análise prévia do Decreto-Lei de 1945 ou da Lei de 1962 (a mão do Estado presente na economia) agora a preocupação é dar efetividade ao sistema. De fato, um sistema obrigatório e *a posteriori* oferece dificuldades bem peculiares: as partes não têm qualquer incentivo em prestar informações e, quanto mais tardar a análise, mais difícil (ou mesmo impossível) de se implementar eventual decisão estrutural restritiva. Aos argumentos mais teóricos de 2000 somaram-se àqueles de ordem prática (na linha do caso *United States v. El Paso Natural Gas Co.*<sup>93</sup>): como visto o SBDC não consegue dar efetividade em um tempo razoável a seus vetos e restrições, a não ser que haja cumprimento voluntário por parte das requerentes. Não por outro motivo, dos mais de noventa países identificados como possuidores de con-

---

91 Publicado no DOU em 14.08.2000, p. 4.

92 SEAE, *Nota Oficial: Grupo de Trabalho apresenta modelo da ANC*, de 26.10.2000, disponível em <http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2000/r001026.asp> (acesso em 5.10.2007).

93 *United States v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964). Tratava-se da aquisição da *Pacific Northwest Pipeline Corp.* pela *El Paso*, ambas ativas no transporte de gás natural por ductos. O DOJ se opôs à operação, apresentando pedido de desfazimento perante o Judiciário. Após sete anos de litígio, a Suprema Corte decidiu a favor do Departamento de Justiça dos EUA. Porém, outros dez anos foram necessários para se desfazer a operação, fazendo com que todo o processo durasse um total de dezessete anos. Estimou-se que a *El Paso* teve lucro adicional de US\$10 milhões por cada ano que manteve sob seu controle os ativos da *Pacific Northwest Pipeline Corp.*, totalizando uma transferência indevida de renda total dos consumidores para a *El Paso* de US\$170 milhões (U.S. Senate Report n.º 803, 94th Cong. 2d Sess. 66 (1976) *apud* William J. Baer, *Reflections on 20 Years of Merger Enforcement under the Hart-Scott-Rodino Act*, Remarks before the Conference Board, Washington, D.C., October 29, 1996, e the 35th Annual Corporate Counsel Institute Northwestern University School of Law, San Francisco, CA, October 31, 1996). A trajetória do caso *El Paso* desencadeou uma onda de discussões no Senado norte-americano acerca da possibilidade de adoção de um sistema de controle prévio, o que levou à emissão do *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act* de 1976 (HSR).

trole estrutural<sup>94</sup>, apenas o Brasil, Egito e Paquistão tem controle obrigatório e *a posteriori*. A maioria das jurisdições adota um controle obrigatório e prévio, com o cuidado de refinar os critérios de notificação e prever um período de análise curto para que o sistema não se torne excessivamente oneroso para a economia. Isso nos leva à segunda proposta de modificação do projeto: os critérios de notificação.

O projeto que foi à consulta pública em 2000 aboliu o critério de notificação relacionado à participação de mercado (no caso da Lei atual, toda vez que uma das partes detiver participação de mercado igual ou superior a 20%, o ato deve ser apresentado). A decisão foi acertada e está em linha com as melhores práticas internacionais, uma vez que participação de mercado deve ser critério de análise e não de notificação<sup>95</sup>. Contudo, para “compensar” o abandono desse critério, o projeto então apresentado reduzia o valor do critério do faturamento dos atuais R\$400 milhões para R\$150 milhões, o que, a nosso ver, poderia gerar uma avalanche de atos de concentração a serem apresentados.

Ainda em relação ao critério do faturamento, avançou-se em prever expressamente que este se refere ao faturamento *no Brasil*, evitando a incerteza jurídica que advém da redação atual da Lei n.º 8.884/94. Outra proposta pouco comentada à época, mas de suma importância, era a de limitar o controle de estruturas a concentrações econômicas *strico sensu*, eliminando as cooperações econômicas da obrigatoriedade de notificação (ao substituir a expressão “Os atos, sob qualquer forma manifestados” por “Os atos de concentração, sob qualquer forma manifestados”). Finalmente, foi proposta nova sistemática de análise de atos de concentração segundo a qual o Diretor-Geral da Agência, em até 30 dias da notificação, autorizaria a operação ou solicitaria informações complementares. Caso o Diretor-Geral considerasse que a operação poderia apresentar riscos à concorrência deveria impugná-la perante o Tribunal de Concorrência, caso em que as partes ficariam impedidas de consumir a operação por um prazo máximo de 120 dias<sup>96</sup>.

Por meio do Aviso n.º 805/MF, de 2 de dezembro de 2002, o Ministro da Fazenda encaminhou o projeto (com algumas modificações em relação

---

94 Para lista completa, *vide* Martinez: 2008.

95 Cf. International Competition Network, *Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures*, 2004, disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org> (acesso em 23.01.2007).

96 Os prazos mencionados poderiam ser suspensos em situações excepcionais.

ao projeto original) para o Ministro Chefe da Casa Civil com a justificativa abaixo:

*[...] os problemas diagnosticados são decorrentes não só de um inadequado desenho institucional do Sistema, aliado à carência de recursos disponíveis, mas também de questões de ordem legal – impropriedades pontuais da Lei n.º 8.884/94. A existência de três órgãos distintos e a decorrente fragmentação da instrução processual, esta sem paralelo internacional, prolonga excessivamente o prazo de tramitação dos casos e aumenta os custos para o administrado. Note-se, ainda, que esta divisão aumenta significativamente o custo de coordenação entre os três órgãos e propicia inclusive que, em alguns momentos, haja trabalhos replicados. [...] Submeter à análise do CADE todas as operações de concentração notificadas, a maioria das quais nitidamente não prejudiciais à concorrência, é minar-lhe a possibilidade de ação efetiva, no horizonte de tempo necessário, em casos de mérito, por pura e absoluta sobrecarga de trabalho. Isso apenas perpetuaria o modelo perverso que existe hoje, mediante o qual se confere prioridade ao que é menos importante”.*

Anexo ao projeto encontrava-se a Carta Interministerial firmada pelos então Ministros da Justiça, Fazenda e Planejamento, Orçamento e Gestão que explicava as mudanças propostas, com especial ênfase na limitação do controle a concentrações *stricto sensu* e na introdução da análise prévia<sup>97</sup>. O principal avanço com relação à proposta de 2000 foi colocar uma segunda “trava” no critério do faturamento, a exemplo de outras jurisdições como União Européia: não basta que uma parte envolvida na operação (ou seu grupo econômico) apresente faturamento no Brasil no ano anterior à operação de R\$150 milhões. Será necessário também que o grupo econômico de qualquer outra parte da operação tenha registrado R\$30 milhões de faturamento no Brasil no mesmo período. Outra inovação importante foi a previsão de que esses valores poderiam “*ser alterados por resolução conjunta do CADE e da SDE (ou do órgão colegiado do SBDC)*”, possibilitando a flexibili-

97 A referida carta esclarecia que: “O atual artigo 54.º da Lei n.º 8.884/94 trata, conjuntamente, de ato de concentração e de outros atos que possam, de qualquer forma, prejudicar a concorrência. A previsão de que esses “outros atos” precisariam, em tese, ser notificados implica ambigüidade à interpretação do artigo. Desse modo, e seguindo a tendência internacional, o art. 54 foi limitado a controle de concentrações. O projeto estabelece o controle prévio de concentrações e aperfeiçoa os critérios de notificação. Está sendo proposto que a Agência emita seu juízo em relação às operações de concentração que se enquadrem em critério de notificação previamente à sua consumação. Dessa forma, as partes envolvidas são incentivadas a colaborar ao máximo para a celeridade da análise, ao mesmo tempo em que são grandemente ampliadas as opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente surgidos”.

dade necessária para adequar o critério caso se percebesse que o valor era por demais restrito ou amplo.

Em 2005, foi a vez de nova tentativa para emplacar a reestruturação do sistema. A Exposição de Motivos n.º 107-A MJ/MF/MP, de 1 de setembro de 2005, deu grande destaque à necessidade de reforma do controle de estruturas:

*“[...] Atualmente, toda operação de concentração em que quaisquer dos participantes tenham registrado faturamento bruto anual de quatrocentos milhões de reais deve ser notificada. Tal critério é excessivamente amplo, tendo em vista que mesmo operações com impacto insignificante na economia brasileira devem ser notificadas.*

*17. Como consequência, o Sistema é congestionado por esse tipo de operação, muitas das quais sem necessidade de análise, uma vez que não são casos efetivos de concentração econômica ou visivelmente não são capazes de causar danos à concorrência. Isso significa que o Sistema vem empregando grande parte dos seus recursos escassos em análises de menor ou de nenhum potencial danoso para a sociedade, o que caracteriza uma alocação ineficiente de recursos públicos.*

*18. O controle de concentrações não é prévio, o que significa que as partes podem consumir a operação antes da decisão do Sistema. Isso as incentiva a tentar postergar a análise o máximo possível, ao mesmo tempo em que reduz substancialmente as opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente aventados. Vale observar que a grande maioria de condicionantes impostos para a aprovação de operações foi de caráter comportamental, em oposição aos condicionantes de caráter estrutural, muito mais efetivos para corrigir questões concorrenciais advindas de operações de concentração, de acordo com os ditames da moderna teoria antitruste.*

*19. O órgão judicante analisa todos os casos de concentração que dão entrada no Sistema – quando, internacionalmente, sabe-se que, em média, noventa e cinco por cento deles não apresentam qualquer prejuízo à concorrência. A consequência é que esse órgão fica sem condições para conferir a devida atenção aos casos de maior potencial ofensivo aos consumidores, que demandam, por isso mesmo, soluções rápidas”.*

Por conta do (então) ambiente desfavorável à criação de novas “agências”, excluiu-se a referência à *Agência Nacional de Defesa da Concorrência* e preferiu-se investir na reestruturação do CADE, que passaria a ser composto por uma Superintendência (com papel similar ao hoje desempenhado pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico) e um Tribunal. De resto, o projeto manteve a previsão de análise

prévia, a eliminação do critério de participação de mercado e a redução do critério do faturamento de R\$ 400 milhões para R\$ 150 milhões, com a criação da “segunda trava” de R\$ 30 milhões. O Presidente encaminhou o projeto à Câmara sob o n.º 5.877/2005.

O Projeto de Lei n.º 5.877/2005 foi apensado ao Projeto de Lei n.º 3.937/2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca – que trata igualmente da reforma da Lei n.º 8.884/94, ainda que de forma muito mais pontual. O Projeto de Lei n.º 5.877/2005 foi analisado por Comissão Especial da Câmara e, em setembro de 2007, o Deputado-Relator Ciro Gomes apresentou seu voto e proposta de substitutivo, bastante próximo ao projeto apresentado pelo Executivo. Em relação ao controle de concentrações, destaca-se o retorno ao valor de R\$ 400 milhões como critério de faturamento, cumulado com a manutenção da “segunda trava” de R\$ 30 milhões, de modo a limitar o controle de concentrações àquelas operações que de fato podem trazer riscos à concorrência<sup>98</sup>.

O projeto de reforma do SBDC foi incluído como um dos objetivos do *Programa de Aceleração do Crescimento* (PAC) do Governo Federal, programa apresentado em janeiro de 2007<sup>99</sup>. Isso porque espera-se que com a aprovação do PL criar-se-á ambiente institucional mais favorável ao “*livre funcionamento dos mercados e ao investimento privado*”. O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados no final de 2008 e aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2010, onde tramitou sob o n.º PLC 06/2009.

O projeto de reforma sofreu alterações substantivas no Senado – parte importante de autoria do Senador Francisco Dornelles – e aguarda manifestação da Câmara dos Deputados em relação às emendas do Senado. Apesar de substanciais diferenças, tanto a versão aprovada na Câmara quanto no

---

98 Nos termos do voto do Deputado-Relator, “A introdução de uma “segunda trava” com critério de faturamento de R\$ 30 milhões para a outra requerente constitui inovação importante, proposta tanto no Projeto do Deputado Carlos Cadoca quanto do Poder Executivo, para evitar que todas as aquisições de empresas muito pequenas por empresas maiores tenham que ser notificadas. Esta medida tende a reduzir o número de operações notificadas. De outro lado, a redução proposta do limite do critério de notificação de R\$ 400 para R\$ 150 milhões pode aumentar o número de operações notificadas. O efeito líquido dessas duas alterações é ambíguo. Dado o grande número de operações notificadas sem quaisquer problemas, entendemos que o ideal seria reduzir o número de operações apresentadas, diminuindo, inclusive, os custos dessas transações para boa parte das empresas. Já o Projeto de Lei 3937/2004 do ilustre Deputado Carlos Cadoca mantém o valor da primeira trava de faturamento em R\$ 400 milhões, o que, pelos motivos expostos, consideramos mais apropriado. Assim, seguimos, neste dispositivo, a regra estabelecida no Projeto de Lei do Deputado Carlos Cadoca, mantendo o valor do faturamento da primeira requerente para R\$ 400 milhões e introduzindo a segunda trava de R\$ 30 milhões.”

99 Vide Casa Civil, *Programa de Aceleração do Crescimento 2007-2010*, 22.01.2007.



Senado contemplam a adoção da análise prévia, a exclusão da participação de mercado como critério de notificação (mantendo-se o critério do faturamento), a restrição da notificação aos casos de concentração e não de cooperação econômica e a reestruturação institucional.

#### 4. CONCLUSÃO

A construção de um ambiente concorrencial – pautado por mercados contestáveis – é essencial para garantir crescimento de longo prazo não apenas porque produz benefícios estáticos, mas sobretudo porque incentiva a inovação, caracterizada pelo constante investimento dos agentes econômicos no desenvolvimento de idéias e processos que os aproximam da vanguarda produtiva. Sem um contexto marcado pela pressão competitiva, é difícil imaginar uma configuração que possa garantir, em uma economia capitalista, a produção de benefícios e riquezas necessários à promoção de bem-estar social. Deve-se, portanto, tomar especial cuidado para não reduzir a política de promoção da concorrência à mera edição ou reforma de uma lei antitruste, com seu instrumental clássico de adjudicação administrativa em torno das categorias de repressão a condutas anticompetitivas e controle de concentrações econômicas. Muito ao contrário, o formulador de políticas públicas deve entender que a introdução de um sistema formal de intervenção antitruste – e em especial o controle de concentrações econômicas – deve ser apenas parte de um grupo maior de medidas que, plasmadas em instituições e institutos jurídicos, constituam o arcabouço concorrencial de um país.

Como vimos, o Brasil possui desde a década de 30 legislação para a defesa da concorrência, mas foi apenas no contexto de um arcabouço institucional mais maduro, decorrente das reformas implementadas nos anos 90, que a legislação antitruste passou a ter um papel importante na garantia da eficiência dos mercados. O controle de concentrações avançou significativamente desde 1994, mas ainda padece de importantes limitações, especialmente relacionadas ao fato de termos um controle obrigatório *a posteriori*, cheio de sobreposições. Quase sete mil operações foram analisadas desde 1994, com oito reprovações e poucas restrições, que na maioria dos casos não foram implementadas voluntariamente pelas partes sendo alvos de demorados recursos perante o Poder Judiciário.

Nos parece que a hora de instituir um sistema de controle prévio de atos de concentração finalmente chegou, com a conseqüente necessidade de refinamento dos filtros de notificação e estabelecimento de prazos curtos para a

análise, com corpo técnico em número suficiente para atender a demanda de operações notificadas. Isso contribuirá de forma significativa para atingirmos o que deve ser o objetivo último de uma política antitruste: tornar a economia brasileira eficiente, inovadora e competitiva.

## BIBLIOGRAFIA

BENJAMIN, M. Shieber

1966 *Abusos do poder econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio

1992 *Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional*, in *Arquivos do Ministério da Justiça* n.º 180, ano 45.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga & FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo

1985 *Poder Econômico: Exercício e Abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo.

GOLDBERG, Daniel,

2006 *O controle de estruturas no Brasil: reflexões sobre o estudo de José Tavares*, in Velloso, João Paulo dos Reis, *Por uma moderna política de competição*, Rio de Janeiro: José Olympio Editor, RT.

OCDE

2000 *OECD Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Reform*, Paris: OECD Publishing.

OECD & Inter-American Development Bank

2005 *Lei e Política de Concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares*, Paris: OECD Publishing.

SALGADO, Lúcia Helena

1997 *A economia política da ação antitruste*, São Paulo: Singular.

# DOSSIER TEMÁTICO III

*Direito Penal*



# EXISTEM CRITÉRIOS PARA A POSTULAÇÃO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS?\*

*Luís Greco\*\**

**ABSTRACT:** *Criminal Law theory in countries under German influence usually looks for a legal good (a so called Rechtsgut) in order to justify a prohibition. The legal good is the valuable object which the prohibition aims to protect. Legal goods are in the first place individual resources such as life and property, but many legal goods are collective resources. The problem is that collective resources are more abstract and less palpable than individual resources, so that it becomes fairly easy to justify any prohibition whatsoever by inventing a collective resource and calling it a legal good. The paper proposes some rules which should be attended before introducing any new collective good into a discussion.*

**SUMÁRIO:** I. Introdução. 1. A chamada “modernização” do direito penal. 2. Bem jurídico coletivo: justificação de proibições mais extensas e sanções mais severas. II. Conceito de bem jurídico coletivo. III. O ataque generalizado: a teoria pessoal do bem jurídico e o argumento da corrupção. IV. O ataque diferenciado: bens jurídicos coletivos sob suspeita e bens acima de qualquer suspeita. V. Os argumentos críticos. 1. Navalha de Ockham (Schünemann). 2. Bens aparentes como mera soma de bens individuais. 3. Falta de um objeto “por trás” da norma de conduta (Amelung). VI. Aplicação das três regras a certos bens jurídicos coletivos.

## I. INTRODUÇÃO

### 1. A chamada “modernização” do direito penal

Uma das discussões que mais tem atraído a atenção dos penalistas, no Brasil e no estrangeiro, diz respeito à chamada “modernização” do direito penal.

---

\* O presente estudo é uma versão ligeiramente modificada de minha contribuição “Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?”, in: Heinrich *et al.* (orgs.), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin/New York: de Gruyter, 2011, p. 199 ss.

\*\* Dr. iur., LL.M. (Universidad de Ludwig Maximilian, Munique).

Esta discussão parte da premissa de que haveria, de um lado, um direito penal “clássico”, cujas características seriam, aproximadamente, o individualismo, o liberalismo, a legalidade estrita, o predomínio dos bens jurídicos (ou direitos subjetivos) individuais e do delito de lesão, e, de outro, um contraposto direito penal “moderno” – anti-individualista, social, flexibilizador da legalidade por meio de normas penais em branco e de tipos estruturados segundo o modelo da acessoriedade administrativa, rico em bens jurídicos supraindividuais e crimes de perigo abstrato. Enquanto o direito penal clássico seria o modelo idealizado pelos penalistas do Iluminismo, o direito penal moderno representaria o modelo implementado pelas reformas legislativas das últimas décadas. Objeto da controvérsia é a avaliação deste estado de fatos: enquanto uns saúdam a modernização, outros a repudiam.<sup>1</sup>

O presente estudo quer contribuir não para esta discussão, e sim para a sua superação. Já há algum tempo vem ganhando espaço a idéia de que a contraposição entre direito penal clássico e moderno é uma simplificação inadequada. Não se pode realizar uma delicada cirurgia com um facão. A distinção entre proibições legítimas e ilegítimas depende de uma série de critérios e considerações, os quais não são refletidos de modo suficientemente diferenciado pela simplista contraposição entre direito penal clássico e moderno.<sup>2</sup>

Um grupo entre estes critérios e considerações diz respeito ao bem jurídico protegido pela incriminação. As várias dificuldades com que o conceito de bem jurídico tem de enfrentar-se são suficientemente conhecidas e não serão objeto do presente estudo.<sup>3</sup> Aqui se cuidará tão-somente de uma delas, para a qual eu já havia apontado anteriormente,<sup>4</sup> qual seja, a dos critérios para a postulação de um bem jurídico coletivo.

Ainda que se pense que a problemática das chamadas “meras imoralidades” e do paternalismo deva ser resolvida por meio de teorias que não a do bem jurídico,<sup>5</sup> uma vez que essa teoria se move no plano das considerações de conveniência ou utilidade em sentido amplo, isso não significa que tais considerações possam ser de todo dispensadas no momento de justificar proi-

---

1 Amplas referências em Greco, 2011a: 4 ss.

2 Por todos, Roxin, 2006a: 81; Wohlers, 2000: 281 ss.; mais referências em Greco, 2011a: 25 ss.

3 Para uma síntese, Greco, 2004: 89 ss.; Greco, 2006: 401 ss.

4 Greco, 2004: 116-117; Greco, 2006: 409; Greco, 2010a: 182. Apontando para a necessidade de formular critérios, também Hirsch, 1995: 15; Wohlers, 2000: 166.

5 Greco, 2009: 349 ss.; Greco, 2010a: 174 ss.; Greco, 2010b: 63 ss.; Greco, 2007: 321 ss.

bições – doutro modo, voltar-se-ia à idéia do delito como violação de dever, cujo caráter errôneo tem de ser aqui pressuposto. Se se quer justificar proibições também fazendo referências a finalidades, é preciso saber quais dentre essas finalidades são relevantes e quais não. É desse problema que se ocupa o presente trabalho.

## **2. Bem jurídico coletivo: justificação de proibições mais extensas e sanções mais severas**

Os bens jurídicos coletivos facilitam a vida do legislador. Toda vez que o legislador postula, ao invés de um possível bem jurídico individual, um bem jurídico coletivo como objeto de proteção de determinada incriminação, consegue ele justificar mais facilmente uma proibição ou consumação antecipada, uma proibição mais extensa, pela irrelevância do consentimento, e um marco sancionatório mais severo.<sup>6</sup>

Vejam os exemplos, dois do direito alemão, dois do direito brasileiro:

a) O § 265b I *Strafgesetzbuch* (StGB), chamado estelionato de crédito (*Kreditbetrug*)\*, incrimina a conduta de quem, ao requerer a concessão, a autorização ou a modificação de um empréstimo em favor de uma empresa real ou falsa se vale de documentos (balanços, cálculos de lucros e prejuízos, etc.) relevantes incorretos ou incompletos, ou faz declarações escritas relevantes incorretas ou incompletas, ou deixa de comunicar piores relevantes da situação econômica não constantes dos documentos ou declarações feitas. Noutras palavras, o tipo contém uma fração de estelionato, uma consumação antecipada, vez que se realiza já com a conduta fraudulenta. Compare-se o estelionato (§ 263 I StGB), que pressupõe, além da conduta fraudulenta, a provocação de um erro, uma disposição patrimonial e um dano ao patrimônio. O argumento de que se vale a doutrina dominante para justificar essa assimetria é a postulação de um bem jurídico coletivo: enquanto o tipo do estelionato se dirigiria à proteção do bem jurídico individual patrimônio, o estelionato de crédito afetaria, além do patrimônio individual, um bem coletivo: a capacidade de funcionamento do sistema de crédito.<sup>7</sup>

6 Sobre a utilização legitimista de bens coletivos, extensamente, Krüger, 2000: 57 ss.; ademais, Volk, 1982: 87 s.; Hassemmer, 1989a: 557; Hassemmer, 1992: 381; Seilmann, 1992: 453 s.; Weigend, 1996: 699 s.

\* Nota do revisor: em Portugal corresponde a “burla de crédito”.

7 *Bundestag-Drucksache* 7/5291: 14; na doutrina Bottke, 1991: 7 s.; Lackner & Kühl, 2007: § 265 b nm 1; Lampe, 1980: 37 ss., apesar de crítico; Lampe 2008: 101; Lenckner & Perron, 2010: § 265b nm.

b) § 29 BtMG, tráfico de entorpecentes, cujo bem jurídico, segundo a opinião dominante, é a saúde pública.<sup>8</sup> O tipo se realiza já com qualquer conduta animada por interesse pessoal dirigida a promover ou a possibilitar a venda de drogas (assim, literalmente, a definição do *Bundesgerichtshof* [BGH] do elemento típico “comercializar”, *Handeltreiben*), a pena é de até 5 anos de prisão ou de multa. O consentimento do destinatário da droga é irrelevante, vez que ele não é o titular do bem afetado. O crime que tutela o correspondente bem jurídico individual, o de lesões corporais (§ 223 StGB, forma simples; §§ 224, 226 StGB, forma qualificada), pressupõe a causação objetivamente imputável de uma lesão ao bem estar físico ou à saúde e prevê para a forma simples uma pena também de até 5 anos ou de multa. O consentimento é relevante, salvo em situações excepcionais objeto do § 228 (cláusula dos bons costumes).

No direito brasileiro, a situação é um tanto mais crítica. Dois exemplos:

c) Art. 15, Lei 10.826/2003. A lei sobre armas de fogo, cuja finalidade é defender o bem “incolumidade pública”,<sup>9</sup> define como crime inafiançável a conduta de “disparo de arma de fogo”, cominando-lhe pena de dois a quatro anos de reclusão, o que é mais do que o cominado ao delito de lesões corporais simples (art. 129 *caput*, três meses a um ano de detenção) e em parte mais do que o cominado às lesões graves (art. 129 § 1.º, um a cinco anos de reclusão).

d) Art. 33, Lei 11.343/2006. A nova lei de tóxicos, voltada à tutela do bem coletivo “saúde pública”,<sup>10</sup> comina ao delito de tráfico de drogas (“Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”) a pena de cinco a quinze anos de reclusão e de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. Isso também é bastante superior à pena cominada ao delito de lesões corporais, mesmo às graves.

Os exemplos deixam claro o problema: o bem jurídico coletivo justifica incriminações e marcos penais que não seriam *prima facie* justificáveis se

3; LK-Tiedemann, 1996: § 265b nm. 9; Tiedemann, 2006: nm. 17; MK-Wohlers, 2003: § 265b nm. 1; da jurisprudência, OLG Stuttgart, *NStZ*, 1993, 545; OLG Celle, *Wistra*, 1991, 359.

8 Schmitt, 1972: 125; Malek, 2008: cap. 2 nm. 2; Körner, 2007: 236 ss.; K. Weber, 2009: § 1 nm. 3 ss.

9 Silva, 2007: 31; Capez, 2006: 42.

10 Greco Filho & Rassi, 2007: 80; Bizotto & Rodrigues, 2007: 56.



tivéssemos apenas o bem jurídico individual. Isso tem levado parte da doutrina a lançar um ataque aos bens jurídicos coletivos, que se move em diversos planos. Num *plano mais fundamental* transitam os autores que, partindo dessa verificação, recusam já a própria teoria do bem jurídico.<sup>11</sup> Essa crítica mais fundamental não será objeto das presentes reflexões. Diga-se, apenas, que só pelo fato de se justificar um dispositivo penal fazendo referência aos efeitos de proteção por ele almejados – o que quase todo mundo faz – já se está bem próximo de uma implícita teoria do bem jurídico,<sup>12</sup> e que também a principal concorrente dessa teoria, qual seja, a teoria da lesão a direito subjetivo, vê-se deparada com problemas similares.<sup>13</sup> A crítica que agora nos interessa é, portanto, a que se move num plano mais raso. Ela tem por alvo não a teoria do bem jurídico em si, mas sim apenas os bens jurídicos coletivos, dirigindo-se ou à generalidade desses bens (assim, as chamadas teorias pessoais do bem jurídico, abaixo III), ou a alguns deles, que são pejorativamente qualificados de bens jurídicos aparentes (abaixo IV, V). Parece recomendável realizar, anteriormente, algumas precisões sobre o conceito de bem jurídico coletivo.

## II. CONCEITO DE BEM JURÍDICO COLETIVO

A doutrina pouco se ocupa da conceituação de bem jurídico coletivo, mas em geral já a pressupõe conhecida.<sup>14</sup> No mais das vezes ela se contenta com a afirmativa não errada, mas pouco esclarecedora, de que coletivos são os bens cujo portador não é um indivíduo, e sim a coletividade.<sup>15</sup> Há, porém, alguns poucos autores que procuram ir além, propondo critérios que elucidem o significado dessa referência à coletividade. *Hefendehl*<sup>16</sup> menciona, seguindo *Alexy*,<sup>17</sup> os critérios da *não-exclusividade* de seu gozo, da *não-rivalidade* de seu consumo e da *não-distributividade*. Não-exclusividade do gozo significa que ninguém pode ser excluído do gozo do bem; não-rivalidade do consumo significa que o consumo do bem por um indivíduo não impede, nem dificulta o consumo

11 Por ex., Jakobs, 1985: 752 ss.; partindo da teoria da lesão a direito subjetivo, Naucke, 1993: 137 s.; Wolff, 1987: 148.

12 Mais detalhes em Greco, 2009: 309 ss.

13 Mais detalhes em Greco, 2009: 333 ss.

14 Exemplos em *MK-Radtke*, 2003: antes do § 38 ss. nm. 2; Kudlich, 2009: antes do § 13 ss. nm. 5.

15 Por ex., *NK-Hassemer & Neumann*, 2003: antes do § 1 nm. 127; *Lenckner & Eisele*, 2010: antes do § 13 nm.

16 *Hefendehl*, 2002: 111 s.; *Hefendehl*, 2003: 126 s.

17 *Alexy*, 1989: 54 s.

pelos demais; e não-distributividade significa que o bem não é passível de divisão em parcelas que possam ser atribuídas aos indivíduos.

A relação destes três critérios entre si não é tão clara. Ainda assim, parece plausível recorrer apenas ao terceiro critério, o da *não-distributividade ou indivisibilidade*<sup>18</sup>: a não-rivalidade do consumo não consegue dar conta dos bens não-consumíveis.<sup>19</sup> Já a não-exclusividade do gozo parece decorrer da indivisibilidade ou mesmo não passar de uma redescrição dela. Entenderemos, portanto, como *bem coletivo* aquele que não pode ser dividido em parcelas passíveis de atribuição aos indivíduos. A administração da Justiça é, assim, um bem coletivo, porque uma boa Justiça é algo que pertence a todos os cidadãos de igual maneira. O mesmo se diga da pureza do ar: não existe uma parcela do ar destinada a A, outra a B, outra a C, outra a N, mas cada qual pode respirar o ar como um todo, colhendo o mesmo benefício da pureza desse ar. Já o espólio é um bem individual, porque a parte de cada herdeiro é identificável.

### III. O ATAQUE GENERALIZADO: A TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO E O ARGUMENTO DA CORRUPÇÃO

Pode caracterizar-se a *teoria pessoal ou personalista* do bem jurídico (*personale Rechtsgutslehre*) como a tese segundo a qual todo bem jurídico legítimo tem de guardar uma referência ao indivíduo. Essa referência ao indivíduo pode ser concebida de duas formas, daí derivando duas versões da teoria pessoal.

Primeiramente, é possível entender que esta referência tem de ser *direta*, isto é, que só serão legítimos bens jurídicos individuais, interesses ou direitos de “pessoas de carne e osso”, como diz Ferrajoli.<sup>20</sup> Esta concepção, que poderia ser chamada de *teoria personalista radical*, é sustentada por Zaffaroni e Tavares, talvez também por Ferrajoli.<sup>21</sup> Isso significa que já o próprio bem tutelado tem de ser divisível.

Além disso, é possível sustentar que esta referência pode ser *indireta*, de modo que seriam admissíveis bens jurídicos coletivos, desde que eles indire-

18 Assim também Alexy, 1989: 54 s.; Koriath, 1999: 564; Hefendehl, 2002: 123. Já Kuhlen, 1993: 704, baseia-se na não-exclusividade do gozo.

19 Hefendehl, 2002: 113.

20 Ferrajoli, 1998: 481.

21 Tavares, 2002: 216 ss.; Zaffaroni, Alagia & Slokar 2002: 489. Para o direito penal ambiental, Hohmann, 1992: 76 ss. Se Ferrajoli é ou não tão radical, permanece, a meu ver, obscuro – cf. a minha crítica em Greco, 2008/2009: 200.

tamente guardassem algum contato com os indivíduos. Assim, por exemplo, o meio ambiente não poderia ser penalmente protegido por seu próprio valor, mas sim porque dele depende a própria vida e a saúde dos indivíduos.<sup>22</sup> Esses interesses são divisíveis e portanto individuais. Essa versão da teoria, que poderíamos chamar de *moderada*, é defendida principalmente por Hassemer.<sup>23</sup>

Por fim, observe-se que afirmar, no plano mais abstrato da teoria do Estado, que toda atuação estatal tem, de alguma maneira, de tutelar interesses dos indivíduos, porque *o Estado existe para o ser humano e não o ser humano para o Estado*, não pode bastar para transformar uma teoria em pessoal.<sup>24</sup> E isso por duas razões: primeiramente, essa afirmação não é em princípio questionada por ninguém<sup>25</sup> de modo que ela não se refere a nada que a teoria tenha de distintivo, mas sim a algo que ela compartilha com a sua principal concorrente, a teoria dualista.<sup>26</sup> Além disso, um Estado que atua sempre pelos indivíduos e não por si só é, em última análise, algo que beneficia a todos de modo indivisível e, portanto, constitui um verdadeiro bem coletivo. Isso significa que essa afirmação torna a referência ao indivíduo ainda mais tênue, porque essa referência vem mediatizada por um segundo bem coletivo, genérico, que está por trás do bem mais específico objeto de tutela do tipo penal em questão. A referência ao indivíduo acaba sendo, assim, duplamente indireta, o que não pode bastar para uma teoria que pretende dizer algo diferente do que diz a concorrência.

Uma tomada de posição sobre a teoria personalista terá, assim, por objeto apenas a tese radical ou a moderada, com a conveniência de que, se for rejeitada a tese moderada, será automaticamente de afastar-se também a tese radical, que a tem como premissa. E de fato nem mesmo a versão moderada da teoria é convincente. Pense-se nos delitos de corrupção: qualquer que seja o bem

22 Hassemer, 1989b: 92.

23 Hassemer, 1989b: 91 ss.; Hassemer, 2003. Mais referências em Greco, 2009: 314 n. 470.

24 *Vide*, porém, Roxin, 2006b: § 2 nm. 11; Roxin, 2005: 135 ss. (139), que se limita a uma afirmação similar e por isso considera ser a sua teoria personalista, no que, a meu ver, não lhe assiste razão.

25 Digo “em princípio” por duas razões: primeiramente, por causa da manifestação de Weigend, 1986: 44 ss., 52 ss. e 57, que pode ser entendida no sentido de uma teoria coletivista; segundo, porque os dois contextos em que existem propostas de desvincular a proteção penal de interesses humanos (direito penal ambiental e crueldade com animais), na verdade, nada têm a ver com a questão dos bens coletivos. O valor intrínseco que se atribui ao meio ambiente ou aos animais é entendido como independente não apenas de indivíduos, mas também dos seres humanos enquanto coletividade.

26 No mesmo sentido, Hefendehl, 2002: 73 e 82 (“obviedade”), com referências de antigos defensores da posição contrária, p. 67 ss.

jurídico que a eles se atribua – a lisura do serviço público,<sup>27</sup> a confiança da população nessa lisura,<sup>28</sup> o correto funcionamento da administração pública,<sup>29</sup> etc.<sup>30</sup> – será muito difícil reconduzir esse bem paradigmaticamente coletivo, porque indivisível, aos indivíduos.<sup>31</sup> Imagine-se o caso do funcionário atolado em seu trabalho que recebe dinheiro para realizar um ato vinculado que já deveria ter praticado, mas pratica esse ato depois do expediente, não gerando, assim, qualquer desvantagem aos demais que aguardam a prática desse ato. O particular, que é beneficiário, não é vítima, mas provavelmente até autor do delito de corrupção ativa (art. 333, CP brasileiro). Os demais particulares que também estão aguardando a prática do ato pelo funcionário não foram passados para trás e portanto não sofreram qualquer dano. A única possível referência a indivíduos aqui ocorre no plano genérico do interesse indivisível e portanto coletivo de todos os cidadãos numa administração pública que não venda favores. E esta referência duplamente indireta ao indivíduo, como vimos, não é suficiente para uma perspectiva personalista que queira dizer algo que a diferencie de sua concorrente dualista. A única saída para o personalista seria reconhecer que, na situação que imaginamos, não há afetação ao indivíduo e, portanto, a conduta é impunível, devendo interpretar-se restritivamente o tipo penal.<sup>32</sup> Esse resultado parece, entretanto, inaceitável, operando como *reductio ad absurdum* da teoria.

Pode denominar-se essa tese de que o delito de corrupção tutela um bem irredutivelmente coletivo o *argumento da corrupção*. O argumento da corrupção comprova, portanto, que a teoria pessoal mesmo em sua forma moderada é insustentável.<sup>33</sup> Com isso, fica prejudicada também a versão radical da teoria.

*En passant*: tão-pouco a *tese histórica* avançada por alguns defensores da teoria pessoal ou de posições próximas é verdadeira. Segundo essa tese, o direito penal “clássico”, isto é, o direito penal iluminista, teria como uma

27 Bundestag-Drucksachen, 6/3250: 258.

28 Kargl, 2005: 512; Hefendehl, 2002: 321 (além do aspecto mencionado à nota anterior).

29 Heine: 2010 § 331 nm. 3: “capacidade de funcionamento do aparato estatal”.

30 Lackner & Kühl, 2007: StGB § 331 nm. 1, falam num “bem jurídico complexo”.

31 Assim também Kuhlen, 1993: 704; de acordo Anastosopolou, 2005: 43.

32 Ao que parece, nesse sentido, Kargl, 2007: 77 ss.

33 Mesma conclusão em Kuhlen, 1993: 703 s.; Schünemann, 1995: 208 ss.; Krüger, 2000: 74 ss. e 80 s.; Hefendehl, 2002: 61 ss.

de suas características proteger predominante ou quase que exclusivamente bens ou direitos individuais. Quem se der o trabalho de ir às fontes observará o quão pouco essa afirmativa procede. Bens (ou direitos subjetivos) do Estado eram considerados hierarquicamente superiores pela unânime doutrina do séc. XVIII. O argumento geralmente utilizado era o de que direitos do Estado constituiriam condições dos direitos do indivíduo, de modo que aqueles seriam “muito mais sagrados e a sua lesão muito mais punível” que os últimos.<sup>34</sup> Além disso, o delito de alta traição era tido de modo incontestado como o mais grave de todos.<sup>35</sup>

#### IV. O ATAQUE DIFERENCIADO: BENS JURÍDICOS COLETIVOS SOB SUSPEITA E BENS ACIMA DE QUALQUER SUSPEITA

Como a estratégia de ataque geral não se mostra sustentável, parece indicado tentar um ataque mais diferenciado, que seja ao menos capaz de dar conta do argumento da corrupção. É nesse sentido que se vêm manifestando vários doutrinadores, que, mesmo partindo de argumentos um tanto diversos, chegam a conclusões similares. Estas conclusões traçam uma linha divisória entre os bens coletivos, lançando sobre alguns uma séria suspeita e qualificando outros como bens acima de qualquer suspeita. Em geral, diz-se que o primeiro grupo de bens jurídicos coletivos seria de falsos bens coletivos ou de bens coletivos aparentes (*Scheinrechtsgüter*). Os *bens sob suspeita* seriam, além da saúde pública e da capacidade de funcionamento do sistema de crédito, a paz pública, a segurança pública, a incolumidade pública (nos chamados crimes de perigo comum), a segurança no trânsito (nos crimes de trânsito).<sup>36</sup>

Mas o *argumento da corrupção* não demonstra apenas que as teorias personalistas, radical e moderada, são insuficientes. Dele se pode extrair uma segunda conclusão: a de que existe pelo menos um bem jurídico coletivo legítimo, o tutelado pelo tipo da corrupção.<sup>37</sup> E se existe já um bem coletivo,

34 Feuerbach, 1798: 14. Vide, ademais, Beccaria, 1984: § VIII; Globig & Huster, 1783: 39; Grolman, 1799: 162 s.; Kleinschrod, 1799: 33; e também Wieland, 1783: § 236, para o qual delitos contra o indivíduo eram “injúrias indiretas da sociedade civil”; W. v. Humboldt, 1967: 162; similar Gros, 1805: § 366.

35 Feuerbach, 1798: 10; Feuerbach, 1847: § 162 nota 2; ademais Beccaria, 1984: § VIII; Bergk, 1802: 120; Globig & Huster, 1783: 168; Klein, 1796: § 506; Kleinschrod, 1799: 34; Stelzer, 1793: § 101; substancialmente também Wieland, 1783: § 258; vol. II, § 343, que ainda fala imprecisamente em crime de lesa-majestade.

36 Referências *infra* 2, a partir da nota 42.

37 Similar, Hefendehl, 2003: 121, que não parte, porém, só do argumento da corrupção, mas se refere ademais a delitos contra a administração da justiça e de falsificação de moeda.

parece um tanto improvável que ele seja o único. Entre os bens que não costumam ser questionados estão, além daqueles por trás dos delitos de corrupção, os por trás dos delitos de proteção do Estado, dos delitos de falsificação de moeda e dos delitos contra a administração da justiça.

A pergunta agora é saber com base em que critérios se procede a esta distinção. É disso que em seguida nos ocuparemos.

## V. OS ARGUMENTOS CRÍTICOS

### 1. Navalha de Ockham (Schünemann)

Um dos maiores críticos dos chamados bens jurídicos coletivos aparentes, Schünemann, propôs contra eles, além do argumento que abaixo veremos, o princípio metodológico da navalha de Ockham. *Entia non sunt multiplicanda*. Não seria permitido postular um bem jurídico coletivo lá onde “é possível encontrar sem maiores dificuldades um bem individual”.<sup>38</sup> Dever-se-ia partir da “máxima pragmática” segundo a qual um tipo penal “em caso de dúvida, deve ser entendido como um delito de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos individuais”.<sup>39</sup> Assim, no caso do estelionato de crédito acima mencionada, bastaria dizer que o bem tutelado é o patrimônio, bem individual; a menção ao bem coletivo da capacidade de funcionamento do sistema de crédito seria desnecessária e portanto errônea.

A objeção apresenta, contudo, um problema. Permanece obscuro quando “é possível encontrar sem maiores dificuldades um bem individual”, noutras palavras, permanece obscuro em que plano o argumento opera, se no ontológico ou no normativo. Se a navalha de Ockham for entendida como uma tese ontológica, que diz respeito àquilo que existe no mundo, ela diria que não se deve supor o mundo povoado de mais objetos (no caso: de mais entidades coletivas) do que o necessário para fazer sentido dele (e dos tipos penais). Isso é estranho – pois a questão não pode ser a da existência ou não, por exemplo, do sistema de crédito. Se a tese é entendida como algo normativo, isto é, como a afirmativa de que o bem coletivo é, em certos contextos, irrelevante, então se teria de fornecer critérios de relevância – questão a que logo retornarei (abaixo 3).

38 Schünemann, 2000: 27.

39 Schünemann, 2000: 25 s.

A intuição por trás desse argumento é, contudo, correta. Recorde-se: o problema dos bens jurídicos coletivos está em que eles solucionam todos os problemas. A opinião dominante argumenta que o tipo do estelionato de crédito tem de proteger um bem coletivo, alegando que, doutro modo, não se poderia legitimar a antecipação da tutela por meio de um delito de perigo abstrato.<sup>40</sup> Por trás do argumento de Schünemann está a recusa a uma tal multiplicação de entes feita com o único sentido de dar razão ao legislador. Se isso for possível, terão razão os que recusam a idéia de bem jurídico: estar-se-á privando o conceito de bem jurídico de qualquer função de controle da racionalidade da decisão legislativa de incriminar, reduzindo-o a um artifício ideológico, a um coringa útil para fazer parecer racional qualquer decisão do legislador, por mais arbitrária que ela de fato seja. Daí já se pode derivar algo inquestionavelmente correto: dar razão ao legislador, noutras palavras, justificar um dispositivo penal, não é nunca uma razão suficiente para postular um novo bem jurídico. Um bem jurídico capaz de exercer uma tal função de controle, e que não se esgote numa mera reafirmação circular de que o legislador está sempre certo, tem de ser algo valioso por razões independentes do mero fato de que há uma proibição em sua defesa. O bem é protegido porque valioso, e não valioso porque protegido.

Pode, assim, formular-se uma primeira conclusão intermediária, sob a forma de uma *regra n.º. 1*, que também poderia ser chamada de *teste da circularidade*: *o fato de que um dispositivo penal não seria legítimável sem um bem coletivo não fornece qualquer razão para postular um tal bem.*

## 2. Bens aparentes como mera soma de bens individuais

Alguns autores, como Roxin<sup>41</sup>, Schünemann<sup>42</sup>, Hefendehl<sup>43</sup>, Hörnle,<sup>44</sup> e Anastosopoulou<sup>45</sup> vêm questionando o próprio *status* ontológico dos bens sob suspeita, alegando, principalmente, que esses bens não seriam mais do que nomes, do que palavras cujo significado real não é outra coisa que a soma de

40 Por ex., Lenckner & Perron, 2010: § 265b nm. 3; MK-Wohlers, 2003: § 265b nm. 2.

41 Roxin, 2005: 143; Roxin, 2006b: § 2 nm. 46 ss. e 75 ss.; Roxin, 2010: 568.

42 Schünemann, 2000: 26 e 28; Schünemann, 2003: 149 ss.; Schünemann, 2006: 26.

43 Hefendehl, 2002: 82.

44 Hörnle, 2005: 88.

45 Anastosopoulou, 2005: 43 ss., 237 ss. e 296 ss.

certos bens individuais. Essa soma não é uma outra entidade, coletiva e diversa das partes individuais que a compõem. Por exemplo, a saúde pública não seria um bem coletivo, porque inexistiria um corpo coletivo, que possa ser saudável ou enfermo. A saúde pública não passaria de um nome que agrega a soma de todas as saúdes individuais.<sup>46</sup> O mesmo se poderia dizer da capacidade de funcionamento do sistema de crédito: ela é constituída da soma de bens individuais, a saber, dos patrimônios das instituições de crédito.<sup>47</sup>

Também esse argumento se funda em *algo correto*, a saber, na definição de bem jurídico coletivo acima explicitada. Bens jurídicos coletivos são bens indivisíveis e não bens de um número indeterminado de indivíduos. A afetação de um número indeterminado de indivíduos não significa que o bem em questão seja coletivo.<sup>48</sup>

A grande insuficiência desse argumento é a sua roupagem ontologicista. O argumento se propõe, abertamente, a distinguir bens coletivos verdadeiros e falsos. Ele formula assertivas sobre o ser, sobre o que existe de verdade e o que é mera aparência. Ao contrário do que pensam os normativistas,<sup>49</sup> tal modo de proceder não é problemático *per se*; mas não se pode desconhecer as limitações a ele inerentes. Em primeiro lugar, o argumento ontológico é bastante pretensioso. Se existe ou não uma saúde “pública”, isto é, se existem dimensões da saúde irredutíveis às saúdes individuais, é, em última análise, uma difícil questão de ontologia social, isto é, da teoria que enumera as entidades existentes no mundo que chamamos de sociedade. Uma descrição individualista ou atomista da sociedade, que considera somente existirem entidades individuais e nunca agregados, teria mais facilidade em aceitar esse argumento do que uma descrição coletivista ou organicista, que considera os indivíduos meros acidentes daquilo que é essencial, algo como a nação, o Estado, as instituições ou sistemas sociais. A abordagem mais correta e mais condizente com o moderno liberalismo político, é, isso sim, tornar as ques-

---

46 Nesse sentido, Roxin, 2006b: § 2 nm. 46; ademais Frisch, 1993: 94; Köhler, 1992: 27 s.; Wohlers, 2000: 191; Hefendehl, 2002: 142 ss.; Schünemann, 2003: 146 s.; Anastosopoulou, 2005: 270; NK-Puppe, 2003: antes do § 13 nm. 189.

47 Hefendehl, 2002: 118 e 260 ss.

48 Cf. Krüger, 2000: 120 s., fazendo referência ao homicídio qualificado por meio que causa perigo comum; Hefendehl, 2002: 141.

49 Principalmente Jakobs, 1991: VII s.



tões de justificação política e normativa independentes de outros problemas filosófico-gerais, entre os quais estão os de ontologia social.<sup>50</sup>

Essa fraqueza não é meramente teórica, mas faz sentir-se no debate jurídico mais concreto. O deslocamento da discussão para o plano ontológico torna o crítico vulnerável a réplicas também ontológicas. O argumento perde boa parte da sua força tão logo o defensor do bem coletivo posto sob suspeita deixe de se referir ao número indeterminado de afetados e passe a apontar para algo indivisível, principalmente para uma instituição social. Tome-se, em concreto, o bem saúde pública. O defensor da opinião dominante pode, por um lado, fixar-se na idéia de que existe algo como um corpo coletivo,<sup>51</sup> ele pode, também, valer-se de uma abordagem menos filosófica e alegar que se trata do “interesse do Estado na manutenção de cidadãos saudáveis e de uma ordem social vital”.<sup>52</sup> Ele pode lembrar que há uma diferença entre uma situação em que várias pessoas estão doentes e uma epidemia; que ruas limpas, hospitais eficientes e disponíveis, ar puro, um bom sistema de saneamento, vacinação, todos são elementos que fazem parte disso que ele está chamando de saúde pública. Ele pode apontar para o direito constitucional e administrativo,<sup>53</sup> que não têm qualquer problema com a idéia, o que para o defensor do argumento ora examinado é um tanto estranho, porque significa que, a seu ver, ou a inexistência da saúde pública opera efeitos só para o direito penal, sendo difícil entender essa noção de inexistência setorial, ou os outros ramos do direito trabalham com um fantasma, sem o saber. Algo similar se poderia dizer da econômica de créditos. Ao invés de apontar para os investidores e seus interesses, pode o defensor de bem coletivo falar de quão melhor é uma sociedade em que existe o crédito, uma vez que ainda mal teríamos saído das cavernas se novas idéias e empreendimentos sempre dependessem de capital próprio para poderem ser realizados.<sup>54</sup>

50 Em especial, Rawls, 2005: 374 ss.; Larmore, 2008: 144 ss. Argumentação similar já em Greco, 2011b (no prelo).

51 Nesse sentido, ao que parece, a exposição de motivos da lei alemã de tóxicos, *Bundestags-Drucksache VI/1877*: 5.

52 Beulke & Schröder, 1991: 394.

53 Cf., com muitas ulteriores referências, Steiner, 2003: 1 ss.; Frenzel, 2007: 243 ss. (cujas críticas se dirigem predominante a aspectos terminológicos).

54 Nesse sentido especialmente Lampe, 1980: 38 ss., que descreve com cuidado os aspectos supra-individuais do bem protegido pelo § 265b StGB, considerando-os, contudo, impassíveis de ser lesionados; Bottke, 1991: 7, que resolve o problema da possibilidade de lesionar com a idéia de cumulação. Essa

Ainda assim, pode formular-se uma segunda conclusão intermediária, sob a forma de uma *regra n.º. 2*, que poderíamos batizar de *teste da divisibilidade: o fato de que um número indeterminado de indivíduos tem interesse em um bem não é uma razão para postular um bem coletivo*.

### 3. Falta de um objeto “por trás” da norma de conduta (Amelung)

Para Amelung, o caráter liberalizante da teoria do bem jurídico, mesmo enquanto conceito meramente dogmático, está em que ela serve de baluarte contra o moralista e o déspota no direito penal. Tanto o moralista quanto o déspota seriam aqueles que entendem que uma norma se justifica por ela mesma, sem necessidade de um objeto “por trás” dela, passível de afetação negativa em caso de desobediência.<sup>55</sup> Muitos dos bens que Amelung considera aparentes se refeririam, porém, a fenômenos que não se encontram “por trás” das correspondentes normas de conduta, mas não seriam mais do que uma redefinição de uma sociedade em que há uma obediência generalizada a estas normas.<sup>56</sup> Por exemplo, a segurança pública não seria um bem afetado em decorrência de comportamentos delituosos, mas a própria situação de não-cometimento de comportamentos delituosos.<sup>57</sup> O mesmo se poderia dizer quando alguém considera que um sentimento<sup>58</sup> ou a confiança em algo<sup>59</sup> é o objeto tutelado por um tipo penal.

Há uma *insuficiência* no argumento: ele é meramente conceitual, de modo que ele convida a uma réplica que se mova igualmente nesse plano conceitual. O argumento é conceitual, porque ele identifica a segurança, a confiança e certos sentimentos com o respeito à norma. A isso se pode, contudo, replicar que não se está falando do próprio respeito à norma, mas sim de algumas de suas conseqüências fáticas positivas: no caso da segurança, por exemplo, o fato de que se possa passear na rua também à noite, de que ninguém precise

---

estrutura argumentativa, isso é, a menção de dimensões não-distributivas, e por isso indiscutivelmente coletivas do bem protegido, aparece principalmente em Tiedemann, também no que se refere ao direito penal econômico em geral, 1972a: 10 ss.; Tiedemann, 1972b: C 19 ss.; Tiedemann, 1989: 691; Tiedemann, 1999: XII; Tiedemann, 2010: nm. 45.

55 Amelung, 2003: 171 ss.

56 Amelung, 2003: 169 ss.

57 Amelung, 2003: 172 s.

58 Amelung, 2003: 171 s.

59 Amelung, 2003: 172.

se preocupar se os filhos demoram para chegar em casa, etc. Se Amelung quer reservar o termo segurança para designar o próprio atendimento à norma, o crítico pode ceder e falar não mais em segurança, e sim em segurança<sub>2</sub>, e com ela designar essas conseqüências fáticas positivas. O argumento de Amelung não impede que o defensor do bem coletivo diga que o que lhe importa é a segurança<sub>2</sub>, um bem coletivo – porque pertencente a todos os indivíduos de modo não-distributivo – e que, de fato, não se confunde com o atendimento à norma de conduta.

As considerações de Amelung partem, contudo, de uma *intuição correta*, que cumpre agora explicitar. Como no nosso argumento da corrupção, o mais recomendável será partir de algo seguro. Aqui dispomos da inquestionável proposição de que o tipo penal do furto tutela um bem jurídico individual (*argumento do furto*).<sup>60</sup> A intuição por trás do argumento de Amelung é a de que a menção de conseqüências que se situam no mesmo plano do que as que compõem a segurança<sub>2</sub>, de que se falou acima leva, em última análise, a que todo tipo penal seja entendido como protetor de bens coletivos. Até no tipo penal do furto, por trás do bem jurídico lesionado por uma dada violação da norma, a saber, a propriedade sobre a coisa concreta, é possível encontrar a instituição social da propriedade (e, evidentemente, também a segurança<sub>2</sub>), que, como instituição, é algo indivisível e portanto coletivo. Ou seja, não se trata de que os bens jurídicos criticados inexistem (o que é, novamente, uma questão de ontologia social), mas apenas de que a sua afetação *não apresenta qualquer conteúdo de desvalor adicional* ao da afetação do bem individual.

Pode perguntar-se por quê. Parece que, no direito penal, os bens jurídicos coletivos se manifestam de duas maneiras. O primeiro grupo, ao qual pertencem os bens jurídicos dos delitos de corrupção e também os dos delitos contra a administração da justiça, de falsificação de moeda, de proteção do Estado e contra o meio ambiente, se manifesta, por assim dizer, de modo *direto*. A agressão a esses bens só pode ser imaginada como uma agressão direta, a afetação colateral de um ulterior bem individual pelo mesmo comportamento proibido é algo meramente contingente. Um falso testemunho pode ter por conseqüência uma lesão à liberdade individual ou ao patrimônio de uma das partes no processo, mas isso não tem necessariamente de ocorrer.

---

60 Pouco importando se esse bem é a propriedade (nesse sentido, por ex., Eser & Bosch, 2003: § 242 nm. 1/2) ou a propriedade e a guarda (nesse sentido, por ex., Lackner & Kühl, 2007: § 242 nm. 1). Por considerações de estilo falarei apenas na propriedade, mas o argumento que desenvolvo não sofrerá qualquer alteração de conteúdo se se mudasse o ponto de referência para esses dois bens.

Os bens coletivos do segundo grupo, por sua vez, não se manifestam jamais de maneira direta, mas sempre *mediados* por outro bem jurídico mais preciso, (em regra) individual. A agressão a esses bens, contrariamente ao que ocorre no primeiro grupo, só pode ser imaginada como agressão indireta, porque seu objeto mediato é sempre o bem individual mais concreto. A afetação do bem coletivo se esgota num reflexo dessa afetação ao bem individual. Tal é o caso em bens como a propriedade enquanto instituição social, na saúde pública e também na segurança em suas várias formas. Esses bens parecem não poder ser diretamente atacados de modo penalmente relevante. A agressão penalizável à instituição da propriedade ou à segurança do trânsito tem sempre que simultaneamente dirigir-se a bens dos indivíduos. A agressão isolada e direta ao bem coletivo sequer parece concebível como injusto penal. Uma agressão direta, não-mediada, à instituição da propriedade foi por exemplo a consolidação da chamada função social da propriedade nas constituições modernas,<sup>61</sup> a saúde pública seria atacada diretamente se se fecham hospitais, a segurança do trânsito se se suspender o controle eletrônico de velocidade nas estradas. Nenhum desses comportamentos, porém, pode constituir um ilícito penal. É justamente o fato de que a agressão direta (não mediada por um bem individual) a esses bens coletivos sequer é imaginável como algo punível, que prova que esses bens não têm qualquer relevância para o direito penal e que, portanto, eles não podem fundamentar qualquer dispositivo. Ao contrário do que diz a teoria dos bens jurídicos aparentes, o problema desses bens não é que eles inexistem, e sim que *eles, mesmo se existentes, carecem de específica relevância para o direito penal*. Pode encontrar-se por trás de todo bem jurídico individual um similar bem coletivo, o que prova que a afetação desse bem coletivo não é algo de conteúdo de desvalor autônomo em face da afetação do bem individual correspondente. E a vantagem da abordagem aqui proposta em comparação com as teses dos bens jurídicos aparentes de que estamos cuidando e acabamos de cuidar é que ela se move no plano normativo, e não mais no plano semântico ou ontológico. Réplicas semânticas ou ontológicas perdem, assim, sua força.

E com isso se pode formular uma *regra n.º 3*, que se pode chamar de *teste da não-especificidade*: *não é permitido postular um bem coletivo como objeto de proteção de uma determinada norma penal, se a afetação desse bem necessariamente pressupõe a simultânea afetação de um bem individual*.

61 O que, repare-se, é uma observação e não uma crítica.

## VI. APLICAÇÃO DAS TRÊS REGRAS A CERTOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

É evidente que as três regras propostas – o teste da circularidade, o teste da distributividade e o teste da não-especificidade – têm caráter apenas negativo, isto é, que eles fixam condições necessárias, mas não suficientes para a postulação de um bem coletivo. Elas precisam ser complementadas por um argumento positivo, que fundamente por que o objeto que se quer proteger tem valor. Deixarei em aberto se é possível formular regras gerais a esse respeito. Por ora interessa aplicar os critérios propostos aos quatro tipos penais inicialmente mencionados.<sup>62</sup>

O *estelionato de crédito* (§ 265b StGB) não protege qualquer bem jurídico coletivo, e sim o *patrimônio de quem faz o empréstimo*.<sup>63</sup> Os perigos para o patrimônio de quem faz o empréstimo, para o patrimônio de seus credores e para o patrimônio dos credores de quem toma o empréstimo, apesar de mencionados na exposição de motivos,<sup>64</sup> não passam no teste da divisibilidade. A referência a dimensões da economia de créditos que passam nesse teste é reprovada, por sua vez, no teste da não-especificidade, uma vez que é impossível atacar diretamente a economia de créditos de modo jurídico-penalmente relevante sem ao menos criar perigo abstrato para o patrimônio de pessoas individuais.

Tão-pouco a saúde pública, dos *delitos de tóxico* do direito alemão e brasileiro, passa no teste da não-especificidade. A afirmação de que, sem a saúde pública, ter-se-ia um paternalismo injustificável, é excluída pelo teste da circularidade. E as dimensões do bem que superam o teste da divisibilidade não superam o teste final, uma vez que elas jamais são diretamente atacáveis, mas apenas em conjunto pelo menos com um perigo abstrato para bens individuais.

E a incolumidade pública, suposto bem jurídico da *lei de armas de fogo* (Lei 10.826/2003) e de seu mencionado Art. 15, tão-pouco é passível de um ataque direto e isolado, que não consubstancie pelo menos um perigo abstrato para os bens individuais vida, integridade física ou propriedade. O fato de

62 Deve estar claro que os bens dos tipos do primeiro grupo acima, item 5., mencionado superam os três testes, o que não precisa ser explicitamente demonstrado.

63 No mesmo sentido Heinz, 2008: T3 § 265b nm. 2; Hefendehl, 2002: 262 s.

64 *Bundestag-Drucksache* 7/5291: 14.

esses bens pertencerem a todos os indivíduos não transforma esses bens em coletivos, porque não está superado o teste da divisibilidade.

Ter-se-á de reservar a outra oportunidade a aplicação dos testes aqui propostos a outros dos bens jurídicos coletivos comumente postulados. Na presente sede, limito-me a exteriorizar minhas dúvidas quanto a se os delitos de falsidade documental<sup>65</sup> e os delitos contra a concorrência (por exemplo, os §§ 16 e ss. da lei alemã contra a concorrência desleal, UWG)<sup>66</sup> realmente se fundam na proteção de um bem coletivo. Ao menos à primeira vista me parece que os postulados bens coletivos não passam no teste da especificidade.

## BIBLIOGRAFIA

### ALEXY

1989 “Individuelle Rechte und kollektive Güter”, in: Weinberger (org.), *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung – Aktuelle Probleme der Demokratie*, Wien: Manzsche, p. 49 ss.

### AMELUNG

2003 “Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz”, in: Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden: Nomos, p. 155 ss. (trad. para português de Greco em Greco/Tórtima [orgs.], *O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar* [no prelo]).

### ANASTOSPOLOU

2005 *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, München: Beck.

### BECCARIA

1984 “Dei delitti e delle pene”, in: Firpo (org.), *Opere di Cesare Beccaria*, vol. I, Milão: Mediobanca.

### BERGK

1802 *Die Philosophie des peinlichen Rechts*, Meissen.

### BEULKE & SCHRÖDER

1991 “Abgabe von Rauschgift und bewusste Selbstgefährdung”, *NSStZ*, p. 392 ss.

65 Em favor de um bem coletivo “de confiança”, apesar de dúvidas iniciais, *Hefendehl*, 2002: 244 ss.

66 Defendendo que se trata de proteção do bem individual patrimônio Lüderssen, 1996: 2527 ss.; Stächelin, 1998: 309 s.; Maurach, Schroeder & Maiwald: 2005: § 68/2.

## BIZOTTO &amp; RODRIGUES

2007 *Nova Lei de Drogas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

## BOTTKE,

1991 “Das Wirtschaftsstrafrecht in der BRD – Lösungen und Defizite”, *Wistra*, p. 1 ss.

## CAPEZ

2006 *Estatuto do Desarmamento*, 4.<sup>a</sup> ed, São Paulo: Saraiva.

## ESER &amp; BOSCH

2010 in: *Schönke & Schröder StGB*, 28.<sup>a</sup> ed., München: Beck.

## FERRAJOLI

1998 *Diritto e Ragione*, 5.<sup>a</sup> ed., Roma: Laterza.

## FEUERBACH

1798 *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*.

1847 *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.<sup>a</sup> ed., Giessen: G. F. Heyer.

## FRENZEL

2007 “Die Volksgesundheit in der Grundrechtsdogmatik”, *DÖV*, p. 243 ss.

## FRISCH

1993 “An den Grenzen des Strafrechts”, in: Küper/Welp (orgs.), *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: Müller, p. 69 ss.

## GLOBIG &amp; HUSTER

1783 *Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*, Zürich: J. C. Füessly.

## GRECO

2004 “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato”, *RBCC* 49, p. 89 ss.;

2006 “Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal”, in: Zenkner Schmidt (org.), *Livro em Homenagem a Cezar Bitencourt*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 401 ss.

2007 “A crítica de Stuart Mill ao paternalismo”, *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 54, fasc. 227, p. 321 ss.

2008/2009 “Recht und Vernunft – Zur Straftheorie Luigi Ferrajolis”, in: Vormbaum (org.), *Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte*, vol. 10, p. 192 ss.

2009 *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Berlin: Duncker & Humblot.

2010a “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 StGB)”, *RBCC* 82, p. 165 ss.

- 2010b “Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie”, in: Hefendehl *et al.* (orgs.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, p. 63 e ss.
- 2011a *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- 2011b “Sobre a legitimidade da proibição penal do doping nos esportes profissionais”, in: Roxin/Greco, *Doping e direito penal*, trad. Alaor Leite (no prelo).
- GRECO FILHO & RASSI
- 2007 *Lei de Drogas Anotada*, 2.<sup>a</sup> ed, São Paulo: Saraiva.
- GROLMAN
- 1799 *Ueber die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, Giessen: G. F. Heyer.
- GROS
- 1805 *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., Tübingen: J. G. Cotta.
- HASSEMER
- 1989a “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, *NSStZ*, p. 553 ss.
- 1989b “Grundlinien einer personale Rechtsgutslehren”, in: Philipps/Scholler (orgs.), *Jenseits des Funktionalismus – Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg: Decker & Müller, p. 85 ss. (trad. para português de Tórtima, in: Greco/Tórtima [orgs.], *O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar* [no prelo]).
- 1992 “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *ZRP*, p. 378 ss.
- 2003 “Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?”, in: Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden: Nomos, p. 57 ss.
- HASSEMER & NEUMANN
- 2010 *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden: Nomos.
- HEINE
- 2010 in: *Schönke & Schröder StGB*, 28.<sup>a</sup> ed., München: Beck.
- HEFENDEHL
- 2002 *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln/Berlin/München: Heymann.
- 2003 “Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, in: Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden: Nomos, p. 119 ss. (trad. para português de Greco, in: Greco/Tórtima [orgs.], *O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar* [no prelo]).



## HEINZ

2008 in: Park, *Kapitalmarktstrafrecht – Handkommentar*, 2ª. ed., Baden-Baden: Nomos.

## HIRSCH

1995 “Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?”, in: Kühne/Miyazawa (orgs.), *Neue Strafrechtsentwicklung im deutsch-japanischem Vergleich*, Köln/Berlin/München: Heymann, p. 11 ss.

## HOHMANN

1992 “Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht”, *GA*, p. 76 ss.

## HÖRNLE

2005 *Grob anstößiges Verhalten*, Frankfurt a. M.: Klostermann.

## HUMBOLDT

1967 *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, Stuttgart: Reclam (escrito em 1792, publicado em 1851).

## JAKOBS

1985 “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW* 97, p. 751 ss.

1991 *Strafrecht AT*, 2ª. ed., Berlin: de Gruyter.

## KARGL

2005 “Parteispendenakquisition und Vorteilsannahme”, *JZ*, p. 503 ss.

2007 “Vertrauen als Rechtsgutsbestandteil”, in: Neumann/Prittwitz (orgs.), *Personale Rechtsgutslehre und Opferorientierung im Strafrecht*, Frankfurt a. M.: P. Lang, p. 41 ss.

## KLEIN

1796 *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*, Halle.

## KLEINSCHROD

1799 *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*, vol. I, 2ª. ed., Erlangen: J. J. Palm.

## KÖHLER

1992 “Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht”, *ZStW* 104, p. 3 ss.

## KORIATH

1999 “Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts”, *GA*, p. 561 ss.

## KÖRNER

2007 *Betäubungsmittelgesetz (BtMG), Arzneimittelgesetz (AMG)*, 6ª. ed., München: Beck.

KRÜGER

2000 *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin: Duncker & Humblot.

KUDLICH

2009 in: Satzger/Schmitt/Widmaier (orgs.), *StGB*, Köln/Berlin/München: Heymann.

KUHLEN

1993 “Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *ZStW* 105, p. 697 ss.

LACKNER & KÜHL

2007 *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.<sup>a</sup> ed, München: Beck.

LAMPE

1980 *Der Kreditbetrug (§§ 263, 265 b StGB)*, Berlin: Duncker & Humblot.

2008 “Überindividuelle Rechtsgüter, Institutionen und Interessen”, in: Sieber *et al.* (orgs.), *Festschrift für Tiedemann*, Köln/Berlin/München: Heymann, p. 79 ss.

LARMORE

2008 “The Moral Basis of Political Liberalism”, in: *The Autonomy of Morality*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 139 ss.

LENCKNER & EISELE

2010 in: *Schönke & Schröder StGB*, 28.<sup>a</sup> ed., München: Beck.

LENCKNER & PERRON

2010 in: *Schönke & Schröder StGB*, 28.<sup>a</sup> ed., München: Beck.

LÜDERSSEN

1996 “Ein Prokrustes Bett für ungleiche Zwillinge”, *BB* 51, p. 2525 ss.

MALEK

2008 *Betäubungsmittelstrafrecht*, 3<sup>a</sup>. ed., München: Beck.

MAURACH, SCHROEDER & MAIWALD

2005 *Strafrecht – Besonder Teil*, vol. 2, 9. <sup>a</sup> ed., Heidelberg: Müller.

NAUCKE

1993 “Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht”, *KritV*, p. 133 ss.

PUPPE

2003 *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München: Nomos.

RADTKE

2003 *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München: Beck.

RAWLS

2005 “Reply to Habermas”, in: *Political Liberalism*, Expanded Edition, Columbia: Columbia University Press, p. 372 ss.

## ROXIN

- 2005 “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, in: Hefendehl *et al.* (orgs.), *Empirische Erkenntnisse, dogmatische Fundamente und kriminalpolitischer Impetus – Symposium für Bernd Schönemann zum 60. Geburtstag*, Köln/Berlin/München: Heymann, p. 135 ss.
- 2006a “Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal” (trad. Greco), in: *Estudos de direito penal*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 78 ss.
- 2006b *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., München: Beck.
- 2010 “Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte”, in: Herzog/Neumann (orgs.), *Festschrift für Hassemer*, p. 561 ss. (trad. para português de Greco, in: Greco/Tórtima [orgs.], *O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar* [no prelo]).

## SCHMITT

- 1972 “Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst”, in: F. C. Schroeder/Zipf (orgs.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe: Müller, p. 113 ss.

## SCHÜNEMANN

- 1995 “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *GA*, p. 201 ss.
- 2000 “Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht”, in: Kühne/Miyazawa, *Alte Strafrechtstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Berlin: Duncker & Humblot, 15 ss.
- 2003 “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, in: Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden: Nomos, p. 133 ss. (trad. para português de Greco, in: Greco/Tórtima [orgs.], *O bem jurídico como limite do poder estatal de incriminar* [no prelo]).
- 2006 “Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik: von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat”, in: v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (orgs.), *Mediating Principles*, Baden-Baden: Nomos, p. 18 ss.

## SEELMANN

- 1992 “Risikostrafrecht”, *KritV*, p. 452 ss.

## SILVA

- 2007 *Estatuto do Desarmamento*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense.

STÄCHELIN

1998 *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat: Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, Berlin: Duncker & Humblot.

STEINER

2003 “Das BVerfG und die Volksgesundheit”, *MedR*, p. 1 ss.

STELZER

1793 *Lehrbuch des teutschen Criminalrechts*, Halle.

TAVARES

2002 *Teoria do injusto penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Belo Horizonte: Del Rey.

TIEDEMANN

1972a “Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung”, in: Tiedemann (org.), *Die Verbrechen in der Wirtschaft*, 2<sup>a</sup> ed., Karlsruhe: Müller, p. 9 ss.

1972b “Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?”, in: *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages*, München: Beck, C 19 ss.

1989 “Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht”, *JuS*, p. 689 ss.

1996 *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11.<sup>a</sup> ed., Berlin/New York: de Gruyter, § 265b.

1999 *Wirtschaftsbetrug*, Berlin/New York: de Gruyter.

2006 *Wirtschaftsstrafrecht – Besonderer Teil*, Köln: Heymann.

2010 *Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Allgemeiner Teil*, 3<sup>a</sup> ed., München: Vahlen.

VOLK

1982 “Strafrecht und Wirtschaftskriminalität”, *JZ*, p. 85 ss.

WEBER

2009 *Betäubungsmittelgesetz Kommentar (BtMG)*, 3<sup>a</sup> ed., München: Beck.

WEIGEND

1986 “Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Verletzten“, *ZStW* 98, p. 44 ss.

1996 “Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?“, in: Schmoller (orgs.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Wien: Springer, p. 695 ss.

WIELAND

1783 *Geist der peinlichen Gesetze*, vol. I, Leipzig: P. G. Kummer.

WOHLERS

2000 *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner“ Gefährdungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot.

2003 *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., München: Beck.

WOLFF, E. A.

1987 “Die Abgrenzung von Kriminalunrecht und anderen Unrechtsformen“, in: Hassemer *et al.* (orgs.) *Strafrechtspolitik – Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt a. M./New York: Lang, p. 137 ss.

ZAFFARONI, ALAGIA & SLOKAR

2002 *Derecho penal – Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: Ediar.



## A DERROGAÇÃO DO SEGREDO BANCÁRIO NO PROCESSO PENAL\*

*Paulo de Sousa Mendes\*\**

**ABSTRACT:** *We often speak of banking secrecy as an obstacle to criminal investigation, as if releasing information about bank account holders would, in itself, guarantee great advances in the investigation. This would be the case if the accounts used by the criminals were held in their own name. However, in highly organized crime, any relevant bank accounts are certainly held by figureheads. In this case, when following the money trail the investigator should direct the investigation towards discovering the ultimate beneficial owner. How does he get there? Obviously, this can only be with the cooperation of the banks, since there is no other way to do it. As they say, the banker – rather than the banking employee – always knows the identity of the ultimate beneficial owner. Therefore, he has a duty to reveal this information, considering the legal instruments that are currently in force.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. A proteção do segredo bancário. 1. O dever de segredo profissional. 2. O direito do cliente ao segredo bancário. 3. Restrições ao segredo bancário. II. O anterior regime do segredo bancário no processo penal. 1. O regime do Código de Processo Penal. 2. Regimes especiais do segredo bancário no processo penal. III. O novo regime do segredo bancário no processo penal. 1. Dúvidas interpretativas. 2. A derrogação do segredo bancário sem controlo judicial prévio. 3. A resposta devida dos bancos. 4. A jurisprudência posterior à alteração introduzida pela Lei n.º 36/2010. IV. A identificação dos beneficiários económicos finais. 1. O dever de revelar os beneficiários económicos finais. 2. A suspeita de controlo de bancos sediados *offshore*. Conclusão.

---

\* Texto revisto e atualizado da conferência proferida na Caixa Geral de Depósitos (CGD), Lisboa, em 21.01.2011. Agradeço aos colegas João Gouveia de Caires, João Matos Viana, Jorge Miguel Lumiar Ferreira e Vânia Costa Ramos a leitura crítica que fizeram de uma versão preliminar deste texto e as suas importantes sugestões.

\*\* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Diretor do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência (AdC). As opiniões expressas não vinculam a AdC.

## INTRODUÇÃO

Nos dias 2 e 3 de setembro de 2010 foram publicados os oito diplomas legais que integram o chamado “Pacote Anticorrupção”, que resultaram dos trabalhos da Comissão Parlamentar para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate<sup>1</sup>.

De entre estes, faço tenção de analisar apenas a Lei n.º 36/2010, de 2 de setembro, que altera o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (doravante, RGICSF)<sup>2</sup>. Essa lei entrou em vigor no dia 1 de março de 2011.

O diploma em apreço muda apenas um artigo do RGICSF, o art. 79.º, mas as alterações introduzidas são de grande alcance, como se verá de seguida:

- Por um lado, os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo passam a poder ser revelados “[à]s autoridades judiciais, no âmbito de um processo penal” (art. 79.º, n.º 2, alínea *d*));
- Por outro, “[é] criada no Banco de Portugal uma base de contas bancárias existentes no sistema bancário na qual constam os titulares de todas as contas” (art. 79.º, n.º 3).

Importa considerar ambas as alterações, o que farei de seguida.

De imediato, cabe perguntar se a nova redação da alínea *d*) do n.º 2 do art. 79.º do RGICSF afasta genericamente o segredo bancário no âmbito do processo penal. Dantes, a derrogação do segredo bancário no processo penal exigia a intervenção do Tribunal da Relação (TR), nos termos do art. 135.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP). Ora, a alínea *d*) do n.º 2 do art. 79.º do RGICSF parece eliminar esse incidente processual, operando assim uma desjurisdicionalização da quebra do segredo bancário. Aliás, parece consagrar até uma desjudicialização do procedimento, na medida em que dispensa a intervenção do próprio juiz de instrução, enquanto “juiz das liberdades”, numa matéria em que suspeitos e arguidos ficam expostos à perseguição penal.

Quanto à base de dados do Banco de Portugal (BdP), o respetivo Regulamento consta da Instrução do BdP n.º 7/2011 e sabe-se que já está ple-

1 *Online*: <http://www.parlamento.pt/sites/com/xileg/ceapfcaisvc/Paginas/Default.aspx> (consultado em 25.11.2011).

2 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, e alterado pela última vez pelo Decreto-Lei n.º 140-A/2010, de 30 de dezembro.



namente operacional, desde os inícios de junho de 2011. A base é alimentada pelos reportes mensais das instituições de crédito e é gerida pelo BdP. Contém informações de todas as contas abertas ativas (*i.e.*, excluindo as encerradas) até 1 de março de 2011 e de todas as contas abertas, ativas ou encerradas, desde 1 de março de 2011 até ao presente<sup>3</sup>. Os dados relativos às contas encerradas são mantidos na base pelo período de 15 anos, contados a partir da data de encerramento da conta. A informação guardada na base contempla tão-somente a identificação das contas bancárias, dos respetivos titulares e das pessoas autorizadas a movimentá-las, incluindo procuradores. Não constam da base quaisquer informações relativas a saldos e movimentos. O BdP faculta o acesso à informação individual relativa a qualquer pessoa que a requeira. Por outra parte, o BdP faculta qualquer informação constante da base às autoridades judiciárias que a requeiram, no âmbito de um processo penal. Ficam, pois, de fora os órgãos de polícia criminal (OPC), incluindo a Unidade de Informação Financeira (UIF) da Polícia Judiciária (PJ), ou, noutro plano, as autoridades reguladoras independentes. Também não podem ser satisfeitos os pedidos de informação no âmbito de processos sancionatórios de natureza não penal (*stricto sensu*). Importa notar que as autoridades judiciárias não têm acesso direto à base. Apenas os técnicos do BdP podem proceder à consulta, respondendo às solicitações concretas daquelas autoridades. Apesar de darem tratamento urgente a tais solicitações, é possível, porém, que o tempo de resposta ainda não satisfaça inteiramente as expectativas dos titulares da investigação criminal. Em qualquer caso, o trabalho de investigação criminal ficará imensamente facilitado, por isso mesmo que as autoridades judiciárias ganharam uma maneira segura de saber a quais das diversas instituições de crédito terão depois de formular os concretos pedidos de informação sobre contas bancárias<sup>4</sup>.

Nada se deve opor à existência da base de dados do BdP. Pela minha parte, não vejo nela qualquer afronta à Constituição, tanto mais que só contém informação relativa à esfera patrimonial das pessoas e, não obstante a proteção constitucionalmente dispensada ao património pessoal, tal esfera pode ser legitimamente comprimida em função de ponderações legais. Neste caso, o legislador ordinário foi sensível à necessidade de promover uma maior eficácia da investigação criminal.

---

3 Há cerca de 35 milhões de contas bancárias em Portugal.

4 Nota de atualização: o presente parágrafo do texto foi escrito em 25.10.2011.

Tentemos então perceber o que vai mudar em matéria de proteção e derrogação do segredo bancário.

## I. A PROTEÇÃO DO SEGREDO BANCÁRIO

Os bancos resistem aos pedidos de colaboração que impliquem cedência de informações e entrega de documentos relacionados com contas de clientes. É natural que assim seja, já que a existência de um pedido de colaboração por parte das autoridades judiciais não constitui, sem mais, razão bastante para disponibilizarem a informação pretendida. A conformidade legal do pedido terá de ser analisada pelos juristas do banco em causa.

### 1. O dever de segredo profissional

O ponto de partida dessa análise é, necessariamente, o *dever de segredo profissional* que é imposto aos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições de crédito, aos seus empregados, mandatários, comitidos e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional, nos termos do art. 78.º, n.º 1, RGICSF. Esclareça-se, desde já, que não há dúvidas de que o segredo bancário é tido como verdadeiro segredo profissional<sup>5</sup>.

Por sua vez, o CPP dispõe que os membros de instituições de crédito possam escusar-se a depor sobre os factos abrangidos pelo segredo profissional (art. 135.º, n.º 1), além de que podem recusar-se a entregar documentos se invocarem, por escrito, segredo profissional (art. 182.º, n.º 1). O art. 135.º, n.º 1, CPP até peca por defeito, ali onde diz que os membros de instituições de crédito “*podem escusar-se...*”. É mais do que isso: essas pessoas devem mesmo escusar-se a depor, pois têm um dever de segredo que lhes é imposto por lei, como vimos. Tal como devem recusar-se a entregar documentos.

Estes normativos estão em vigor e não foram revogados pela Lei n.º 36/2010.

A importância do segredo bancário é tal que a sua violação constitui um crime. O art. 84.º RGICSF prescreve que a violação do dever de segredo bancário é punível nos termos da lei penal, sem prejuízo de outras sanções aplicáveis. Trata-se do crime de *revelação de segredo*, p. e p. pelo art. 195.º do Código Penal (CP).

---

5 Neste sentido, Rodrigo Santiago, 1997: 32 e Valente, 2009: 969.

## 2. O direito do cliente ao segredo bancário

Vale a pena explicar brevemente o fundamento do segredo bancário. É verdade que, hoje em dia, é alvo de muita contestação, mas, apesar disso, não é difícil de perceber a sua importância. O segredo bancário protege a esfera de intimidade da vida privada dos clientes das instituições de crédito<sup>6</sup>. Repare-se que não serve apenas para resguardar a informação relativa à situação económica dos titulares das contas bancárias, mas tutela antes de mais os aspetos que respeitam à privacidade de cada um, incluindo, porventura, os detalhes íntimos da vida privada. Há quem diga: “*Conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; é ter o ponto de partida para conhecer o outro*”<sup>7</sup>. Na verdade, as operações económicas de cada cidadão são hoje efetuadas quase exclusivamente através da(s) sua(s) conta(s) bancária(s): “*O que cada um veste; o que oferece ao cônjuge e aos filhos; os restaurantes que frequenta; as viagens que realiza; como decora a casa; os estudos dos filhos; o volume da sua leitura; as próprias aventuras extraconjugais, tudo é revelável através de uma consulta perspicaz da sua conta bancária*”<sup>8</sup>. Daí que não seja nenhum exagero irmos buscar à própria Constituição os fundamentos do segredo bancário. Assim é que entronca no *direito à reserva da intimidade da vida privada*, que faz parte dos direitos, liberdades e garantias pessoais<sup>9</sup>. Esta afirmação é controversa, mas o Tribunal Constitucional (TC) já proferiu arestos nesse sentido. No Ac. n.º 278/95 (Alves Correia), o TC afirmou claramente que “*a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações ativas e passivas nela registadas, faz parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, surgindo o segredo bancário como um instrumento de garantia deste direito*”<sup>10</sup>. O TC destacou – parafraseando o Ac. n.º 110/1984, de 26 de novembro, do TC espanhol – que, na sociedade moderna, “*uma conta-corrente pode constituir a ‘biografia pessoal em números’ do contribuinte*”<sup>11</sup>. No mesmo sentido vai o importante Ac. n.º 442/2007 do TC (Sousa Ribeiro), em plenário, que concluiu “*que*

6 Cf. Menezes Cordeiro, 2010: 328 e 338-340.

7 Leite de Campos, 1997: 16.

8 Leite de Campos, 1997: 16.

9 Cf. Menezes Cordeiro, 2010: 338.

10 *Apud* Gomes, 2006: 89-90.

11 *Apud* Gomes, 2006: 89-90.

*o bem protegido pelo sigilo bancário cabe no âmbito de proteção do direito à reserva da vida privada consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República*<sup>12</sup>.

Há perspetivas porventura menos radicais no tocante à fundamentação do segredo bancário, que lhe atribuem valor enquanto expressão da esfera patrimonial do indivíduo, mas reconhecendo-lhe, ainda assim, uma natureza patrimonial *pessoal*, no sentido da preservação do que na vida patrimonial reflete a organização da esfera da liberdade individual<sup>13</sup>. Só aparentemente há divergência, pois a jurisprudência constitucional anteriormente citada também não afirma que o segredo bancário proteja *diretamente* a reserva de intimidade da vida privada, mas só que o segredo bancário é um instrumento de garantia desse direito, na medida em que impede o acesso a informação eventualmente relevante para o conhecimento de aspetos da esfera íntima da vida privada.

Já não parecem ter razão, contudo, aqueles que defendem que o segredo bancário protege apenas os interesses ligados ao património e à liberdade de iniciativa económica do indivíduo<sup>14</sup>. Se assim fosse, não se perceberia a razão por que os investigadores criminais são tão sequiosos da consulta de extratos de contas bancárias como meio de prova de quaisquer crimes, que não têm de ser crimes patrimoniais.

Há muitos outros argumentos em prol do segredo bancário<sup>15</sup>, tais como a necessidade que os bancos têm de salvaguardar a relação de confiança que mantêm com os clientes, a qual é essencial para a atividade bancária<sup>16</sup>. Nada impede que um determinado instituto jurídico, como é o caso do segredo bancário, satisfaça diferentes interesses, desde que compatíveis.

### 3. Restrições ao segredo bancário

O direito ao segredo bancário não tem, no entanto, carácter absoluto. Quer dizer: a garantia efetiva do segredo bancário pode sofrer restrições em função

---

12 Outros acórdãos do Tribunal Constitucional que relevam em matéria de levantamento do segredo bancário são os seguintes: Ac. n.º 602/2005 (Bravo Serra), Ac. n.º 146/2006 (Gil Galvão), Ac. n.º 672/2006 (Paulo Mota Pinto), Ac. n.º 42/2007 (Maria Fernanda Palma), Ac. n.º 547/2008 (Ana Guerra Martins) e Ac. n.º 378/2008 (Mário Torres).

13 Cf. Palma, 2010: 189.

14 Neste sentido, Saldanha Sanches, 2005: 35-37.

15 O segredo bancário é velho como o mundo e não foi necessário esperar pela sua vinculação ao direito à reserva da vida privada para tal segredo surgir na prática bancária. Sobre a origem e a história do segredo bancário (cf. Capelo de Sousa, 2002: 157-161).

16 Cf. Azaustre Fernández, 2001: 152.

da ponderação de outros interesses constitucionalmente protegidos que conflituem com aquele direito. Em especial, a realização da justiça pode exigir intrusões na reserva da intimidade do cidadão, se isso for indispensável para a descoberta da verdade ou se a prova for impossível ou muito difícil de obter de outra forma, mas isso tem de ser verificado à luz dos estritos limites constantes do art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP.

A este propósito, muito ganharíamos se aplicássemos a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) à questão do levantamento do segredo bancário no âmbito do processo penal. Importa considerar os *standards* que foram sendo paulatinamente estabelecidos pelo TEDH quanto ao conteúdo e às restrições do direito à vida privada, nos termos do art. 8.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

O TEDH faz depender a legitimidade de qualquer restrição ao respeito devido pela vida privada dos indivíduos da verificação de que essa restrição está coberta por uma *previsão legal*, por um lado, e de que a mesma é *necessária e proporcional* num Estado de Direito<sup>17</sup>, por outro lado. Tais requisitos mereceram aturada densificação na jurisprudência do TEDH.

A diligência é necessária em sentido lato quando satisfaz uma *necessidade social imperiosa*, ou seja: fins de proteção da segurança pública, de defesa da ordem e prevenção do crime ou de proteção dos direitos e liberdades de terceiros, que são os fins elencados no art. 8.º, n.º 2, CEDH. Mas isso não basta: a diligência tem de ser proporcional em sentido lato. Tal significa *idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*<sup>18</sup>. O critério da idoneidade refere-se à adequação da medida para o fim visado. O critério da necessidade, neste contexto, atende à consideração de que não havia outra medida menos gravosa para satisfazer os mesmos fins. Por fim, o critério da proporcionalidade em sentido estrito funciona como um importante fator de correção dos abusos, implicando a ponderação de diversos elementos, tais como a gravidade do delito investigado, a força da suspeita, a natureza dos indícios disponíveis e as expectativas de sucesso da investigação criminal em curso, em

---

17 Esclareça-se que se trata do Estado de Direito material, em vez do mero Estado de Direito formal do positivismo jurídico. Na definição de Jorge Miranda: “[u]m Estado de direitos fundamentais e orientado para a justiça, em que avultam [...] a consideração dos direitos fundamentais nos termos da Constituição e não nos termos da lei, o carácter restritivo das restrições a direitos fundamentais, os princípios da confiança, da proporcionalidade e da tutela jurisdicional efetiva [...]” (Miranda, 2008: 219).

18 Sobre estes três subprincípios, máximas ou elementos do princípio da proporcionalidade em sentido lato, cf. Miranda, 2008: 284-285. Igualmente, Reis Novais, 2003: 731.

confronto com a intensidade da lesão da vida privada do visado pela diligência investigatória, a ponderar de acordo com fórmulas abertas<sup>19</sup>.

Além de que têm de existir instrumentos jurídicos que permitam ao visado pela medida impugnar a sua legitimidade ou regularidade no caso concreto.

O TC português coincide nessa interpretação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo como critério da ponderação de interesses conflitantes<sup>20</sup>.

## II. O ANTERIOR REGIME DO SEGREDO BANCÁRIO NO PROCESSO PENAL

Em função do que ficou dito, o legislador pode, pois, estabelecer exceções ao dever de segredo bancário. Só que a liberdade de conformação do legislador ordinário fica sujeita aos estritos limites constantes do art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP.

Começemos por recordar o anterior regime do segredo bancário no processo penal.

### 1. O regime do Código de Processo Penal

Se deparasse com uma recusa por parte da instituição bancária interpelada, o MP tinha de promover junto do juiz de instrução a resolução do impasse. O juiz de instrução teria depois de averiguar se havia *ilegitimidade* da escusa, conforme previsto na 1.ª parte do art. 135.º, n.º 2, CPP. De facto, a recusa até podia ser ilegítima, se o facto ou elemento solicitado não estivesse compreendido no âmbito do segredo bancário (art. 78.º, n.º 2, RGICSF), o que é raro mas pode acontecer, ou se tivesse havido consentimento por parte do titular da conta, o que é possível e até frequentemente acontece, pois basta uma autorização genérica que conste do contrato de abertura de conta. A decisão sobre a ilegitimidade da recusa deveria basear-se em consulta ao organismo representativo da profissão do interpelado, o qual devia ser notificado para se pronunciar, nos termos do art. 135.º, n.º 4, CPP, devendo a sua opinião, segundo alguns AA., ser levada em conta como definitiva<sup>21</sup>. Esta é uma posição que faz todo o sentido, se não quisermos impor aos visados comportamentos contrários à sua deontologia profissional. Se concluísse que a recusa era ilegítima, o juiz de instrução ordenava, por despacho, a prestação da informação

19 Cf. Bachmaier Winter, 2010: 171-175.

20 Para desenvolvimentos, Valente, 2009: 971-972.

21 Cf. Rodrigo Santiago, 1997: 64.

requerida, nos termos da 2.<sup>a</sup> parte do n.º 2 do art. 135.º CPP. Enfim, a questão não morreria necessariamente por aí, pois era bem possível que a instituição bancária interpusse recurso desse despacho do juiz de instrução. O mais que se seguiria era da lógica dos recursos. No limite das possibilidades, a instituição bancária poderia recalcitrar de recurso em recurso, até chegar, se fosse possível (e aconteceu de facto), a um recurso extraordinário para fixação de jurisprudência, nos termos do art. 437.º, n.º 2, CPP (embora este último já não tenha efeito suspensivo da decisão recorrida).

Se o juiz de instrução, pelo contrário, concluisse que era *legítima* a recusa, já que o facto estava abrangido pelo segredo bancário, então a solução era outra. Neste caso, o juiz de instrução deveria suscitar o *incidente de quebra de segredo* junto do tribunal superior. De facto, a quebra do segredo era aqui necessariamente da competência de um tribunal superior (Tribunal da Relação ou Supremo Tribunal de Justiça, conforme os casos), por imposição do art. 135.º, n.º 3, CPP. Este teria depois de decidir segundo apertados critérios de ponderação dos interesses em conflito<sup>22</sup>, dado que, como vimos, o direito ao segredo beneficia da superlativa resiliência que é própria do regime dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrado (por exemplo, o segredo não pode ser afastado para permitir a investigação de crimes contra o património, nem sequer contra as pessoas, mas de pouca gravidade<sup>23</sup>). Se concluisse pela quebra do sigilo, tal decisão não admitia recurso (art. 400.º, n.º 1, alínea *c*), CPP)<sup>24</sup>. Notificada dessa decisão judicial, a instituição bancária poderia ainda, quem sabe, entrar com um pedido de esclarecimento do acórdão. Mas, no final de contas, não podia deixar de cumprir a decisão.

Ainda se podia colocar a questão de saber se uma eventual recusa do banco em cumprir uma decisão judicial constituiria, ou não, *crime de desobediência*. Assim seria só se o tribunal, na decisão, cominasse a própria punição da desobediência simples (art. 348.º, n.º 1, alínea *b*), CP)<sup>25</sup>. Mas então cabia ao MP o ónus de requerer ao juiz de instrução que não deixasse de pedir essa cominação. Seja como for, a questão era meramente académica, pois nenhuma instituição bancária deixava de cumprir uma determinação judicial num processo em que ela mesma, ou os seus membros, não eram arguidos.

22 Nos termos da alteração ao CPP introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29-ago.

23 Cf. Leite de Campos, 1997: 17.

24 Neste sentido, Ac. do STJ (Souto Moura), de 6-dez.-2007.

25 Cf. Líbano Monteiro, 2001: 355-356.

O regime do segredo bancário no CPP era assaz complexo e suscitou diferentes interpretações doutrinárias, mas a explicação dada agora mesmo apresenta a vantagem de traduzir a jurisprudência que, entretanto, se consolidou entre nós. De facto, fiz questão de me basear, quase integralmente, no Ac. do STJ (Maia Costa), de 13-fev.-2008, de fixação de jurisprudência sobre o segredo bancário, que foi provocado pela CGD, por via de recurso extraordinário<sup>26</sup>.

Deu para perceber que a quebra do segredo bancário era um procedimento complicado, que levava, por certo, dias, senão mesmo alguns meses a decidir, mas era eficaz e estava rotinado ao nível do TR. E não podemos esquecer-nos de que a informação procurada não desaparece, pois não há, em princípio, perigo de descaminho dos meios de prova conservados nos bancos. A menos que a instituição bancária tenha contabilidades paralelas, mas nesse caso a informação também nunca seria prestada.

Por muito que se queira, a investigação tinha de esperar pela quebra do sigilo bancário para prosseguir. Não se podia fazer o *by-pass* à quebra do segredo bancário empregando outros meios de obtenção de prova. É claro que o MP e os OPC que o auxiliam não podem proceder a buscas na instituição bancária que recusou a entrega de documentos ou cujos membros se escusaram a depor acerca de factos abrangidos pelo dever de segredo<sup>27</sup>. O visado pelas buscas não tem de ser o suspeito ou arguido no processo em curso, mas tem de ser uma pessoa que utiliza o lugar em causa para um fim que a autoridade suspeita ser ilícito, o que não é o caso do próprio banco, que tem o dever de guardar e proteger os dados das contas bancárias<sup>28</sup>. Com efeito, o banco e os seus empregados não são suspeitos da prática de nenhum ilícito, pois apenas recusaram colaborar com a investigação em curso, invocando o seu dever de segredo profissional. Nessas circunstâncias, a própria busca redundaria na prática de um crime de *abuso de autoridade*, nos termos p. e p. no art. 378.º CP (violação de domicílio profissional por funcionário), mesmo que fosse feita na presença de juiz de instrução, conforme previsto no art. 181.º, n.º 1, CPP.

Não se diga, por fim, que o compasso de espera imposto pela suscitação do incidente de quebra do sigilo junto do TR comprometia a possibilidade

---

26 DR I Série, n.º 63, de 31-mar.-2008.

27 Cf. Pinto de Albuquerque, 2011: 377, n.º m. 3.

28 Cf. Pinto de Albuquerque, 2011: 493, n.º m. 1.



de confisco dos bens patrimoniais obtidos através da prática dos crimes em investigação. Nada impedia o MP de requerer logo o *arresto preventivo* até determinado valor dos fundos e recursos financeiros do suspeito (ou arguido), nos termos do art. 228.º, n.º 1, CPP. Para o decretamento do *arresto preventivo* não é necessário que o banco ceda a informação pedida<sup>29</sup>. De resto, é um procedimento análogo, só para invocar um lugar paralelo, à apreensão feita por juiz em bancos de títulos, valores, quantias e quaisquer outros objetos, mesmo que em cofres individuais, quando tiver razões para crer que estão relacionados com um crime, mesmo que não pertençam ao arguido ou não estejam depositados em seu nome (art. 181.º, n.º 1, CPP)<sup>30</sup>. Em ambos os casos, o juiz de instrução é, de facto, chamado a atuar preventivamente um pouco às cegas.

## 2. Regimes especiais do segredo bancário no processo penal

Entretanto, foram surgindo novas possibilidades legais de acesso a informações protegidas pelo segredo bancário, disseminadas por inúmeros diplomas avulsos. Neste tocante, o legislador limitou-se, algumas vezes, a dar cumprimento às obrigações internacionais do Estado português. Outras vezes, o legislador terá ido mais além do que lhe era imposto pelos instrumentos internacionais vinculativos.

Tentarei ser exaustivo se não na análise, pelo menos na indicação dos regimes especiais dispersos pelas leis avulsas (em vigor), que são os seguintes:

- Art. 13.º-A do Decreto-Lei 454/91, de 28-dez., com a redação dada pelo Decreto-Lei 316/97, de 19-nov. (*Regime jurídico do cheque sem provisão*);
- Art. 60.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22-jan. (*Combate à droga*);
- Art. 63.º-B, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 398/98, de 17-dez., com a redação dada pela Lei n.º 37/2010, de 2-set. (*Lei Geral Tributária*);
- Art. 385.º, n.º 1, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13-nov. (*Código dos Valores Mobiliários*);
- Art. 2.º da Lei n.º 5/2002, de 11-jan. (*Combate à criminalidade organizada*);
- Art. 18.º da Lei n.º 25/2008, de 5-jun. (*Combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo*).

29 Neste sentido, Ac. TRC (Vasques Osório), 28-out.-2008, Proc. 302/08.8YRCBR.

30 A propósito, veja-se o Ac. n.º 294/2008 TC (Carlos Fernandes Cadilha).

Toda essa legislação avulsa consagra não só a eliminação do incidente processual, como também a retirada do juiz de instrução da quebra do segredo bancário. O TC teve ocasião de considerar que não havia inconstitucionalidade material na dispensa da intervenção judicial para a quebra do segredo bancário, desde que fosse assegurada a ponderação e o enquadramento de interesses públicos considerados dominantes<sup>31</sup>. Enfim, poderemos admitir, nessa base, a conformidade constitucional dos diplomas legais citados, por isso mesmo que exprimem a necessidade de um duplo grau de ponderação dos interesses públicos, na medida em que, em primeiro lugar, os regimes especiais só se aplicam a determinados tipos de crime e, em segundo lugar, não dispensam a necessidade de o MP realizar uma adequada ponderação da proporcionalidade *lato sensu* da diligência no caso concreto.

E, mesmo assim, esses regimes excepcionais não garantem que os bancos não recusem a colaboração.

O legislador quis simplificar o acesso a informações protegidas pelo segredo bancário, mas a simplificação conseguida através da desjurisdicalização e desjudicialização não podia deixar de acarretar, como reverso da medalha, o enfraquecimento do dever de obediência<sup>32</sup>. Senão, vejamos: a obediência não justifica a violação do dever de segredo se o pedido for formulado fora das condições legais que autorizariam a derrogação do segredo bancário. Por outras palavras, não há dever de obediência a ordens ilegítimas que conduzam à prática de um ilícito penal<sup>33</sup>. Deve dizer-se que “[a] *única exceção a esta regra é constituída pelas ordens judiciais executáveis que, apesar da sua eventual ilegitimidade material, reúnam os pressupostos formais necessários à sua execução, dado o monopólio da função jurisdicional constitucionalmente atribuído aos tribunais*”<sup>34</sup>. Na própria Constituição se consagra que “[a]s *decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem*

---

31 Veja-se o Ac. n.º 42/2007 TC (Maria Fernanda Palma).

32 Neste caso, trata-se da chamada *obediência política* à autoridade pública, já que a designação *obediência devida* está reservada para a justificação dos factos praticados por funcionários em cumprimento de ordens superiores (cf. Brandão, 2006: 17 e 27).

33 Quando a doutrina faz depender a responsabilização do agente que cumpre a ordem que conduz à prática de um crime da circunstância de ser manifesta a ilegalidade da ordem, tal não deve ser interpretado como querendo dizer que essa responsabilidade só pode ocorrer em contextos anómalos, tais como no caso em que um oficial enlouquece e ordena ao soldado que mate outro oficial. A manifesta ilegalidade da ordem pode surgir também no contexto em que os serviços jurídicos do banco estão cientes dos graves problemas jurídicos associados à violação do dever de salvaguardar o segredo bancário.

34 Brandão, 2006: 324.

*sobre as de quaisquer outras autoridades*” (art. 205.º, n.º 2, CRP). Temendo ser responsabilizados criminalmente por aquilo que indevidamente cumprirem, é, pois, natural que os membros das instituições de crédito tenham continuado a invocar o dever de segredo, escudando-se no RGICSF, por um lado, e nos CP e CPP, por outro. Além de que têm o dever de exame da legalidade dos pedidos de colaboração, por isso mesmo que estão adstritos a um especial dever de proteção terceiros, que são os clientes visados. Só depois de feita essa análise é que os bancos podem revelar os factos ou elementos das relações do cliente com a instituição, nos termos da justificação prevista no art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), do RGICSF.

O próprio MP não pode deixar de considerar, no momento da escolha de um desses regimes excepcionais de derrogação do sigilo bancário, que uma escolha mal feita poderá fazer com que toda a prova reunida ao abrigo de um regime excepcional acabe sendo declarada nula, não podendo ser valorada, nem repetida. De facto, cairíamos no domínio das *proibições de prova* (art. 126.º, n.º 3, CPP).

### III. O NOVO REGIME DO SEGREDO BANCÁRIO NO PROCESSO PENAL

Perante o ficou dito, o que veio trazer a Lei n.º 36/2010?

#### 1. Dúvidas interpretativas

Tem feito algum caminho a interpretação segundo a qual a nova redação do art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), do RGICSF não teria implicado, em última análise, nenhuma alteração ao regime da derrogação do segredo bancário no processo penal. Onde dantes se lia que os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo só podem ser revelados “*nos termos previstos na lei penal e de processo penal*”, passa a ler-se que os mesmos podem ser revelados “[à]s autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal”. Ora, a alteração teria visado somente adequar a redação do normativo à estrutura das outras alíneas, tais como a alínea *a*), onde já se dizia “[a]o Banco de Portugal, no âmbito das suas atribuições”, ou a alínea *b*), onde também se dizia “[à] Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, no âmbito das suas atribuições”. Assim, a nova redação da alínea *d*) também teria passado a definir claramente os destinatários legítimos da informação coberta pelo segredo bancário, no âmbito do processo penal, ou seja: as autoridades judiciárias (*i.e.*, o juiz, o juiz de instrução e o MP, nos termos do art. 1.º, alínea *b*), do CPP). Quanto ao fundo da questão, nada teria mudado.

Não concordo, porém, com esta interpretação, pois, para além de assumir que o legislador teria promovido uma alteração legislativa por razões de pura cosmética, despreza o facto de a lei agora mencionar “*um* [leia-se: um qualquer] *processo penal*”, em vez de “*lei penal e de processo penal*”. Só nesta última redação se podia dantes entender que a norma em apreço reenviava o intérprete para o regime de derrogação do segredo bancário estabelecido no CPP e na demais legislação processual penal. Agora, a norma estabelece diretamente a derrogação do segredo bancário em todo e qualquer processo-crime, seja qual for o ilícito típico em apreço.

## 2. A derrogação do segredo bancário sem controlo judicial prévio

A legislação agora editada elimina a necessidade de *controlo judicial prévio* na derrogação do segredo bancário no caso concreto. Na verdade, a nova redação do art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), do RGICSF atribui ao MP, enquanto autoridade judiciária e titular do inquérito, a decisão sobre a quebra do dever de segredo bancário, em função do interesse para a investigação. Na sequência, cabe ao MP dirigir o pedido diretamente aos bancos, sem necessidade de controlo judicial nos termos do art. 135.º CPP.

Obviamente, o MP não fica dispensado de fundamentar a decisão de quebra do segredo bancário, em função de critérios de proporcionalidade em sentido lato. Tal fundamentação deverá constar do despacho do MP, que fica nos autos. Alguma fundamentação mínima terá de integrar também o próprio ofício que é enviado aos bancos, ainda que o processo se encontre sujeito a segredo de justiça, pois não pode admitir-se que haja ordens desprovidas de fundamentação, ficando, porém, o destinatário do pedido adstrito ao dever de segredo de justiça, nos termos do art. 86.º, n.º 8, CPP.

A eliminação do controlo judicial prévio não afasta a possibilidade de esse controlo se vir a fazer adiante, durante a instrução ou já na fase de julgamento. Senão, vejamos: *primo*, o acesso aos dados das contas bancárias (*e.g.*, nomes de clientes, números de contas, movimentos e outras operações bancárias) constitui uma intromissão na vida privada; *secundo*, se for realizada à margem das ponderações impostas pela Constituição (art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP), essa intromissão viola uma proibição de prova (art. 126.º, n.º 3, CPP); *tertio*, as proibições de prova são de conhecimento oficioso; *quarto*, a violação de proibições de prova leva à declaração de nulidade das provas assim obtidas e ao seu desentranhamento dos autos; *quinto et ultimo*, o próprio arguido pode suscitar a questão da nulidade das provas, quer no requerimento para abertura

de instrução (art. 287.º, n.º 1, alínea *a*), n.º 2, CPP), quer na contestação (art. 315.º, n.º 1, CPP).

Daí não se pode, porém, retirar a conclusão de que o novo regime se assemelha ao anterior no que tange ao cumprimento das exigências de ponderação de interesses impostas pelo art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP. Pelo contrário, o novo regime deixa muito a desejar, por isso mesmo que o MP, enquanto titular da ação penal, não oferece garantias de imparcialidade na formulação do juízo de ponderação de interesses que justificaria *in casu* o pedido de elementos, por muito que o seu estatuto lhe imponha a sujeição a critérios de estrita objetividade (art. 53.º, n.º 1, CPP). Qualquer sistema de tutela de direitos fundamentais falha se não estiver concebido de maneira a evitar que a entidade que decide seja a mesma que tem interesse direto no resultado da ponderação de interesses. Ora, o que acontece aqui é precisamente o contrário, porquanto o MP acaba tendo, na prática, um interesse direto na obtenção da informação protegida pelo segredo bancário. Dantes o sistema era muito diferente porque o MP tinha de fundamentar o pedido perante um decisor judicial, ficando a autorização dependente do rigor posto nessa fundamentação. Acresce que o regime anterior impunha sempre a necessidade de controlo judicial prévio, se excetuarmos os regimes avulsos para crimes de catálogo, ao passo que o regime atual, na prática, só garante um controlo judicial sucessivo se for suscitada a questão da nulidade da prova assim obtida, o que enfraquece substancialmente os instrumentos de salvaguarda do segredo bancário no processo penal. Ora, o apelo à maior eficácia da perseguição penal que esteve por trás da nova lei não deveria, todavia, servir de pretexto para se esquecer que estão em causa direitos fundamentais de liberdade.

Em suma, o novo regime do segredo bancário no processo penal constitui uma rutura com a nossa tradição legislativa. Tal só é defeito, porém, porque, do mesmo passo, o novo regime representa uma negação de toda a jurisprudência constitucional relativa à defesa do direito do cliente ao segredo bancário.

### **3. A resposta devida dos bancos**

Será que a nova redação da alínea *d*) do n.º 2 do art. 79.º do RGICSF acarreta como consequência que os bancos doravante estão desobrigados de analisar os pedidos de informação sobre contas bancárias que lhes forem dirigidos pelo MP, no âmbito de um processo penal?

Não creio que a resposta seja simples, nem que deixe de haver o dever de questionar o pedido.

O CPP não admite recurso dos despachos do MP. Assim, não parece que um banco, se for confrontado com um ofício do MP a solicitar a entrega de elementos ao abrigo do novo regime legal, possa reagir contra o despacho que ordenou tal entrega. Tal significa que não restará ao banco senão a obrigação de satisfazer o pedido? Não. Na verdade, o banco continua vinculado ao dever de segredo profissional e a violação do segredo bancário continua, nos termos da lei penal, se for injustificada, a constituir um crime, já para não falar de que essa violação pode ainda ser geradora de responsabilidade civil perante o cliente. Acresce que o banco não deve obediência acrítica às ordens do MP, muito menos quando não conhece, nem tem maneira de conhecer (se o processo estiver em segredo de justiça, nos termos do art. 86.º CPP), o despacho através do qual foi decidido ordenar a prestação da informação coberta pelo segredo bancário. Já tive ocasião de notar, mais acima, que o destinatário de uma ordem só tem o dever de cumpri-la, sem fazer a análise do seu conteúdo, no caso de se tratar de uma decisão judicial. Tratando-se de uma ordem do MP, vigora, pelo contrário, o princípio de que qualquer ordem que conduza à prática de um crime não deve ser cumprida e não exime aquele que a cumprir da responsabilidade pela prática desse crime. O que significa, portanto, que os representantes e empregados do banco não deixarão de responder criminalmente se alegarem, simplesmente, que cumpriram a ordem do MP, nos termos do art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), RGICSF. Percebo as preocupações dos bancos, em geral, quanto a não ser viável, nem, muito menos, exigível que os juristas dos próprios bancos tenham de proceder a uma análise material de cada uma das situações em que forem confrontados com ofícios do MP a solicitar informações relativas a contas bancárias de clientes. Não acho, porém, que os serviços jurídicos tenham de interpretar as linhas e as entrelinhas dos ofícios do MP. Pura e simplesmente, digo que os serviços jurídicos não devem autorizar que se satisfaça qualquer pedido de elementos feito pelo MP exclusivamente com base no art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), RGICSF.

Em alternativa à simples recusa de envio dos dados, os serviços jurídicos poderão suscitar aquilo que, na praxis, muitas vezes se chama a “reclamação judicial”, que é uma figura processualmente inexistente, na medida em que o CPP não a prevê<sup>35</sup>. Mas muitas vezes os advogados suscitam a interven-

---

35 Neste tocante, é defensável a integração da lacuna por aplicação analógica do art. 178.º, n.º 6, CPP, que prevê a possibilidade de se requerer ao juiz de instrução a modificação ou revogação de medida (apreensão de objetos) decretada pelo MP.

ção do juiz de instrução através de uma reclamação dita judicial. Como? Por exemplo, arguindo uma nulidade (art. 120.º, n.º 3, alínea *c*), CPP) ou uma irregularidade (art. 123.º, n.º 1, CPP)<sup>36</sup>. Neste caso, a intervenção do juiz de instrução seria tanto mais justificada por se estar perante uma nulidade de prova, que é muito mais grave do que uma mera nulidade processual, atento o disposto nos artigos 118.º, n.º 3, e 126.º, n.º 3, CPP. A violação da proibição de prova resulta, no meu entendimento, da circunstância de o MP, enquanto titular da ação penal, não oferecer garantias de imparcialidade na realização do juízo de proporcionalidade em sentido lato que justificaria *in casu* o pedido de elementos. Não pode a intromissão na vida privada ser feita à margem das exigências impostas pelo art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP, exigências essas que o MP não está em condições de respeitar. Ora, o pedido do MP feito com base no art. 79.º, n.º 2, alínea *d*), RGICSF, se este normativo for interpretado no sentido de dispensar a intervenção da magistratura judicial para a derrogação do segredo bancário, é desconforme com a Constituição, pelas razões acabadas de invocar. Assim, tratando-se de matéria que afeta direitos fundamentais de liberdade dos visados, a apreciação da questão não pode deixar de ser da competência do juiz de instrução, nos termos do art. 268.º, n.º 1, alínea *f*), CPP, uma vez que a Constituição reserva expressamente os atos que contêm com direitos, liberdades e garantias ao juiz de instrução.

Trata-se, assim, de provocar a intervenção do juiz de instrução nesta matéria. Daí para a frente, tudo pode acontecer: o MP pode reter a “reclamação judicial”, mas nada ganhará com isso, dado que não obteve os dados solicitados, nem os obterá recalcitrando no pedido; o juiz de instrução pode recusar pronunciar-se sobre a “reclamação judicial”, por falta de previsão legal, mas não evitará que o MP tenha de solicitar a sua intervenção, considerando a

---

36 Na prática, a reclamação judicial já tem sido acolhida por vários juizes de instrução. Acresce que há jurisprudência do STJ favorável a este entendimento. Neste sentido, veja-se o Ac. do STJ (Pereira Madeira), de 23-out.-2003, onde se declara o seguinte: “*Dos actos do Ministério Público levados a cabo no decurso do inquérito não cabe recurso, já que é uma modalidade de impugnação própria dos actos judiciais. Isto não significa, porém, que a legalidade de tais actos seja insindicação, pois os actos do inquérito são susceptíveis de reclamação hierárquica e (ou) sindicados, quanto à sua legalidade, pelo juiz de instrução, quando para tal seja solicitado.*”

Manda a verdade que se diga que também há jurisprudência de tribunais superiores de sentido contrário. Agora neste sentido, veja-se o Ac. do TRG (Teresa Baltazar), de 20-set.-2010, onde se afirma o seguinte: “*No âmbito do inquérito, o M. P. tem competência para decidir sobre os pressupostos processuais, isto é, e a título exemplificativo, sobre a legitimidade e tempestividade da denúncia, prescrição ou ocorrência de factos impeditivos do procedimento criminal como a amnistia, competência em razão da matéria ou do território. E, naturalmente, tem também competência para conhecer de nulidades e irregularidades processuais cometidas no âmbito do inquérito.*”

recusa do banco; o juiz de instrução, por fim, pode aceitar a “reclamação judicial”, o que seria o mais defensável, pois a mais ninguém teria podido o banco requerer a revogação do despacho do MP. Nesta última hipótese, o juiz de instrução pode revogar o despacho do MP, se considerar que a sua fundamentação não colhe, como pode ordenar ao banco a prestação das informações solicitadas.

Muitos ficariam já satisfeitos com este resultado. Pelo menos, a “reclamação judicial” teria valido a pena para arrancar a ferros a (re)judicialização do incidente da quebra do segredo bancário no processo penal. Enfim, não se teria conquistado uma (re)jurisdicionalização desse incidente, na medida em que a intervenção do TR deixara, entretanto, de ser necessária. Mas, por outro lado, não deixa de ser verdade que já havia quem criticasse o modelo de quebra do segredo bancário imposto pelo art. 135.º, n.º 3, CPP (na interpretação vinculativa do Ac. do STJ, de 13-fev.-2008), considerando o regime aí previsto como excessivamente garantista, sobretudo tendo em conta que o mesmo não tem paralelo nas demais intromissões na esfera dos direitos fundamentais de liberdade para cuja justificação basta a ordem ou autorização do juiz de instrução (*e.g.*, busca domiciliária, art. 177.º, n.º 1, CPP; escutas telefónicas, art. 187.º, n.º 1, CPP). Devo dizer, porém, que o juiz de instrução, no sistema processual português, está muito próximo da investigação, por isso se chama “de instrução”, em vez de ser um verdadeiro juiz das liberdades ou das garantias, ainda que também tenha essa função de garantir as liberdades, não obstante ter poderes autónomos de investigação, designadamente na fase de instrução. Ora, a intervenção do TR, enquanto tribunal distanciado da investigação, assegura, muito mais objetivamente, o juízo de ponderação de interesses em concreto que nestas situações se exige. Dir-se-á que estou a fazer uma crítica à configuração do juiz de instrução e à sua atuação, o que é verdade. Então que se mude a figura do juiz de instrução, como já tantos reclamam, e se crie um autêntico juiz das liberdades, que não corra o risco de se transformar em aliado do MP na investigação criminal.

Mas a questão não tem de morrer por aqui. Desta feita, o banco pode recorrer do despacho do juiz de instrução, nos termos gerais do art. 399.º CPP. Com que argumentos? Na verdade, o argumento da inconstitucionalidade material do novo regime do segredo bancário no processo penal é fundamento bastante do recurso ordinário para o TR, nos termos do art. 412.º, n.ºs 1 e 2, alínea *b*), CPP.



Tendo já suscitado a questão da inconstitucionalidade na interpretação do art. 79.º, fica, ademais, aberta a porta para se provocar uma pronúncia do TC quanto a esta matéria. Ninguém pode adivinhar se o TC se disporá, ou não, a romper com a sua própria jurisprudência consolidada, mas é facto, isso sim, que não há razões para se considerar desatualizada essa jurisprudência. A minha sugestão prática é, pois, que se provoque a pronúncia do TC.

Uma última palavra sobre este tópico: percebo que a banca não seja, nem queira ser guardiã da Constituição, como também percebo que a banca defenda apenas a necessidade de leis claras e consistentes. Não lhe interessa, seguramente, alimentar litígios com as autoridades judiciais, os quais só serviriam para prejudicar o seu negócio. Mas digo que os bancos têm o dever de guardar o segredo bancário, cuja violação injustificada constitui um crime e gera responsabilidade civil perante o cliente. Portanto, queiram ou não, os bancos estão no fio da navalha quando o MP lhes ordena a prestação de informações e o envio de documentos, não tendo outra hipótese a não ser recusar a satisfação do pedido, pelas razões atrás invocadas.

#### **4. A jurisprudência posterior à alteração introduzida pela Lei n.º 36/2010<sup>37</sup>**

O primeiro acórdão de um tribunal superior (*in casu*: TRL) sobre a questão da derrogação do segredo bancário no processo penal ao abrigo do regime legal introduzido pela Lei n.º 36/2010 foi provocado por via de um recurso interposto pela CGD de despacho do juiz de instrução que lhe ordenara que prestasse as informações solicitadas pelo MP. Ora, o TRL negou provimento ao recurso por considerar ilegítima a recusa do banco relativamente a fornecer os elementos solicitados<sup>38</sup>. O TRL fundamentou desenvolvidamente a sua decisão, considerando, entre outros argumentos, que o segredo bancário “[...] *deve ceder sempre que estiver em causa a realização de um interesse manifestamente superior como é o caso do interesse do Estado e seus cidadãos na administração e na realização da Justiça bem como na segurança da comunidade*”<sup>39</sup>. Mais concretamente: “*No conflito entre o respeito pelo segredo bancário e o acatamento das ordens das autoridades judiciais competentes, visando a obtenção de informações úteis para uma investigação criminal que se encontre a decorrer deverá sempre prevalecer este*

37 Nota de atualização: o presente ponto do texto foi escrito em 25.10.2011.

38 Veja-se o Ac. TRL (Fernando Estrela), 14-Set.-2011, Proc. 1214/10.OPBSNT-A.L1.

39 *Idem*, fls. 11.

*último, de valor superior*<sup>40</sup>. E ainda: “*In casu, os autos encontram-se em fase de inquérito, pelo que cabe necessariamente ao Ministério Público, enquanto autoridade judiciária, titular da direcção do inquérito, solicitar as informações bancárias, não podendo a CGD escusar-se a prestá-las a pretexto de estarem a coberto de sigilo bancário, sob pena de a sua recusa ser considerada ilegítima e desobedecer a uma ordem dada por Autoridade Judiciária*”<sup>41</sup>. Por fim: “*O que a Lei 36/2010, ao dar nova redacção à al. d), do n.º 2, do art. 79, consagrou, foi reconhecer que o interesse da investigação criminal é preponderante face ao direito de reserva da vida privada do titular de uma conta bancária, no que à mesma diz respeito e, por isso, o dever de segredo quanto aos elementos dessa conta cai perante a solicitação, no âmbito de um processo penal, da autoridade judiciária*”<sup>42</sup>.

Outros tribunais superiores (e.g.: TRC) já tiveram, entretanto, ocasião de se pronunciar também sobre a mesma questão, aliás na mesma linha do acórdão do TRL, citando-o expressamente<sup>43</sup>.

Afirma-se, portanto, uma tendência na jurisprudência dos tribunais superiores comuns no sentido de admitir a derrogação do segredo bancário no processo penal por via de simples ofício do MP a solicitar a qualquer banco a entrega de elementos ao abrigo do novo regime legal. Acresce que tal jurisprudência se satisfaz com a eventualidade de a fundamentação do despacho do MP se limitar a uma invocação formal dos normativos legais aplicáveis<sup>44</sup>. Finalmente, a referida jurisprudência dispensa qualquer juízo de ponderação de interesses em concreto, uma vez que assume que uma investigação criminal que se encontre a decorrer deverá sempre prevalecer sobre o segredo bancário, por ser supostamente de valor superior<sup>45</sup>. Inclusivamente, o TRC aceitou a prevalência do interesse da justiça num caso concreto em que a investigação tinha por objeto a prática de um crime de furto qualificado, p. e

---

40 *Ibidem*.

41 *Idem*, fls. 12.

42 *Idem*, fls. 13.

43 Veja-se os Ac. TRC (Jorge Dias), 19-out.-2011, Proc. 1688/09.2PBVIS-A.C1; Ac. TRC (Isabel Valongo), 02-nov.-2011, Proc. 262/10.5JACBR-A.C1 e Ac. TRC (Belmiro Andrade), 02-nov.2011, Proc. 614/09.3GAALB-A.C1.

44 Neste sentido, veja-se o teor do despacho do MP reproduzido no Ac. TRC (Jorge Dias), 19-out.-2011, Proc. 1688/09.2PBVIS-A.C1.

45 Neste sentido, veja-se o Ac. TRL de 14-set.-2011, como na n. 40.

p. pelos artigos 203.º, n.º 1, e 204.º, n.º 1, alínea *b*), CP<sup>46</sup>, ou seja, um crime que não ultrapassava a média gravidade, considerando a pena máxima aplicável (prisão até 5 anos ou pena de multa até 600 dias).

Defronte desta tendência em afirmação nos tribunais superiores comuns, creio que é urgente provocar uma pronúncia do TC nesta matéria.

#### IV. A IDENTIFICAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS ECONÓMICOS FINAIS

Sendo desbloqueado o acesso à informação sobre contas bancárias, ainda agora começam os verdadeiros obstáculos à investigação. Na sequência, darei apenas alguns exemplos das dificuldades que podem surgir.

##### 1. O dever de revelar os beneficiários económicos finais

Se as contas bancárias relevantes forem tituladas por um testa-de-ferro, mas não houver provas dessa qualidade, só vagas suspeitas, o que é que se pode fazer? Adianta perguntar ao banco a identidade do beneficiário económico final? A ordem jurídica portuguesa não aceita a figura do *trust*<sup>47</sup>, que existe nos sistemas anglo-saxónicos para proteger a identidade dos beneficiários económicos finais. Mas nesses Países a legislação já impõe, em muitas circunstâncias, obrigação de *revelar a identidade do beneficiário económico final* (*to disclose the ultimate beneficial owner*), com maior ou menor sucesso na prática. Na nossa ordem jurídica, o que temos são *mandatos sem representação*, baseados em acordos privados. Portanto, é bem possível que o mandatário nunca se assuma com essa qualidade. De resto, o BdP, se calhar porque a nossa lei não reconhece *trustees*, não obriga à identificação dos beneficiários económicos no momento da abertura de contas (Aviso do BdP n.º 2/2007, de 8-fev.)<sup>48</sup>. Felizmente, a legislação de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo impõe a revelação dos *beneficiários efetivos* (art. 2.º, n.º 5, e art. 7.º, n.º 4)<sup>49</sup>. Além de que os bancos, na decorrência das indicações comunitárias (Diretiva n.º 2004/39/CE, de 21-abr.-2004, mais conhecida por Diretiva dos Mercados de Instrumentos Financeiros – DMIF), devidamente transpostas, têm o dever de implementar modelos organizacionais e práticas de *conheci-*

46 Neste sentido, veja-se o Ac. TRC (Belmiro Andrade), 02-nov.2011, Proc. 614/09.3GAALB-A.C1.

47 Exceto na Zona Franca da Madeira.

48 Sobre o contrato de abertura de conta, cf. Menezes Cordeiro, 2010: 259-264 e 505-511.

49 Mas tal exigência não consta, porém, do primeiro travessão do n.º 3.2 da Instrução do BdP n.º 26/2005, alterada pela Instrução do BdP n.º 3/2007.

*mento do cliente (know your client)*. Assim, os bancos têm a obrigação, já hoje, de procurar saber quem são os beneficiários económicos finais. Portanto, têm também o dever de responder a essa pergunta, se souberem.

## **2. A suspeita de controlo de bancos sediados *offshore***

Se a pista do dinheiro aponta para que as contas e os valores estejam *offshore*, o que é que se pode fazer? O primeiro impulso do investigador será expedir uma carta rogatória e ficar à espera da resposta, que, já se sabe, nunca virá. Na melhor das hipóteses, há de chegar uma resposta simpática e protocolar, sem nenhuma informação relevante. No entanto, o investigador até já sabe que as contas do suspeito ou dos *veículos societários (corporate vehicles)* que ele utiliza estão localizadas em bancos sediados *offshore*, mas que são detidos na totalidade por bancos portugueses. De facto, os bancos portugueses têm filiais e sucursais em paraísos fiscais: por exemplo, nas Ilhas Caimão.

Então por que razão não se há de poder solicitar diretamente aos bancos portugueses a informação pretendida? Mesmo que um banco negue a relação de domínio que mantém com um determinado banco sediado *offshore*, a verdade é que o investigador poderá atuar simplesmente com base na sua suspeita de domínio pelo banco português. No mínimo, o banco solicitado tem o dever de fornecer a informação pedida, se a tiver na sua posse.

## **CONCLUSÃO**

À guisa de conclusão, deixo um apelo ao legislador e também aos operadores de justiça para que concedam mais atenção à questão da identificação dos beneficiários económicos finais. Muitas vezes falamos do segredo bancário como obstáculo à investigação criminal, como se o desbloqueamento da informação sobre os titulares das contas bancárias, só por si, assegurasse grandes avanços na investigação. Assim será, se as contas usadas pelos criminosos forem tituladas em nome próprio. Mas, na criminalidade altamente organizada, as contas bancárias relevantes são seguramente tituladas por testas-de-ferro. O investigador, neste caso, seguindo a pista do dinheiro, deve orientar a investigação para a descoberta dos beneficiários económicos efetivos. Como lá chegar? Obviamente, só com a colaboração dos bancos, já que não se consegue de outra forma. Como se costuma dizer, o banqueiro – e não o bancário – conhece sempre a identidade do beneficiário económico final. Logo, tem o dever de divulgar essa informação, considerando os instrumentos jurídicos atualmente em vigor.

Por outro lado, vejo, muitas vezes, a investigação criminal deixar-se enredar nos mecanismos de proteção das contas bancárias que resultam da utilização de contas sediadas *offshore*, não dirigindo aos bancos, enquanto casas-mãe, os pedidos de informação relativos às suas filiais ou sucursais sediadas *offshore*. A partir do momento em que a solução do investigador passa por dirigir cartas rogatórias para jurisdições não cooperantes, o resultado de uma investigação criminal fica altamente comprometido.

Se não tivermos em atenção estes problemas, a facilitação do acesso à informação sobre contas bancárias vai, pura e simplesmente, contribuir para a devassa da vida privada do comum dos cidadãos, mas raras vezes servirá para a perseguição da criminalidade altamente organizada. Ou seja, aquele tipo de criminalidade que, em última análise, terá justificado estas medidas de exceção, de carácter securitário, e que têm levado de vencida praticamente todas as resistências do Estado de Direito liberal e democrático.

Espero ter contribuído de alguma forma para a reflexão necessária sobre a melhor maneira de superar algumas das dificuldades postas à investigação criminal. Mas não existem respostas milagrosas para estes problemas, como todos sabemos. Sobretudo não é solução reclamar a criação de instrumentos jurídicos de investigação contrários aos direitos, liberdades e garantias pessoais.

## BIBLIOGRAFIA:

AA.VV.

1997 *Sigilo bancário* (org.: Banco de Portugal/Instituto de Direito Bancário), Lisboa: Cosmos.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Universidade Católica Editora (1.<sup>a</sup> ed., 2008).

AZAUSTRE FERNÁNDEZ, Maria José

2001 *El secreto bancario*, Barcelona: Bosch.

BACHMAIER WINTER, Lorena

2010 “Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, in AA.VV., 2.<sup>o</sup> *Congresso de Investigação Criminal – ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL* (coord. científica: M.

- Fernanda Palma, A. Silva Dias e P. de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, pp. 161-184.
- BRANDÃO, Nuno  
2006 *Justificação e desculpa por obediência em Direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- CATARINO, Luís Guilherme  
1998 “Segredo bancário e revelação jurisdicional”, *RMP* 74 (abr.-jun.), pp. 61-101.
- CORDEIRO, António Menezes  
2010 *Manual de Direito bancário*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.
- GOMES, Noel  
2006 *Segredo bancário e Direito fiscal*, Coimbra: Almedina.
- MIRANDA, Jorge  
2008 *Manual de Direito constitucional*, t. IV (Direitos fundamentais), 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTEIRO, Cristina Líbano  
2001 “Anotação ao artigo 348.º CP – Desobediência”, in AA.VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), t. III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 349-359.
- NOVAIS, Jorge Reis  
2003 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.
- PALMA, Maria Fernanda  
2010 “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, in AA.VV., *2.º Congresso de Investigação Criminal – ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL* (coord. científica: M. Fernanda Palma, A. Silva Dias e P. de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, pp. 189-199.
- SANCHES, J. L. Saldanha  
2005 “Segredo bancário, segredo fiscal – Uma perspectiva funcional”, *Fiscalidade* 21 (jan.-mar.), pp. 33-42.
- SANTIAGO, Rodrigo  
1997 “Sobre o segredo bancário – Uma perspectiva jurídico-criminal e processual penal”, *RB* 42, pp. 23-76.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de  
2002 “O segredo bancário”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles* (org.: António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes), vol. II (Direito bancário), Coimbra: Almedina, pp. 157-223.

VALENTE, Maria Silvina

- 2009 “Da licitude da intervenção do Estado na limitação ao exercício do direito ao segredo bancário”, in AA.VV., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário – Estudos de Direito e Filosofia* (org.: A. Silva Dias, J. A. Raposo, J. Lopes Alves, L. Duarte d’Almeida e P. de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, pp. 965-988.





# O SEGREDO BANCÁRIO NO PROCESSO PENAL

*Felipe Hochsheit Kreutz*

*ABSTRACT: This paper aims to demonstrate that the protection of banking secrecy is necessary for the preservation of privacy and, on this basis, analyzes the conditions under which the interest in the investigation of crimes can justify access to sensitive banking information. It analyzes the changes produced in Portugal by Law 36/2010 on the subject of banking secrecy, in particular the possibility of direct access by the public prosecutor to sensitive banking data, and whether the new legal regime is compatible with constitutional and international protection given to privacy.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. Segredo bancário e direito à privacidade. 1. O direito à privacidade como fundamento para a proteção ao segredo bancário. 2. Vida privada e intimidade. 3. O objeto do segredo bancário na perspectiva de diferenciação entre vida privada e intimidade. II. Regime jurídico do segredo bancário. 1. A proteção do segredo bancário em face da investigação criminal. 2. O pacote anticorrupção – uma mudança de paradigma? III. Limites ao poder legislativo. 1. Limitações decorrentes da constituição. 2. Limitações decorrentes do direito internacional. Conclusões.

## INTRODUÇÃO

O segredo bancário, desde longa data, já foi reconhecido por diversos ordenamentos jurídicos como objeto de proteção. Pouco a pouco, a partir de uma origem costumeira, ditada sobretudo pelos interesses das instituições financeiras, que acabaram por incorporar aos seus estatutos regras de preservação da confiabilidade das informações bancárias<sup>1</sup>, o segredo bancário ganhou corpo e importância, chegando-se, em tempos mais recentes, a uma mudança de perspectiva: os interesses do banco passaram a ser secundários na proteção

---

<sup>1</sup> Mencionando a origem costumeira do segredo bancário e a subseqüente incorporação dele nos estatutos dos bancos: Cordeiro, 2008: 255-256.

ao segredo bancário, já que a principal justificativa para sua inviolabilidade passou a residir no resguardo da vida privada dos indivíduos<sup>2</sup>.

Na medida em que a preservação do segredo bancário passa a ser identificada como uma das facetas do direito à privacidade – e não se tem dúvida de que as informações bancárias de um indivíduo podem revelar aspectos patrimoniais relevantes de sua vida privada – ganha ela *status* de direito humano e, com grande frequência, de direito fundamental.

Se, por um lado, tal configuração dá outra dimensão ao segredo bancário – e, neste aspecto, favorece sua proteção –, por outro não se pode olvidar a tendência que se vivencia de compressão dos direitos de liberdade.

Efetivamente, nos tempos atuais, pressionados pela necessidade de combater a criminalidade organizada e transnacional, os ordenamentos jurídicos dos mais diversos lugares passaram a prever e aceitar cada vez mais restrições ao direito à privacidade, o que, naturalmente, produz uma alargamento do rol de exceções ao segredo bancário. O atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, ocorrido nos Estados Unidos, bem como os ocorridos na Europa em março de 2004 (Madri), julho de 2005 (Londres) e os fracassados ataques de 2006 na Alemanha serviram de especial combustível à compressão da privacidade<sup>3</sup> e, por decorrência, do segredo bancário.

Sob outro aspecto, que se identifica muito com plano interno dos Estados, a bandeira do combate à corrupção tem sido utilizada para fazer a necessidade de preservação da segurança avançar sobre o direito à privacidade. Na medida em que a vida moderna tornou indispensável o uso do dinheiro eletrônico – por razões de praticidade, necessidade ou segurança –, as informações bancárias passaram a ser um importante aliado no combate ao enriquecimento ilícito de agentes públicos por meio da corrupção. Logo, a proteção ao segredo bancário deveria ser enfraquecida para permitir o efetivo enfrentamento mencionada criminalidade.

---

2 A propósito, ao escrever sobre o tema, Sousa (2002: 157-161) faz interessante apanhado do segredo bancário ao longo história; apresenta os regimes relativos ao segredo bancário em diversos países (classificando-os em três regimes-tipo: modelo anglo-saxônico, modelo de sistemas reforçados de sigilo profissional e regimes intermédios) e o tratamento do tema na União Européia; registra a evolução do instituto no direito português para concluir que atualmente o segredo bancário funda-se essencialmente na reserva da vida privada.

3 Os mencionados atentados são indicados por Bachmaier Winter (2010: 161-163) como potencializadores de restrições aos direitos fundamentais (em especial ao direito à privacidade) em sede de investigação criminal, na medida em que combinam os seguintes fatores: aumento do clima de *stress* emocional; incremento na atuação preventiva, mormente mediante uso de mecanismos de inteligência, e criação de uma ambiente de “guerra” contra a criminalidade.

Exemplo claro desta lógica, em Portugal, é a Lei n.º 36/2010, incluída no pacote de combate à corrupção que entrou em vigor em 1º março de 2011. Mencionado diploma legal, a par de criar uma base de dados com todas as contas bancárias portuguesas, alterou o art. 79.º, 2, *d*), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 (RGICSF), pretendendo abolir o segredo bancário no âmbito do processo penal<sup>4</sup>.

Neste quadro de retrocesso do âmbito de proteção infraconstitucional do direito à privacidade, com significativas repercussões no segredo bancário, este trabalho pretende analisar quais as mudanças efetivamente produzidas pela lei antes mencionada, bem como, a partir da análise do direito à privacidade, avaliar os limites que a ordem constitucional e internacional impõem ao poder democrático na restrição ao segredo bancário.

Embora o trabalho esteja situado no ordenamento jurídico português – e, por isso, as principais referências legais e constitucionais têm em vista a situação de Portugal – pretende-se também pesquisar os limites que o Estado de Direito coloca aos poderes constituídos na busca de soluções para o combate à criminalidade em detrimento da preservação do segredo bancário, até mesmo para testar a validade da solução agora adotada e de outras que eventualmente possam ser pensadas para o futuro.

Para combater a criminalidade, é possível a completa abolição do segredo bancário? Ou, por outra parte, o direito à privacidade impõe limites aos poderes constituídos, de modo a impedi-los de adotarem tal solução extrema? Quais seriam, então, esses limites?

Pretendendo responder a essas perguntas, o presente trabalho analisará, sob a ótica acima delineada, o panorama jurídico português, tentando, à luz da doutrina, das decisões do Tribunal Constitucional Português e das posições do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, delinear os contornos de uma possível proteção constitucional e internacional ao segredo bancário.

---

4 Não se sabe, ainda, qual a interpretação que irá prevalecer acerca deste dispositivo, mas é certo que houve a intenção de abolir o segredo bancário no âmbito do processo penal. A propósito, Latas (2011) explica que o projeto de lei 218/XI, o qual deu origem a Lei n.º 36/2010, inicialmente pretendida afastar eventuais dúvidas levantadas a partir da Lei n.º 94/2009, no sentido de que as autoridades fazendárias teriam mais poderes que o juiz, daí que previa a alteração do art. 79.º, n.º 2, al. *d*) do RGICFS para autorizar que o segredo bancário pudesse ser afastado “pelos juizes de direito, no âmbito de suas atribuições”. Entretanto, durante sua tramitação, a expressão “juizes de direito” foi substituída por “autoridades judiciárias”, o acabou por alargar o alcance do dispositivo.

Ressalte-se, contudo, que a análise a ser feita está limitada à seara criminal, pois interessa-nos sobretudo estudar a tensão entre a necessidade de proteção à segurança pública e a obrigação de respeito à esfera individual de privacidade. Não será objeto de análise a questão da flexibilização do segredo bancário para fins tributários – matéria que gera inúmeros debates – tampouco a proteção ao segredo bancário no âmbito do direito civil.

## I. SEGREDO BANCÁRIO E DIREITO À PRIVACIDADE

### 1. O direito à privacidade como fundamento para a proteção ao segredo bancário

A existência de um Estado de Direito baseado na dignidade da pessoa humana, tal como previsto no art. 1.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), exige, por parte dos poderes constituídos, o respeito às liberdades individuais, bem como à esfera de privacidade de cada pessoa.

A partir das concepções liberais-iluministas, expandiu-se pelo mundo ocidental a ideia de que os indivíduos são livres e, por conta desta liberdade, podem fazer tudo o que quiserem, desde que não interfiram na liberdade alheia. A liberdade individual seria, pois, anterior ao próprio Estado, que somente teria legitimidade para limitá-la na medida em que tal limitação fosse necessária ao convívio social (das diferentes liberdades individuais).

De outra parte, a vida em sociedade acaba por importar, necessariamente, em relacionamento intersubjetivo e, com isso, o necessário compartilhamento com outros de situações próprias de cada indivíduo. Contudo, há determinadas áreas em que a vida pessoal não diz respeito a terceiros e cuja exposição não é necessária ao bom êxito do convívio social, de modo que os indivíduos têm o direito de preservá-la do conhecimento alheio. Esta esfera, na qual está compreendido o direito à privacidade, deve ser respeitada<sup>5</sup> pelo Estado, que não está legitimado a nela intervir sem necessidade.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana impõe, então, que o Estado não interfira na liberdade e na vida privada dos indivíduos para além daquilo que seja necessário ao convívio social<sup>6</sup>. Todos os indivíduos devem

---

5 Utiliza-se aqui a expressão respeito, pois o enfoque do presente trabalho é totalmente voltado ao mencionado dever, em sua dimensão negativa. Não se olvida, contudo, que o Estado tem também uma função de proteção (frente a terceiros) e de promoção no que se refere ao direito à privacidade.

6 Evidentemente, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana não se esgota em tais preceitos.

ter a liberdade de escolher valores (morais, religiosos...) próprios, de pautar sua vida e desenvolver sua personalidade de acordo com eles, desde que seu comportamento não avance para a área de proteção dos demais, assim como têm o direito de manter fora do conhecimento alheio fatos que somente lhes dizem respeito. A privacidade, tal qual a liberdade, é condição necessária para o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Nessa lógica, o art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que ninguém sofrerá “intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência”, bem como que “contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”. A vida privada, condição necessária para o pleno desenvolvimento da personalidade, deve ser respeitada pelo Estado – e até protegida contra intervenções de terceiros –, somente admitindo-se intromissões que não sejam arbitrárias, ou seja, que se justifiquem plenamente como indispensáveis ao convívio social.

Vê-se, pois, o quão importante é, no Estado de Direito, o resguardo de uma esfera individual de cada pessoa. Não é difícil ver que a preservação do segredo bancário está fortemente ligada ao direito à privacidade, servindo como um instrumento necessário à plena realização deste. Não se trata de garantir um direito ao segredo, que exista de per si, mas o direito à privacidade, que somente se torna efetivo se lhe corresponder uma tutela jurídica ao segredo. Afinal, não há privacidade sem segredo<sup>7</sup>. O segredo bancário é, então, um meio indispensável para o resguardo da privacidade e, nessa condição, se trata de um instrumento próprio do Estado de Direito.

Boa parte de nossa vida encontra-se espelhada nas nossas contas bancárias. Nos tempos atuais, em que o “dinheiro de papel” cada vez mais perde espaço para o “dinheiro de plástico”, os bancos dispõem de informações que podem revelar não apenas a riqueza de uma pessoa, mas também detalhes próprios da vida privada dela, como viagens que a pessoa fez, restaurantes que frequentou, locais em que esteve, a escola dos filhos, a academia que pratica esporte.... Com base nos dados bancários é até mesmo possível descobrir se o indivíduo frequenta prostíbulos ou tem relacionamento extraconjugal. A análise sistemática no tempo e o cruzamento de tais informações com outras providas

---

7 Embora o contrário não seja verdadeiro, pois o segredo pode desempenhar outras funções não relacionadas à privacidade, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de segredo de Estado. Nesse sentido e demonstrando o caráter instrumental do segredo e as diferentes funções que ele pode desempenhar: Ferraz Jr., 2005: 22-24.

de fontes abertas pode ser ainda mais reveladora da vida privada, na medida em que permite traçar, com grande margem de credibilidade, um perfil do modo de vida da pessoa<sup>8</sup>.

Portanto, não há qualquer dúvida de que o direito à privacidade somente será verdadeiramente assegurado se for garantida a proteção jurídica contra intromissões arbitrárias no segredo bancário, quer se trate de intromissões feitas por particulares, quer sejam elas promovidas – e este o nosso interesse – pelo próprio Estado.

Aquela perspectiva inicial de proteção ao segredo bancário, que colocava a preservação do segredo como um direito do banco, necessário ao pleno desenvolvimento das atividades deste, já se encontra superada. O interesse na captação de recursos, justificativa inicial do segredo bancário e motivador do regime fortalecido de proteção adotado em Portugal no período imediatamente posterior à revolta dos cravos, não é fator relevante para fundamentar tal direito, já que sua importância é, no máximo, secundária<sup>9</sup>.

Claro que a dimensão objetiva do direito à privacidade, na medida em que serve de parâmetro valorativo do ordenamento jurídico e, assim, fator de conformação das normas infraconstitucionais, por via reflexa, acabará por coincidir com eventual interesse do banco de fortalecimento do segredo bancário como forma de favorecer a captação da clientela.

Aliás, o interesse do banco deve ser bem compreendido, pois liga-se apenas à captação da clientela. Assim, somente há interesse do banco na preservação do segredo porque, em verdade, há interesse por parte dos clientes de que suas informações privadas não sejam reveladas. Ou seja, o banco acaba por ser favorável à preservação do segredo de seus clientes apenas porque isto pode contribuir para o êxito econômico de suas atividades. Se aos clientes não interessasse o sigilo, por certo o banco não o invocaria como direito próprio a vedar a divulgação das informações bancárias. Note-se, não há um direito

---

8 Sobre a importância de proteger-se o sigilo bancário: Mendes, 2010: 203-204; Cordeiro, 2008: 264-266.

9 Não há qualquer óbice a que o segredo bancário cumpra diversas funções, mas não parece legítimo reconhecer que o interesse em captar clientes seja razão bastante para, sem outros apoios (como o direito à privacidade), justificar a proteção jurídica ao sigilo bancário. Seria como aceitar-se que os fins nobres de fortalecimento do sistema financeiro justificassem uma proteção a toda a forma de dinheiro, não interessando de onde ele proviesse (da sonegação fiscal, do tráfico ilícito de entorpecentes, do terrorismo...). Nesta lógica, qualquer exceção ao segredo bancário, ainda que visasse a capitais ilícitos, deveria ser vista *a priori* como ilícita porque afeta o direito do banco, e não porque atinge o direito à privacidade. Disso resultaria uma distorção no controle judicial das exceções ao sigilo bancário, já que estaria ele baseado em parâmetros de ponderação inadequados.

à captação da clientela, mas um direito individual do cliente à privacidade, que o banco defende porque a defesa coincide com seu interesse comercial. Naquilo que não coincide – *vide*, por exemplo, as trocas de informações interbancárias para a proteção ao crédito – o banco não tem maior interesse na preservação do segredo e é natural que tal ocorra.

Enfim, frente ao que foi exposto, não se tem dúvida de que, ainda que possa cumprir outros objetivos e justificar-se também por outras razões<sup>10</sup>, a tutela jurídica do segredo bancário é uma decorrência lógica, num Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa, do necessário reconhecimento do direito à privacidade. Daí porque, nesse tipo de Estado, assim como não se pode suprimir o direito à privacidade, não há como deixar de ser tutelado o segredo bancário. Compreende-se, então, porque as questões que motivam as mais acaloradas discussões nessa seara não versam sobre a existência do segredo em si, mas sobre a forma como ele pode – ou deve – ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Como o segredo bancário é instrumento de proteção do direito à privacidade, a análise deste é fundamental para nortear qualquer discussão sobre o assunto.

## 2. Vida privada e intimidade

Assentado o pressuposto de que o segredo bancário é um instrumento necessário para a garantia do direito à privacidade, mostra-se necessário avançar na análise deste, procurando identificar as diferentes dimensões que integram seu conteúdo. Nesse sentido, logo surgem os conceitos de vida privada e de intimidade como integrantes daquilo que compreende o direito à privacidade, embora com diferentes sentidos e campos de abrangência.

Conforme explica Ferraz Jr., “a intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum)”<sup>11</sup>. Na esfera da intimidade incluem-se, por exemplo, “o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal,

---

10 Conforme Cordeiro (2008: 257-258), a proteção ao segredo bancário também decorre do dever de repetir os contratos (o segredo normalmente está previsto nos contratos e, quando não está, salvo expressa e válida previsão em contrário, é uma obrigação decorrente da boa-fé objetiva), o qual impede o Estado de neles intervir arbitrariamente.

11 Ferraz Jr., 2005: 20.

o segredo íntimo cuja mínima publicidade constringe”<sup>12</sup>. Por outro lado, “a vida privada envolve proteção de formas exclusivas de convivência”<sup>13</sup>, dizendo respeito a situações “em que a comunicação é inevitável (em termos de relação de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros”<sup>14</sup>.

A partir de tal distinção, o mencionado autor explica que, como a intimidade corresponde ao grau máximo da exclusividade, vez que contém “aqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade - dados de foro íntimo, expressões de auto-estima, avaliações personalíssimas com respeito aos outros, pudores, enfim dados que, quando constantes em processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo a integridade moral do sujeito”<sup>15</sup>, não podem terceiros (inclusive o Estado) exigir tais informações, “salvo nos casos especiais em que a intimidade de alguém venha a interferir na intimidade de outrem”<sup>16</sup>. A mesma conclusão, entretanto, não se aplica à esfera da vida privada, na qual encontram-se aqueles dados “referentes as opções de convivência, como a escolha de amigos, a frequência a lugares, os relacionamentos civis e comerciais, ou seja, dados que, embora digam respeito aos outros, não afetam, em princípio, direitos de terceiros (exclusividade de convivência)”<sup>17</sup> e que somente são protegidos pelo segredo quando “associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem”<sup>18</sup>.

Essa diferença de grau de exclusividade entre a intimidade e a vida privada condiciona a interferência que o Estado, em nome de outros interesses – como, por exemplo, o de uma eficiente Justiça Criminal – está legitimado a fazer no campo da privacidade. Nas duas hipóteses, o sigilo aparece como instrumento necessário à preservação da privacidade. Contudo, enquanto os

---

12 *Idem*: 21

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

15 Ferraz Jr., 2005: 28

16 *Ibidem*.

17 *Ibidem*.

18 Ferraz Jr., 2005: 29



dados que compõem a vida privada de uma pessoa podem ser acessados pelo Estado quando tal justificar-se frente a necessidade de proteção de outros valores ou interesses de maior peso, os dados que integram a intimidade não podem ser exigidos pelo Poder Público, salvo, talvez, em circunstâncias muito excepcionais<sup>19</sup>.

Existe, pois, uma clara diferença conceitual entre intimidade e vida privada. Enquanto a intimidade diz respeito àqueles dados interiores da vida pessoal, que o indivíduo não compartilha com os demais ou, no máximo, compartilha com pessoas muito próximas, com as quais ele possui especial relação de confiança e cuja divulgação pode trazer constrangimentos, a vida privada abrange um aspecto mais amplo da vida pessoal, ou seja, aquelas informações relativas à vida de convivência, as quais, não sendo públicas, acabam sendo conhecidas, sem maiores prejuízos à personalidade, no círculo de relacionamentos do indivíduo.

Esta diferenciação entre a intimidade e a vida privada também está presente na Teoria dos Três Graus. Conforme explica Andrade, mencionada teoria parte da ideia de que a esfera da intimidade é a “*área nuclear, inviolável e intangível da vida privada*”, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares e, por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação de bens ou interesses<sup>20</sup>. Disso decorre que a intimidade estaria imune a agressões patrocinadas por uma maioria democrática, devendo ser sempre respeitada pelos poderes constituídos, os quais não poderiam invadi-la nem mesmo sob o argumento da proteção de outros interesses tão ou mais importantes. A ligação estreita que possui com o princípio da dignidade da pessoa humana torna a intimidade, como condição essencial ao desenvolvimento da personalidade, o “núcleo duro”, ou, para utilizar a expressão consagrada na constituição portuguesa, o “conteúdo essencial” da privacidade.

---

19 Ferraz Jr. (2005: 21) aponta ainda, como integrantes da privacidade, embora com uma conotação diversa, que envolveria necessariamente um “sentido comunicacional”, a honra e a imagem das pessoas. Na verdade, a classificação feita pelo autor tem em vista as diferentes categorias enumeradas no art. 5.º, inc. X, da Constituição Federal do Brasil (CF). A CF incluiu estes diferentes conceitos num mesmo dispositivo legal, deixando para o legislador e para o juiz, com apoio na doutrina, a tarefa de preencher o conteúdo dos mesmos de forma compatível com o texto constitucional. Daí porque, não obstante apresentada tendo em vista a CF, a distinção do autor entre intimidade e privacidade também pode ser aplicada em outros ordenamentos jurídicos. Aliás, segundo parece-nos e será adiante demonstrado, há grande semelhança entre ela e a Teoria das Três Esferas.

20 Andrade, 1991: 94.

Já a proteção à vida privada não teria a mesma intensidade jurídica. Não que a Teoria dos Três Graus excluísse do âmbito de proteção jurídica a área normal da vida privada, cujo resguardo também é importante para o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. Contudo, diferentemente do que ocorre com a intimidade, a preservação da vida privada deveria ficar submetida uma lógica de ponderação, pois se trata de “um bem jurídico que não pode perspectivar-se absolutamente isolado dos compromissos e vinculações comunitárias”<sup>21</sup>.

O Tribunal Constitucional (TC), na ocasião em que analisou a admissibilidade de valoração como prova dos diários pessoais do arguido, se bem que não se comprometendo com o acolhimento da Teoria das Três Esferas<sup>22</sup>, aceitou haver diferenças na intensidade e na extensão da intromissão que o Estado estaria autorizado a fazer, para fins de persecução criminal, na privacidade dos indivíduos. Na decisão, acabou por seguir a diferenciação feita na jurisprudência do BVefG, entendendo que naqueles casos em que o conteúdo do diário fosse a expressão da intimidade da pessoa, ou seja, de seus pensamentos e reflexões, não poderia ser valorado como prova. “Todavia, fora desses casos, quando as descrições constantes dos diários toquem a esfera dos outros ou da comunidade, não refletindo exclusivamente impressões internas, sentimentos e emoções, e contenham já indicações sobre os actos imputados ao arguido [cf. Bundesverfassungsgerichts (BverfGE), decisão 14.09.89, in NJW, 1990, p. 565], há de admitir-se uma ponderação que, em concreto, pode conduzir a que, nestas circunstâncias, se deva admitir a valoração processual probatória das descrições em causa”<sup>23</sup>.

Ora, a posição do TC<sup>24</sup>, ao menos no que pertine a uma graduação no âmbito da privacidade e a identificação de um núcleo essencial ligado à dig-

---

21 Andrade, 1991: 95. Segundo esta concepção, haveria ainda uma esfera, abrangendo a “extensa e periférica área da vida normal de relação em que, apesar de subtraída ao domínio da publicidade, sobrepõe de todo o modo a funcionalidade sistémico-comunitária da própria interacção” (*idem*, p. 96).

22 O TC, embora mencione a Teoria das Três Esferas, não chegou a comprometer-se com sua aceitação, tendo assentado conclusão de que havia áreas nas quais o Estado não poderia ingressar, nem mesmo quando estiverem interesses mais relevantes, no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, “enquanto último reduto ético da sua imanente personalidade, afirma um limite a qualquer ponderação...” (Acórdão n.º 607/2003, de 05.12.2003, 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, processo n.º 594/03, Rel. Cons. Benjamim Rodrigues, p. 38).

23 *Ibidem*.

24 Palma explica que a jurisprudência do TC por vezes inclui o segredo bancário na reserva da vida privada, por vezes relativiza tal inclusão, fazendo, com base na doutrina, distinções “entre várias esferas

nidade da pessoa humana, coaduna-se com os preceitos da Teoria das Três esferas e com a posição sustentada por Ferraz Jr., acima explicitadas, vez que estas três vertentes apontam uma distinção fundamental no que concerne a privacidade, para conferir uma proteção mais extensa quanto aos fatos que estiverem ligados a aspectos interiores da vida humana (em relação aos quais o segredo seria absoluto ou quase), diversamente do que ocorreria com aqueles decorrentes da vida de relação (em que o segredo poderia ser afastado por critérios de ponderação).

Em Portugal, o art. 26.º, n.º 1, da CRP reconhece, dentre os direitos pessoais fundamentais do indivíduo, o da reserva da intimidade da vida privada e familiar. Como não se supõe que a constituição contenha palavras inúteis, conclui-se que a reserva a que alude mencionado dispositivo não é a da vida privada e familiar em geral, mas apenas aquela que toca com a intimidade. Aliás, diferentemente do que ocorreu com outros direitos pessoais protegidos no mesmo artigo, como a cidadania e a capacidade civil, o constituinte não estabeleceu hipóteses expressas de restrição ao mencionado direito<sup>25</sup>.

A mesma constituição, ao tratar das garantias do processo criminal, considera nulas todas as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada (art. 32.º, n.º 8, da CRP). Aqui não é feita alusão à intimidade, de modo que qualquer intromissão abusiva na vida privada, diga respeito ou não à intimidade, é inconstitucional, gerando como consequência a nulidade da prova. Aliás, contrário senso, mencionado dispositivo dá a ideia de que, não sendo abusiva, é possível uma intromissão na vida privada para fins de perseguição criminal.

Percebe-se, pois, a existência de uma distinção dogmática e constitucional entre intimidade e privacidade<sup>26</sup>, a qual não tem mero valor acadêmico, pois reflete-se no nível de proteção jurídica conferido a uma e outra categoria. Tudo aquilo que for incluído na esfera da intimidade, não está sujeito à restrição ou ponderação, salvo, talvez, em circunstâncias muito

---

na vida privada, desde uma esfera íntima e personalíssima a outra relacional ou social ou até mesmo ao reconhecimento de uma 'reseva de uma parte do acervo patrimonial' [...]” (Palma, 2010: 197-198).

25 Sabe-se que a ausência de previsão constitucional não impede restrições aos direitos fundamentais por conta de critérios de ponderação (sobre o assunto, consulte-se: Novais, 2010). Contudo, a ausência de autorização expressa para restrição poderia ser encarada como uma pista do alcance do dispositivo constitucional.

26 No Brasil, a CF, no art. 5.º, inc. X, estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”, deixando transparecer que, embora ambas sejam protegidas, há uma diferença de conteúdo entre intimidade e vida privada (do contrário, seria redundante citar ambas).

excepcionais. Já a parte do conteúdo da privacidade que diz respeito à vida privada pode sofrer restrições, desde que justificadas por outros bens de importância superior.

Em decorrência, eventuais interferências do Estado na esfera da intimidade não podem ser tratadas da mesma forma que as na esfera da privacidade, pois atingem valores diferentes, sendo que apenas no primeiro caso afetam aquela área intangível da dignidade da pessoa humana<sup>27</sup>.

### **3. O objeto do segredo bancário na perspectiva de diferenciação entre vida privada e intimidade**

Feita a distinção entre vida privada e intimidade, mostra-se necessário analisar o objeto do segredo bancário e verificar em que compartimento do direito à privacidade ele se enquadra, na medida em que, como antes assinalado, as conclusões obtidas poderão interferir no alcance e na intensidade da sua proteção jurídica.

O Decreto-Lei n.º 298/92, que estabelece o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, é o diploma legal atualmente em vigor em Portugal que concretiza a tutela de proteção ao segredo bancário. No art. 78.º, mencionado diploma legal define o dever de segredo e estabelece o objeto do mesmo: o nome dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias.

O objeto sobre o qual recai o dever de segredo foi definido pelo legislador de forma descritiva e exemplificativa, sendo que, neste aspecto, o diploma atualmente em vigor preferiu recuar na enumeração em relação ao Decreto-Lei n.º 2/78<sup>28</sup>. De qualquer modo, pelo texto legal compreende-se facilmente que ele abrange todas as relações comerciais mantidas pelo cliente com o banco, ou seja, depósitos, saques, aplicações financeiras, gastos com cartões de crédito, operações de crédito, compra de moeda estrangeira..... e, mais ainda, a própria existência de uma relação com a instituição financeira.

---

27 Nesse sentido, Palma explica que “a vida patrimonial não integra a mesma esfera de valores da vida íntima”, de modo que “a invasão da vida privada patrimonial não pode ter exactamente o mesmo desvalor da invasão da vida íntima, porque não estará em causa a esfera absolutamente intocável da dignidade da pessoa humana, mas apenas aspectos da relação com os outros relevantes para o desenvolvimento de actividade patrimonial e negocial” (Palma, 2010: 195).

28 Nesse sentido, Catarino, 1998: 68.

Tomando-se por base a diferença entre intimidade e privacidade antes formulada, é possível concluir que nenhum dos dados cobertos pelo segredo bancário diz respeito à esfera da intimidade.

Não se tem dúvidas de que os locais em que o cliente do banco esteve, os restaurantes que frequentou, as lojas em que fez compras, a escola que o filho estuda, dentre outras informações similares que poderiam ser reveladas pelos dados bancários dizem respeito à vida privada do indivíduo. Porém, estão elas longe de compor aquilo que se define por intimidade. Aliás, todas estas informações, que a doutrina muitas vezes utiliza para enquadrar a proteção ao segredo bancário como inerente à intimidade da vida privada, reportam relações que não precisam ser realizadas de forma encoberta para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, tanto que, de fato, na vida social, são realizadas abertamente. Diferentemente do que ocorre com os dados íntimos – que, via de regra, somente são conhecidos pelo indivíduo ou, no máximo, por pessoas de sua confiança extrema – os dados da vida privada são de conhecimento dos vizinhos, amigos e até, por vezes, de desconhecidos, sem que isso cause qualquer embaraço ou constrangimento ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. As informações mais sensíveis, mais restritas e, por isso, mais próximas da intimidade, embora longe de identificarem-se com esta, são justamente as de caráter patrimonial, ou seja, o quanto cada um recebe, gasta e tem economizado. Mas estas, de forma até contraditória, acabam por não serem as mais importantes para a doutrina caracterizar o segredo bancário como parte integrante da intimidade da vida privada.

Assiste inteira razão a Saldanha Sanches quando diz que os dados cobertos pelo segredo bancário não fazem parte “daquele núcleo central de características e comportamentos de natureza pessoal (*maxime* sexual e familiar) que a lei deverá proteger para proporcionar ‘garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à dignidade humana’ (n.º 1 e n.º 2 do art. 26.º da CRP)”<sup>29</sup>, de modo que, embora referidas informações componham a esfera da privacidade – e, por isso, devem ser protegidas –, não devem gozar da mesma proteção conferida à intimidade.

Nessa mesma linha, Palma explica que a importância constitucional do segredo bancário está ligada a uma esfera patrimonial da pessoa, a qual, ainda

---

29 Sanches, 2005: 35.

que por vezes adquira uma conotação pessoal<sup>30</sup>, não “não integra a mesma esfera de valores da vida íntima”<sup>31</sup>.

A jurisprudência do TC, aparentemente, não teria seguido este caminho, na medida em que considerou que “a situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações activas e passivas nela registradas, faz parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no art. 26.º, n.º 1, da Constituição”<sup>32</sup>. Nesse mesmo sentido, a doutrina portuguesa majoritária vem entendendo que o segredo bancário está incluído no direito à reserva da intimidade da vida privada, previsto no art. 26.º, n.º 1, da CRP<sup>33</sup>.

Apesar disso, flagra-se na jurisprudência do TC e na doutrina uma contradição que acaba por reconduzir os dados bancários ao seu setor próprio, qual seja, o da privacidade. Efetivamente, a Corte Constitucional faz uma diferenciação entre a quebra de segredo bancário e outras medidas investigatórias mais intrusivas da privacidade, como é o caso das escutas telefônicas ou da apreensão de diários íntimos<sup>34</sup>, reconhecendo que a proteção constitucional não se opera da mesma forma nestes casos, sendo menos intensa no que pertine ao segredo bancário.

Do ponto de vista da doutrina, aqueles que sustentam a inclusão dos dados bancários na esfera da intimidade da vida privada, muitas vezes acabam por aceitar as derrogações feitas pelo legislador – tal qual o Tribunal Constitucional –, exceto, talvez, em matéria tributária. Fossem verdadeiramente integrantes da esfera da intimidade (tal como acima definida), somente em

30 Essa conotação patrimonial pessoal, para a autora, não se identifica com a intimidade, mas diz respeito à “preservação do que na vida patrimonial, tal como no direito de propriedade, reflecte a organização pessoal de nossa esfera de liberdade” (Palma, 2010: 189)

31 Palma, 2010: 195. A propósito, *vide* nota de rodapé n.º 27.

32 Acórdão n.º 278/95, de 31.05.1995, 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, processo n.º 510/91, Rel. Cons. Alves Correia. No processo que gerou mencionado acórdão, debatia-se a situação de um arguido que havia sido processado com base em informações bancárias obtidas pela Inspeção-Geral de Finanças com base no Decreto-Lei n.º 513-Z/79. Segundo sustentou a defesa e foi acolhido pelo Tribunal, o mencionado Decreto-Lei era organicamente inconstitucional, vez que, ao tratar do segredo bancário, versou sobre direitos fundamentais, matéria reservada à competência da Assembleia da República. No caso, tal conclusão por parte do TC foi obtida com a inclusão do segredo bancário na proteção constitucional conferida à intimidade da vida privada.

33 *Vide*, dentre outros: Mendes, 2010: 203; Cordeiro, 2008: 279; Sousa, 2002: 216-217.

34 *Vide* acórdão n.º 607/2003, de 05.12.2003, 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, processo n.º 594/03, Rel. Cons. Benjamim Rodrigues e acórdão n.º 42/2007, de 23.01.2007, 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, processo n.º 950/06, Rel. Cons. Fernanda Palma.

situações excepcionalíssimas é que se aceitaria o acesso a tais dados, sempre com o crivo judicial, e não nas amplas hipóteses legalmente previstas. Mais ainda, não se percebe em muitos destes autores uma diferença de tratamento quanto aos diferentes itens que compõem o objeto do segredo bancário<sup>35</sup>, pois neste certamente há informações que apenas espelham a situação patrimonial do cliente da instituição, como é o caso dos saldos da contas de depósito, dos valores aplicados em operações financeiras... ou nem isso, se pensarmos que o nome dos clientes também é coberto pelo segredo bancário.

Em verdade, percebe-se que o TC e significativa parcela da doutrina portuguesa enquadram os dados bancários no art. 26.º, n.º 1, da CRP, inserindo-o na proteção à esfera da intimidade da vida privada, mas, no fundo, não os tratam como tal. Com isso, o dispositivo constitucional acaba sendo lido como se versasse sobre a vida privada ou direito à privacidade, e não sobre a intimidade, como nele está expressamente escrito.

No Brasil, Tavares inclui o segredo bancário naquela parte da privacidade que, segundo classificação acima exposta, diz respeito à intimidade<sup>36</sup>. Contudo, admite seu afastamento por ordem do Poder Judiciário e por decisão do Poder Legislativo ou de Comissão Parlamentar de Inquérito<sup>37</sup>, nos termos da Lei n.º 4595/64. Logo, vê-se que admite a derrogação do sigilo mediante amplos juízos de ponderação (ainda que feitos por membros do legislativo ou pelo juiz).

---

35 Sousa, embora integre o segredo bancário no direito à reserva da intimidade da vida privada, faz essa diferença a partir do que seria o conteúdo essencial do mencionado direito. Para o autor, apenas comporia o conteúdo essencial do direito “as *sequências* de movimentos, e respectiva documentação, das contas das pessoas singulares e os documentos de outras operações bancárias, cambiais e financeiros, protagonizados pelas mesmas pessoas que contenham ou reflectam fatos pessoais significativamente relevantes de tal intimidade. Nestas hipóteses só a colisão de direitos e as causas de justificação da ilicitude poderão permitir a quebra do segredo bancário, mediante ponderação e decisão judicial [...] Mas, quanto ao conteúdo *não essencial* [...] (*maxime* a identificação e o saldo de uma conta bancária e a apreciação da licitude de um determinado movimento dessa conta), as restrições têm que preencher os pressupostos do art. 18.º, n.ºs 2 e 3, Const.” (Sousa, 2002: 218-219).

36 Tavares baseia-se nos conceitos trazidos ao Brasil por Paulo José da Costa Jr., o qual, baseado nas lições de Henkel, sustenta a existência de três círculos (um inserido dentro do outro) no que tange a proteção da privacidade. Para o autor, o primeiro círculo, mais amplo, seria o da vida privada *stricto sensu* (*privatsphäre*), englobando aqueles fatos não públicos. O segundo, seria o da intimidade (*vertraulichkeitssphäre*), no qual estão inseridas aquelas informações compartilhadas com pessoas mais próximas. E o terceiro, o do segredo, abrange aqueles dados somente compartilhado com muito poucas pessoas. Com base nesta distinção feita por Costa Jr., Tavares inclui o segredo bancário no círculo mais restrito, o do segredo (Tavares, 1993: 106-107). Registre que, na conceituação de Costa Jr., o que chamamos de intimidade é denominado segredo e o que chamamos de vida privada, de intimidade.

37 Registre-se que, no Brasil, a Constituição Federal confere às Comissões Parlamentares de Inquérito “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (art. 58, parágrafo 3.º).

Não que exista maiores problemas nestas abordagens. Poder-se-ia chamar de intimidade o que denominamos de vida privada<sup>38</sup>, embora seja sempre melhor para a discussão científica a uniformidade de conceitos. O que não se pode aceitar é, pela simples alteração de nomenclatura, conferir à “vida privada” a proteção que somente a “intimidade” possui. A alteração no nome dos conceitos, por óbvio, não importa na alteração do conteúdo destes.

## II. REGIME JURÍDICO DO SEGREDO BANCÁRIO

### 1. A proteção do segredo bancário em face da investigação criminal

A regra geral protetiva do segredo bancário, como já mencionado, está estabelecida no art. 78.º do RGICSF, em face dos qual “os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições de crédito, os seus empregados, mandatários, comitidos e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”.

O segredo bancário não é absoluto. Todos os autores admitem isto, até mesmo aqueles que o inserem na intimidade da vida privada. O próprio Tribunal Constitucional aceita as exceções que o legislador estabeleceu ao segredo bancário no art. 79.º do RGICSF, em face de uma lógica de ponderação de interesses. No acórdão n.º 278/95, antes citado, o TC declarou expressamente que “o segredo bancário não é um direito absoluto, antes pode sofrer restrições impostas pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, desde que as restrições observem os requisitos impostos pelo art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP.

No direito português, as exceções estão contempladas no art. 79.º, n.º 2, do RGICSF, que, dentre outras hipóteses, autorizava a derrogação do segredo “nos termos previstos na lei penal e de processo penal”<sup>39</sup>, remetendo, desta forma, para mencionadas legislações a regulamentação das situações específicas em que estaria autorizada a derrogação do segredo, bem como os procedimentos a serem adotados para tal finalidade. Ou seja, o RGICSF autorizava a

38 Tal como faz Costa Jr., conforme apontado na nota de rodapé n.º 36.

39 Essa era a redação da alínea d) do n.º 2 do art. 79.º do RGICSF antes da alteração produzida pela Lei n.º 36/2010, que integrava o pacote anticorrupção.



derrogação do segredo bancário quando houvesse um interesse de realização da Justiça Criminal, mas deixava os detalhes da regulamentação para as leis que tratavam do fenômeno da criminalidade.

A regulamentação geral da derrogação do segredo bancário para fins criminais estava disciplinada no Código de Processo Penal (CPP), juntamente com as situações de afastamento do segredo profissional. De acordo com a sistemática estabelecida nos arts. 135.º e 182.º do CPP, a quebra do segredo bancário deveria ser deliberada sempre pela instância superior àquela em que o incidente foi suscitado (ou seja, pela instância superior ao juízo competente para apreciar o processo criminal), ou pelo pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, se neste houver sido suscitado o incidente. A decisão – e é esta a peculiaridade que merece destaque – deveria ser tomada tendo em vista um juízo de ponderação, ficando autorizada a quebra do segredo profissional “sempre que esta se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse determinante, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento (*dados bancários*) para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos”<sup>40</sup>.

Da redação do art. 135.º do CPP depreende-se que, do ponto de vista material, o legislador não impôs qualquer barreira limitadora ao Poder Judiciário no levantamento do segredo bancário, uma vez que o juízo de ponderação exigido pelo dispositivo em análise decorre da própria constituição. Com efeito, um exame dos critérios de ponderação explicitados no dispositivo legal deixa evidente tal conclusão. A imprescindibilidade dos dados bancários para a descoberta da verdade – primeiro critério – é uma exigência imposta pela própria lógica de restrição dos direitos fundamentais, vez que esta somente é possível quando não houver outro modo de salvaguardar o outro interesse (de peso superior). A gravidade do crime – segundo critério – é uma clausula demasiadamente aberta para limitar o julgador, pois, aqui, não se preocupou o legislador em estabelecer um catálogo de infrações penais em que era cabível a medida, tampouco definiu as penas mínimas que deveriam ser cominadas ao crime para que houvesse possibilidade de quebra do segredo. A solução é aberta e deixa ao juiz uma grande margem de apreciação para decidir quais são os crimes que possuem a gravidade exigida para autorizar a medida. Por fim, ao aludir a necessidade de proteção de bens jurídicos – terceiro critério –, o legislador apenas enuncia outro requisito inerente a lógica da ponderação,

---

40 Art. 135.º, n.º 3, CPP.

qual seja, o fato de que o sacrifício do direito à privacidade, protegido pelo segredo, somente será possível no interesse de proteção de outros bens tutelados pelo ordenamento jurídico.

Na verdade, as grandes limitações impostas pela sistemática estabelecida no código de processo penal português são de ordem procedimental, na medida em que, para o levantamento dos segredos profissionais, de um lado, está prevista a consulta ao órgão de classe representativo da profissão relacionada com o segredo em causa – formando uma espécie de contraditório em que a entidade de classe pode apresentar as razões pelas quais a manutenção do segredo no caso é necessária para o exercício da profissão – e, de outro, que o julgamento será feito pela instância superior àquela competente para o processo, o que, ao afastar a decisão do juízo local, poderá teoricamente conferir maior objetividade ao julgamento.

A par desta regra geral de derrogação do segredo bancário, existem outras legislações especiais, nas quais o legislador facilitou o acesso aos dados protegidos pelo segredo bancário. São os chamados regimes especiais de derrogação do segredo bancário, previstos em legislação esparsa, que, segundo levantamento feito por Mendes (2010: 209), incluem os seguintes dispositivos: art. 13.º-A do Decreto-Lei n.º 459/91 (regime jurídico do cheque sem provisão de fundos); art. 60.º do Decreto-Lei n.º 15/93 (referente ao combate à droga); art. 63.º-B, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 398/98 (Lei Geral Tributária); art. 385.º, n.º 1, al. *a*), do Decreto-Lei n.º 486/99 (Código de Valores Mobiliários), art. 2.º da Lei n.º 5/2002 (combate à criminalidade organizada) e art. 18.º da Lei n.º 25/2008 (combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo).

Estes regimes especiais têm em comum o fato de permitirem o afastamento do segredo bancário sem a necessidade de formação do incidente processual, nem de decisão judicial, *desjurisdicionalizando* e *desjudicializando*<sup>41</sup> a quebra do segredo bancário. Enfim, os regimes especiais afastam as garantias procedimentais previstas na regra geral, as quais, aliás, foram as únicas verdadeiramente impostas pelo legislador, vez que as garantias materiais podem ser retiradas da própria constituição.

---

41 Os termos foram construídos a partir dos empregados por Mendes (2010: 209), que menciona a *desjurisdicionalização* (para referir a dispensa do incidente) e *desjudicialização* (para referir a dispensa do juiz de instrução) da quebra do sigilo em tais hipóteses.

Com o advento do pacote anticorrupção, parece ter havido uma profunda alteração no que pertence a proteção do segredo bancário no âmbito do combate à criminalidade. Com a anunciada intenção de facilitar a investigação criminal, o legislador alterou o art. 79.º, n.º 2, al. *d*), do Decreto-Lei n.º 298/92, passando a autorizar que os elementos cobertos pelo dever de segredo bancário sejam revelados “as autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal”.

## **2. O pacote anticorrupção – uma mudança de paradigma?**

Cabe, então, uma pergunta: a pequena mudança na redação do art. 79, n.º 2, al. *d*), do RGICSF, levada a efeito pela Lei n.º 36/10, que entrou em vigor no dia 1.º de março de 2011, provocou uma mudança profunda no sistema de proteção ao segredo bancário, ao menos no âmbito da persecução criminal?

Como já mencionado, o segredo bancário, no direito português, está tutelado pelo RGICSF. No art. 78.º, está previsto o dever de segredo, enquadrado como dever profissional, e no art. 79.º, n.º 2 estão elencadas as hipóteses em que pode ser autorizado seu afastamento. No que pertence ao combate à criminalidade, a derrogação está prevista na al. *d*), que autorizava a revelação do segredo bancário “nos termos previstos na lei penal e de processo penal”.

A partir da entrada em vigor da Lei n.º 36/2010, mencionado dispositivo legal teve sua redação alterada, passando a constar que o segredo bancário podia ser revelado “às autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal”.

Embora a recenticidade da alteração ainda não tenha permitido uma maior discussão doutrinária e jurisprudencial da Lei n.º 36/2010, é possível vislumbrar que as interpretações sobre a alteração legal estão a direcionar-se para dois caminhos: 1) não houve qualquer alteração quanto a quebra do segredo bancário para fins criminais; 2) estamos diante de um novo sistema, não havendo mais segredo bancário no âmbito do processo penal<sup>42</sup>.

A primeira interpretação apoia-se na ideia de que, em verdade, a lei veio apenas sistematizar as derrogações ao segredo bancário, tornando a redação da al. *d*) semelhante a das demais. Com efeito, tal como estava redigida, a al. *d*) destoava esteticamente das outras alíneas, de modo que a alteração teria a

---

42 As posições são apresentadas com base na exposição feita pelo Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes na disciplina de direito processual penal do mestrado científico da FDUL, no mês de maio de 2011, bem como nas discussões que a ela se seguiram. As diferentes possibilidades de interpretação do dispositivo também constam em: Mendes, 2011: 15-16.

finalidade de uniformização de linguagem. Como nas alíneas *a)*, *b)*, *c)* e *e)* já estava prevista a derrogação do segredo bancário para alguns entes (Banco de Portugal, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, Fundo de Garantia de Depósitos e ao Sistema de Indemnização aos Investidores e Administração Tributária) “no âmbito de suas atribuições”, nada mais natural adaptar a alínea *d)* substituindo a expressão “nos termos previstos na lei penal e de processo penal” por uma uniforme com as demais. Por isso, as autoridades judiciárias teriam sido incluídas no rol de entes com atribuições para ter acesso aos dados protegidos pelo segredo, “no âmbito de um processo penal” (ou seja, não em qualquer processo, mas apenas nas atribuições criminais).

A corroborar esta interpretação, tem-se o fato de que não houve qualquer alteração expressa no código de processo penal – de modo que a regra geral estabelecida por mencionado diploma para afastamento do segredo continuaria válida –, tampouco revogação expressa das normas com contemplavam os regimes especiais de derrogação do segredo bancário. Em matéria tão sensível como esta, se o legislador fosse criar um novo regime jurídico de derrogação do segredo bancário, seria natural que tudo ficasse bem claro, de modo que a ausência de dispositivo expresse alterando o código de processo penal e revogando as leis especiais seria um sintoma de que tudo continuou como antes.

Por outro lado, a segunda interpretação, no sentido de que o segredo bancário não mais existe no processo penal, apega-se nos próprios termos em que o dispositivo legal ficou agora redigido, de modo a permitir que todas as autoridades judiciárias possam afastar o segredo bancário no âmbito de um processo penal, ou seja, desde que tal se justifique para fins de persecução criminal repressiva.

Tal interpretação, aliás, estaria em consonância com a sistemática das alterações produzidas pelas demais leis incluídas no pacote anticorrupção, que visavam facilitar a persecução criminal. Aliás, num pacote como este, não faria sentido uma alteração legislativa com mero sentido estético, mormente em matéria tão sensível e sobre a qual, apesar da complexidade do sistema de quebra de segredo estabelecido pelo legislador, as interpretações já estavam estabilizadas.

De resto, a não alteração do código de processo penal é perfeitamente compreensível, já que a regra geral, antes mencionada, aplicava-se não apenas ao segredo bancário, mas a todas as hipóteses enquadradas como segredo profissional, razão pela qual, não havendo interesse de alteração da sistemática de derrogação dos demais segredos, o código de processo penal permaneceu

como estava. E, note-se, eventual esquecimento do legislador, neste caso, não teria o condão de alterar a vigência das normas, já que o sistema jurídico português aceita também a revogação tácita.

Por fim, no que tange aos regimes especiais, também se compreende a não revogação expressa, já que, em verdade, a nova sistemática estabelecida pela Lei n.º 36/2010 apenas tratou de expandir para os demais campos a *desjurisdicionalização* e *desjudicialização* que já estavam previstas em alguns casos específicos. Qual a razão de revogar expressamente os dispositivos constantes em leis especiais – com o risco de esquecer algum e até de gerar alguma controvérsia – se, na verdade, a opção legislativa foi a de manter em vigor a sistemática por eles prevista, ampliando-a para as demais hipóteses de persecução criminal?

Em verdade, por todos os argumentos acima expostos, a segunda interpretação é, aparentemente, a que melhor revela o sentido da lei. Mas, diferentemente do que possa parecer em uma primeira análise, segundo pensamos não foi abolido por completo o segredo bancário do âmbito do processo penal.

Conforme antes exposto, o RGICSF havia incumbido a legislação processual penal de disciplinar as hipóteses e procedimentos cabíveis para a derrogação do segredo bancário em matéria criminal. Ao assim proceder, o código de processo penal apenas impôs limitações de ordem procedimental, já que aqueles requisitos de carácter material nele explicitados – ou seja, a necessidade de ponderação – decorrem da própria constituição.

Com efeito, como a proteção ao segredo bancário é uma exigência do direito à privacidade<sup>43</sup> – ou do direito à intimidade da vida privada, como decidiu o TC – qualquer limitação a tal direito deve obedecer os critérios de ponderação. Logo, aqueles critérios estabelecidos no código de processo penal continuam válidos para nortear, materialmente, as hipóteses em que é admissível a quebra de segredo bancário, pois a restrição ao direito à privacidade somente será cabível quando “se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante”, tendo em conta a imprescindibilidade do acesso à informação bancária “para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos”<sup>44</sup>.

---

43 O direito à privacidade, embora não esteja expresso na constituição portuguesa, decorre não apenas da noção de dignidade da pessoa humana, como também da cláusula de abertura constante no art. 16.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, que dá força constitucional as normas da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e da CEDH.

44 Expressões utilizadas no art. 135.º, n.º 3, do CPP.

Logo, do ponto de vista material, nada mudou. A mudança efetiva trazida pela lei diz respeito ao procedimento, na medida em que eliminou-se a necessidade de intervenção prévia do Poder Judiciário, bem como de consulta ao órgão de profissional. Estendeu-se, para todo o processo penal, o regime especial antes previsto apenas para alguns crimes.

Tal significa dizer que a fiscalização judicial continua a existir, embora ela seja diferida para um momento posterior, qual seja, aquele da avaliação da admissibilidade da prova. A quebra do segredo determinada pelo Ministério Público ao arrepio do princípio da ponderação é prova cuja produção é proibida, pois se trata de uma interferência indevida na esfera da vida privada, e que não pode ser valorada para fins criminais [art. 126.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP)]<sup>45</sup>.

Mais ainda, continua presente a hipótese de responsabilização do agente do Ministério Público pelo crime de quebra de segredo profissional se utilizar seus poderes de forma abusiva, com intenções que extravasam os interesses legitimadores de sua atuação criminal. Com efeito, apesar das críticas que se possa fazer a tal opção, em Portugal o segredo bancário é considerado segredo profissional, o que, aliás, é expressamente declarado no capítulo III do título VI do RGICSF, disso resultando que sua violação (revelação) configura o tipo penal previsto no art. 195.º do Código Penal (CP) e o agente do Ministério Público que dolosamente concorrer para o fato incide nas penas a ele cominadas<sup>46</sup>.

---

45 Conforme explica Mendes, dentre as proibições de produção de prova encontram-se os métodos proibidos de obtenção de prova, no qual estão inseridos aqueles procedimento contrários aos direitos de liberdade. Neste aspecto, haveria proibições absolutas, que não seriam afastadas nem com o consentimento do titular, como é o caso das previstas no art. 126.º, n.ºs 1 e 2, do CPP, e proibições relativas, as quais podem ser afastadas em face do consentimento do titular, como ocorre nas hipóteses previstas no n.º 3 do mesmo dispositivo. Ainda, explica o autor que nem todas as proibições de produção de prova ensejam a proibição de valoração da prova (por exemplo, uma revista feita por um homem numa mulher, apesar de proibida, não invalida a prova obtida) e que existem casos em que a proibição de valoração da prova produzidas sem qualquer vício (como ocorre em relação a alguns conhecimentos fortuitos obtidos em interceptação telefónica validamente feita) [Mendes, 2004: 133-154]. No caso, a derrogação do segredo bancário feita sem observância ao juízo de ponderação, por enquadrar-se no art. 126, n.º 3, CPP, trata-se de proibição de produção de prova que tem por consequência também a proibição de valoração. Nesse sentido, também enquadrando a hipótese no art. 126.º, n.º 3, CPP, é a posição de Mendes (2011: 17).

46 Art. 26.º do CP.

### III. LIMITES AO PODER LEGISLATIVO

#### 1. Limitações decorrentes da constituição

Os direitos fundamentais – e nisso reside sua importância – impõem barreiras ao Poder Legislativo<sup>47</sup>, de modo a limitar as possibilidades de atuação que a legitimação democrática lhe confere. Sempre que estivermos diante de um direito fundamental, a liberdade de conformação política do legislador se reduz, na medida em que ele não pode, mesmo legitimado por uma maioria democrática, afetar aquela esfera de proteção que emerge da própria constituição.

No que pertine ao objeto do trabalho, já ficou assentado que o segredo bancário encontra seu fundamento de proteção no direito à privacidade. No caso português, segundo a jurisprudência consolidada do TC, no direito à intimidade da vida privada, ou seja, no direito fundamental consagrado no art. 26.º, n.º 1, da CRP. Mostra-se oportuno, então, saber se a forma como o legislador decidiu regulamentar o segredo bancário pela Lei n.º 36/2010 obedeceu às regras consagradas na constituição no que tange às restrições aos direitos fundamentais, ou seja, se, na forma prevista pelo art. 18.º, n.ºs 2 e 3, a restrição operada pelo legislador é constitucional.

Na resposta a este questionamento, é fundamental analisar o texto constitucional e a jurisprudência do TC, vez que, no âmbito nacional, se trata do órgão com poderes últimos em matéria de interpretação das normas constitucionais.

A primeira conclusão que se pode abstrair da jurisprudência constitucional portuguesa é a de que, ainda que o segredo bancário faça parte do direito à reserva da intimidade da vida privada, consagrado no art. 26.º, n.º 1, da CRP, e mesmo não havendo expressa previsão de restrição a mencionado direito, o legislador ordinário pode autorizar, em determinadas situações, o levantamento do segredo bancário. Tanto é assim que exceções ao segredo bancário contempladas no art. 79.º, n.º 2, do RGICSF são aceites como conformes à constituição.

Como a Lei n.º 36/2010 não inovou, do ponto de vista material, na regulamentação do segredo bancário, vez que, segundo interpretação que preconizamos, o levantamento deste continua a ser possível apenas nas mesmas

---

47 Também, por óbvio, limitam os demais poderes constituídos. Aliás, por força do dever de proteção que criam para o Estado, acabam também por produzir efeitos perante terceiros. A propósito deste último aspecto, confira-se, por todos: Canaris, 2009.

hipótese em que anteriormente era cabível, neste aspecto não há que se cogitar de qualquer incompatibilidade com a constituição.

O problema, na verdade, coloca-se em outros termos. Não se trata de saber se a lei em questão é inconstitucional por ter alargado demasiadamente as hipóteses em que o segredo bancário é permitido – até porque isto sequer ocorreu –, mas de verificar se, ao *desjurisdicionalizar* e *desjudicializar* a quebra do segredo bancário no âmbito do processo penal, o legislador não teria avançado sobre uma área proibida, violando a cláusula constitucional de separação dos poderes.

Conforme escreveu Cordeiro, “a defesa dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais requer, sempre, lei expressa e *via jurisdicional*, como modo de limitar certos direitos, entre os quais o segredo bancário e o que ele representa.” (grifei)<sup>48</sup>. Embora se trate de uma crítica à autorização conferida à administração fazendária para acesso aos dados bancários sem ordem judicial, a afirmação, como feita, também serviria para atacar a possibilidade de acesso ao segredo bancário diretamente pelo Ministério Público.

Sousa, ao defender a inconstitucionalidade material da autorização legal conferida ao fisco para quebra do segredo bancário, sustenta que se trata de uma restrição inconstitucional ao direito à reserva da vida privada, vez que não preenche o requisito da parte final do art. 18.º, n.º 2, da CRP. Segundo explica, o conflito de interesses entre o fisco e o contribuinte deve ser resolvido pelo Poder Judiciário, em face da separação de poderes, conforme art. 202.º, parte final, da CRP.<sup>49</sup> Também aqui as considerações poderiam ser transpostas para o plano criminal.

Tavares, por sua vez, menciona o princípio do devido processo legal como fundamento para a reserva jurisdicional em tema de segredo bancário. Para o autor, a quebra do segredo bancário, por importar em ataque a direito fundamental, exige o devido processo legal, o qual não se satisfaz com simples ato do Ministério Público, exigindo intervenção judicial<sup>50</sup>.

Em Portugal, a discussão ganha especial relevo no que diz respeito à investigação criminal, pois a CRP, no art. 32.º, n.º 4, dentre as garantias do processo

48 Cordeiro, 2008: 279.

49 Sousa, 2002: 219.

50 Nas palavras do autor, “como violação do sigilo bancário implica, evidentemente, em ameaça ou lesão à própria liberdade individual, sua determinação somente deve ser efetuada, sob as garantias do devido processo legal, por ordem judicial (...). Se é necessário devido processo legal, evidentemente, não basta para tal efeito o simples ato do MP, mas a ordem judicial fundamentada (art. 93, IX, CF)” (Tavares, 1993: 108).



criminal, consagra a regra de que “toda a instrução é de competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática de actos instrutórios que não se prendam diretamente com os direitos fundamentais”. Tal norma não impediria que o legislador autorizasse o Ministério Público a promover diretamente a quebra dos segredo bancário no processo penal?

O assunto já foi levado ao TC a propósito da norma contida no art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, que autoriza o Ministério Público a, no âmbito do combate à criminalidade organizada, em fase de inquérito, determinar o levantamento do segredo bancário. Naquela ocasião, o TC decidiu (neste ponto por unanimidade), que a norma em questão é constitucional, uma vez, que, o segredo bancário, a par de importante para investigação de crimes económicos, “abrange uma dimensão da vida do investigado diversa daquela que reclama necessariamente do ponto de vista constitucional a intervenção do juiz”<sup>51</sup>.

Percebe-se que, na decisão, há uma clara diferenciação entre os diversos âmbitos do direito à privacidade, bem como a constatação de que “o segredo bancário não é abrangido pela tutela constitucional da reserva da intimidade nos mesmos termos de outras áreas da vida pessoal”, uma vez que “o âmbito da privacidade atingido pelo levantamento do segredo bancário não é equiparável (...) ao núcleo da reserva da privacidade que é afetado com uma escuta telefónica ou com uma busca domiciliária”<sup>52</sup>.

Deste modo, ao abordar a possibilidade legal de o Ministério Público obter acesso direto aos dados protegidos pelo segredo bancário, o Tribunal acabou por reconhecer que o segredo bancário, embora integre o conteúdo do direito à privacidade, não diz respeito àquela parte mais reservada da vida privada, a intimidade, comprovando o acerto da posição sustentada por Saldanha Sanches.

Qualquer que seja o enquadramento dogmático que se dê ao assunto, o certo é que o TC decidiu que o legislador pode delegar ao Ministério Público a possibilidade de quebra direta do segredo bancário, ressalvado o controle jurisdicional posterior, vez que os dados privados protegidos pelo mesmo não constituem o núcleo essencial da privacidade, que exigiria uma prévia intervenção judicial.

---

51 Acórdão n.º 42/2007, de 23.01.2007, 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, processo n.º 950/06, Rel. Cons. Fernanda Palma.

52 *Idem*.

Mendes aponta que esta possibilidade ampla conferida pela lei de o Ministério Público acessar diretamente os dados protegidos pelo segredo bancário em qualquer processo penal atinge o sistema de tutela de direitos fundamentais, na medida em que, enquanto titular da ação penal, o Ministério Público está interessado na prova e, por isso, não possuiria imparcialidade suficiente para fazer o juízo de ponderação, não podendo, assim, atender as exigências do art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP<sup>53</sup>.

Parece-nos, entretanto, que a argumentação não procede. Não há uma afronta aos mencionados dispositivos constitucionais na opção feita pelo legislador português, porque, em última análise, a decisão sobre a ponderação e a validade da prova ficará a cargo do juiz, o qual, na condição de garante dos direitos fundamentais, tem o dever de reconhecer a existência da proibição de prova, se for o caso.

Poder-se-ia argumentar que, quando o juiz faz tal análise, o segredo já foi levantado e, assim, o direito fundamental já teria sido atingido. Tal alegação, contudo, não tem importância em sede de processo penal, pois, como este desenvolve-se necessariamente perante o juiz, nada impede que o juízo sobre a admissibilidade da prova seja feito depois de ela já colhida. O argumento poderia ser importante para dizer que haveria uma indevida restrição à privacidade. Contudo, não nos parece indevida tal restrição, até porque o Ministério Público, quando solicita informações relativas ao segredo bancário, não está verdadeiramente “acabando” com o segredo, pois os dados não se tornam públicos. Na verdade, o segredo transfere-se para o Ministério Público, que passa a ser obrigado, nos mesmos termos que o banco, a proteger as informações em relação a terceiros. Ou seja, apenas aumenta o círculo de pessoas que tem acesso a informação protegida. E, note-se, não é mais ofensivo à privacidade do indivíduo que o Ministério Público tenha conhecimento dos dados bancários, quando necessário para suas funções, do que o Fisco, o Banco de Portugal ou outras entidades autorizadas pela lei a obter tais informações.

---

53 Conforme escreveu o autor: “o MP, enquanto titular da ação penal, não oferece garantias de imparcialidade na formulação do juízo de ponderação de interesses que justificaria *in casu* o pedido de elementos (...) Qualquer sistema de tutela de direitos fundamentais falha se não estiver concebido de maneira a evitar que a entidade que decide seja a mesma que tem interesse direto no resultado da ponderação de interesses (...) a violação da proibição de prova resulta, no meu entendimento, da circunstância de o MP, enquanto titular da ação penal, não oferecer garantias de imparcialidade na realização do juízo de proporcionalidade em sentido lato que justificaria *in casu* o pedido de elementos. Não pode a intromissão na vida privada ser feita à margem das exigências impostas pelo art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP, exigências essas que o MP não está em condições de respeitar” (Mendes, 2011: 17 e 20).

Assim, não há óbice a que, nos processos criminais, o legislador autorize o Ministério Público a determinar o levantamento do segredo bancário, pois, como dito pelo TC, tal espécie de segredo está a proteger uma dimensão da vida privada diversa daquela para a qual a constituição exige obrigatória intervenção judicial na coleta da prova em investigações criminais.

Aliás, não é só o Ministério Público que pode acessar os dados protegidos pelo segredo bancário sem prévia intervenção judicial. O art. 79.º, n.º 2, do RGICSF permite que, no âmbito das respectivas atribuições, os dados cobertos pelo dever de segredo sejam revelados ao Banco de Portugal, à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, ao Fundo de Garantia de Depósitos e ao Sistema de Indemnização aos Investidores e à Administração Tributária.

Vê-se, então, que não há nenhum excesso legislativo em se permitir que o Ministério Público, para a investigação de infrações criminais, possa ter acesso aos dados cobertos pelo segredo bancário, os quais são igualmente acessíveis por outros Órgãos para o desempenho de funções de natureza econômica, as quais, por óbvio, em um Estado de Direito, deveriam ter menor poder de restrição ao direito à privacidade.

Se, para o desempenho de suas funções, os entes acima mencionados podem ter acesso direto aos dados protegidos pelo segredo bancário, já que se trata de informação essencial para que cumpram seu mister, não se vê motivo para que o Ministério Público também não possa ter acesso direto a tais dados, quando eles forem imprescindíveis para a investigação criminal.

Poder-se-ia argumentar que a lógica do processo penal é totalmente diversa daquela que, por exemplo, autoriza a fiscalização pelo Banco de Portugal e pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, dado o dever de colaboração em relação a estas instituições. Contudo, do ponto de vista do indivíduo que tem o segredo bancário afastado, a restrição à sua privacidade não se torna menor porque a lei estabeleceu, nestes casos, um dever de colaboração. Logo, como se está a tratar aqui de uma restrição a um direito fundamental do indivíduo, que acontece da mesma forma em ambas as hipóteses, a comparação antes feita continua a ser válida.

Ainda, tais situações servem para demonstrar o equívoco da posição dos que sustentam a necessidade de ordem judicial para a quebra do segredo bancário. Ora, se o afastamento do segredo bancário, por referir-se a um direito fundamental, exige sempre a via jurisdicional, então seriam inconstitucionais todos estes regimes especiais de derrogação. Mas uma interpretação de tal espécie, a par de não possuir amparo no direito positivo, acabaria por ser

derrotada pela própria realidade, já que é impossível a fiscalização de alguns setores se o acesso aos dados bancário for condicionado à via jurisdicional.

De resto, estas situações também demonstram que não há como se retirar da cláusula do devido processo legal ou do art. 202.º, parte final, da CRP<sup>54</sup>, a necessidade de ordem judicial para o afastamento do segredo bancário.

A CRP estabelece regras específicas para a restrição a direitos fundamentais (art. 18.º, n.ºs 2 e 3), condicionando-as à elaboração de lei, mas não ao acesso à via jurisdicional. Aliás, caso a CRP exigisse a via jurisdicional, a margem de atuação do poder político (legislativo) seria bastante reduzida, ficando restrita a questões menos importantes, já que, diante do amplo rol de direitos fundamentais, quase todos os assuntos acabam por dizer respeito a eles. E, note-se, esta realidade não se coaduna com o princípio da democracia, segundo o qual deve existir uma margem de decisão política – inclusive no que tange aos direitos fundamentais – que, segundo o princípio da separação dos poderes, não pode ser preenchida por decisão judicial.

De tais considerações, resulta que a alteração procedimental promovida pela Lei n.º 36/2010, pela qual o Ministério Público ficou autorizado a ter acesso direto aos dados protegidos pelo segredo bancário, é compatível com o sistema constitucional português, não violando a reserva da intimidade da vida privada, tutelada pelo art. 26.º, n.º 1, da CRP.

## 2. Limitações decorrentes do direito internacional

Resta-nos, ainda, analisar se as alterações produzidas pela Lei n.º 36/2010 seriam compatíveis com a proteção conferida à privacidade pelo direito internacional. Neste campo, dedicaremos nossa atenção ao art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)<sup>55</sup>, o qual, a par de assegurar o direito à privacidade, apenas admite interferências do Estado nesta área quando a medida estiver prevista em lei e for necessária, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, segurança pública, bem-estar econômico do país, defesa da ordem e prevenção de delitos, proteção da saúde e da moral ou proteção de direitos e liberdades de outros indivíduos.

---

54 O dispositivo está assim redigido: “artigo 202.º (Função jurisdicional) (...) 2. Na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e *dirimir os conflitos de interesses públicos e privados*” (grifei).

55 Optamos por concentrar nossa atenção neste dispositivo e não no art. 12.º da DUDH, pois, apesar de serem semelhantes, o art. 8.º da CEDH é mais detalhado e, assim, por isso, possibilita uma proteção mais avançada no que pertine à privacidade.

Em um exame superficial, não haveria qualquer incompatibilidade entre a Lei n.º 36/2010 e art. 8.º da CEDH. Isso porque, embora represente uma interferência no direito à privacidade, a derrogação do segredo bancário para fins criminais está prevista em lei formal e é necessária, em muitos casos, para segurança pública e defesa da ordem.

Com efeito, a apuração dos delitos representa um fim público, necessário à manutenção da segurança e da ordem interna, de modo que, se for necessário para atingir tal objetivo, o Estado está autorizado pela CEDH a interferir na vida privada.

Ocorre que a análise não pode ser tão simplista como a acima feita, sob pena de as garantias consagradas na CEDH não cumprirem com seu real objetivo, tornando-se mera retórica, sem conteúdo material. Mostra-se, portanto, imprescindível avançar na análise do significado do dispositivo antes mencionado para delimitar exatamente o seu conteúdo.

Neste aspecto, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem trazido contributos importantes relativamente ao direito à privacidade consagrado na CEDH, os quais podemos utilizar como parâmetros para nossa análise<sup>56</sup>.

Conforme aponta Bachmaier Winter, a jurisprudência do TEDH exige para a intervenção do Estado na privacidade não apenas a simples existência de uma lei (o que, nos países da *common law*, não significa lei escrita), mas que se trate de uma lei clara e detalhada, de modo que o cidadão saiba em quais casos o Estado está autorizado a interferir na sua privacidade e, assim, possa controlar e impugnar eventuais arbitrariedades<sup>57</sup>.

Mencionado critério estabelecido pelo TEDH parece-nos perfeitamente compatível com o texto do art. 8.º da CEDH e com o sentido de garantia que ele possui. Se bastasse a elaboração de lei, então seria fácil aos Estados contornarem o dispositivo, editando uma lei genérica, que permitiria a interferência na privacidade em qualquer caso.

Portanto, a exigência de previsão legal para qualquer medida invasiva da privacidade, a par de uma garantia formal, também incorpora uma necessidade material, de que fiquem claras e determinadas as hipóteses em que o

---

56 Conforme explica Mendes (2011: 7-8), para a proteção da privacidade, mostra-se importante considerar, relativamente à quebra de segredo bancário no processo penal, os parâmetros que a jurisprudência do TEDH estabeleceu para aceitar restrições ao mencionado direito.

57 Bachmaier Winter, 2010: 166-171.

Estado esta autorizado a interferir na vida privada, com o que se torna possível um controle dos abusos praticados pelo poder público. A necessidade de clareza e determinação, além de permitir uma crítica quanto às hipóteses em que se admite a inteferência no direito à privacidade, possibilita que se fiscalize se a medida concretamente levada a efeito pelo Estado ficou adstrita às hipóteses em que ela é autorizada.

Embora em alguns casos a jurisprudência do TEDH tenha avançado bastante neste aspecto pertinente à clareza e determinação da lei, chegando até a estabelecer um conteúdo mínimo que ela deveria contemplar<sup>58</sup>, especificamente quanto ao segredo bancário não se localizou nenhuma decisão, o que, contudo, não nos impede de verificar se a lei que ampara a derrogação do segredo bancário para fins criminais em portugal satisfaz as exigências de clareza e determinação acima mencionadas.

Para tal exame, devemos lembrar que o regime do segredo bancário está previsto no RGICSF, sendo que a Lei n.º 36/2010 apenas se refere a uma das hipóteses de derrogação. Como já aludido anteriormente, ao tratar da exceção do segredo bancário relativamente ao direito penal, mencionada lei utilizou terminologia semelhante à empregada nas demais hipóteses de derrogação.

Assim, se a forma como foi autorizada a derrogação do segredo bancário para fins de investigação criminal é demasiadamente ampla e, por isso, incompatível com o art. 8.º, n.º 2, da CEDH, tal defeito também atinge as demais hipóteses de derrogação e, por isso, comprometeria por inteiro as derrogações previstas na lei.

Ademais, também deve ser lembrado que a Lei n.º 36/2010 não inovou relativamente às hipóteses em que o segredo bancário pode ser afastado, de modo que eventual defeito de indeterminação que ela possua também atingiria a redação anterior do art. 79.º, n.º 2, al. *d*) do RGICSF.

Na verdade, o regime de proteção ao segredo bancário, em Portugal, é claro e determinado, estando especificadas as hipóteses em que o Estado está autorizado a afastá-lo, interferindo na privacidade. A forma como foi autorizada a derrogação do segredo bancário no RGICSF serve de limite à outação do Estado, na medida em que não confere a este amplos e ilimitados poderes para tomar conhecimento de tais informações.

---

58 É o que ocorre, por exemplo, com a medida de interceptação telefônica, em relação a qual o TEDH definiu o conteúdo mínimo que deve constar na lei, conforme aponta Bachmaier Winter (2010: 170).

Não há incompatibilidade da Lei n.º 36/2010 com a exigência feita pelo TEDH de clareza e determinação na lei que permite interferência do Estado na privacidade dos indivíduos. Mencionado diploma legal autoriza derrogação do segredo bancário “no âmbito do processo penal”, o que, portanto, remete a necessidade de existir um fato criminoso específico em investigação.

Embora não tenham sido especificados os crimes em relação aos quais é permitido o acesso aos dados protegidos pelo segredo bancário, não nos parece que tal detalhamento seja necessário. Conforme já ficou demonstrado ao longo do presente texto, a interferência que mencionada medida provoca no direito à privacidade é muito menor que outras, como é o caso das interceptações telefônicas. Logo, os requisitos para sua aceitação podem ser alargados, não havendo problema em que seja ela autorizada de forma ampla para fins de investigação criminal, de modo a que, em cada caso, se faça um juízo de proporcionalidade. Era assim que ocorria antes da Lei n.º 36/2010 entrar em vigor, sem impugnação por parte da doutrina.

Ademais, não é a gravidade do delito que irá determinar o interesse na medida. Tanto que o art. 13.º-A do Decreto-Lei n.º 459/91 já previa um regime especial para derrogação do segredo bancário no que tange ao cheque sem provisão de fundos, enquanto delitos mais graves, como o homicídio, não gozavam do mesmo tratamento. Logo, não seria adequado fixar-se um patamar de pena mínima cominada ao delito como condição para autorização da medida.

Tampouco seria adequado estabelecer-se um rol de delitos em que a medida seria autorizada, já que não há como se definir aprioristicamente as hipóteses em que ela se apresenta como adequada e proporcional. Tomemos como exemplo o crime de furto. Neste caso, o levantamento do segredo bancário pode não se justificar para investigação de um pequeno furto praticado em um supermercado, mas poderá ser cabível para apurar a subtração de milhões de euros de um banco.

Na verdade, como a medida de levantamento do segredo bancário interfere pouco no direito à privacidade, não há problemas, em princípio, em que ela seja prevista como cabível na apuração de ilícitos criminais (e até para outras finalidades, como previsto no RGICSF), sem especificar quais. Claro que, em alguns casos, conforme juízo de proporcionalidade específico, tendo em vista o delito a ser investigado, ela pode ser excessiva. Porém, à partida a medida é aceitável quando estiver em jogo o interesse na apuração de ilícitos criminais, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a interceptação telefônica,

a qual, por atingir mais intensamente a privacidade, está sujeita a exigências muito mais restritas, dentre elas a definição dos delitos em que ela é cabível.

Logo, a Lei n.º 36/2010 cumpre as exigências de clareza e determinação, necessárias para restrição ao direito à privacidade.

Ainda, a jurisprudência do TEDH tem avaliado a necessidade e a proporcionalidade da medida que interfere na privacidade, o que remete a presente abordagem para a avaliação sobre se a derrogação do segredo é imprescindível (ou existe outra medida menos lesiva aos direitos do indivíduo) e idonea para alcançar o objetivo a que ela se propõe (que deve ser um dos previstos no art. 8.º, n.º 2, da CEDH), bem como para um juízo de proporcionalidade em sentido estrito, resultante da comparação entre o fim almejado com a medida e a intensidade de interferência provocada por ela na privacidade (para o objetivo almejado, justifica-se a interferência provocada pela medida?).<sup>59</sup>

Ora, como acima mencionado, a apuração dos delitos, indispensável para a ordem e segurança públicas, enquadra-se nas exigências feitas pela CEDH para que seja legítima a interferência do Estado no direito à privacidade. A avaliação da existência de outros meios menos invasivos para atingir o mesmo objetivo, bem como da idoneidade e da proporcionalidade em sentido estrito da medida dependerá de cada caso, não tendo como ser afastada em geral.

Diante de tais considerações, é possível concluir que, seguindo-se a interpretação que entendemos como a mais adequada da Lei n.º 36/2010, ela não é incompatível com o art. 8.º, n.º 2, da CEDH.

## CONCLUSÕES

1. Ainda que possa cumprir outros objetivos e justificar-se também por outras razões, a tutela jurídica do segredo bancário é uma decorrência lógica, num Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa, do necessário reconhecimento do direito à privacidade. Daí porque, nesse tipo de Estado, assim como não se pode suprimir o direito à privacidade, não há como deixar de ser tutelado o segredo bancário (capítulo I.1);

2. No âmbito do direito à privacidade, é possível diferenciar duas categorias: a intimidade e a vida privada. Enquanto a intimidade diz respeito àqueles dados interiores da vida pessoal, que o indivíduo não compartilha

59 Ao examinar a jurisprudência do TEDH, Bachmaier Winter (2010: 171-175) explica que o tribunal faz este exame da necessidade e proporcionalidade, integrando no primeiro a análise da idoneidade da medida e da existência de alternativa que interfira menos com o direito individual.



com os demais ou, no máximo, compartilha com pessoas muito próximas, com as quais ele possui especial relação de confiança e cuja divulgação pode trazer constrangimentos, a vida privada abrange um aspecto mais amplo da vida pessoal, ou seja, aquelas informações relativas a vida de convivência, as quais, não sendo públicas, acabam sendo conhecidas, sem maiores prejuízos à personalidade, no círculo de relacionamentos do indivíduo (capítulo I.2);

3. Esta distinção entre intimidade e privacidade tem repercussão no nível de proteção jurídica conferido a uma e outra categoria. Tudo aquilo que for incluído na esfera da intimidade, não está sujeito a restrição ou ponderação, salvo, talvez, em circunstâncias muito excepcionais. Já a parte do conteúdo da privacidade que diz respeito à vida privada pode sofrer restrições, desde que justificadas por outros bens de importância superior (capítulo I.2);

4. Tomando-se por base a diferença entre intimidade e privacidade, é possível ver que os dados cobertos pelo segredo bancário, quais sejam, o nome dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos, assim como outras operações bancárias, não dizem respeito à esfera da intimidade (capítulo I.3);

5. Embora o TC tenha considerado que “a situação econômica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo as operações ativas e passivas nela registradas, faz parte do âmbito de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no art. 26.º, n.º 1, da Constituição”, em verdade não trata os dados protegidos pelo segredo bancário como integrantes da esfera da intimidade, pois admite as derrogações feitas na legislação e, mais ainda, faz uma diferenciação entre a quebra de segredo bancário e outras medidas investigatórias mais intrusivas da privacidade, como é o caso das escutas telefônicas ou da apreensão de diários íntimos, reconhecendo que a proteção constitucional não se opera da mesma forma nestes casos, sendo menos intensa no que pertence ao segredo bancário (capítulo I.3);

6. Antes da entrada em vigor da Lei n.º 36/2010, o art. 79.º, n.º 2, al. *d*), do RGICSF autorizava a derrogação do segredo “nos termos previstos na lei penal e de processo penal”. Na ocasião, não sendo o caso de aplicação de algum dos regimes especiais nos quais o legislador dispensou a existência de um incidente e de decisão judicial, como ocorria, por exemplo, relativamente ao combate à droga (art. 60.º do Decreto-Lei n.º 15/93) e ao branqueamento de capitais (art. 18.º da Lei n.º 25/2008), o pedido seguia o regime geral do Código de Processo Penal para a derrogação dos segredos profissionais (arts. 135.º e 182.º), o qual estabelecia um procedimento para tramitação do pedido, com decisão pela instância judicial superior àquela em que o inci-

dente foi suscitado (ou pelo pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, se o pedido lá for formulado), bem como que a quebra do segredo seria deferida mediante um juízo de ponderação (capítulo II.1);

7. No regime geral do Código de Processo Penal, as únicas barreiras impostas pelo legislador para proteger o segredo bancário foram de ordem procedimental. A barreira material, que remete à necessidade de um juízo de ponderação, é uma exigência que decorre da própria constituição, pois o segredo busca proteger a privacidade (capítulo II.1);

8. A Lei n.º 36/2010 alterou a redação do art. 79.º, n.º 2, al. d) do RGICSF, passando a determinar que o segredo bancário possa ser revelado “às autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal”. Com isso, foram afastadas as barreiras procedimentais estabelecidas no Código de Processo Penal, podendo a quebra do segredo bancário ser feita sem necessidade de um incidente e de decisão judicial. Contudo, a exigência material de um juízo de ponderação continua presente, pois ela decorre da própria constituição (capítulo II.2);

9. Mesmo após a alteração produzida pela Lei n.º 36/2010, a fiscalização judicial da quebra de segredo bancário continua a existir, embora ela seja diferida para um momento posterior, qual seja, aquele da avaliação da admissibilidade da prova. A quebra do segredo determinada pelo Ministério Público ao arrepio do princípio da ponderação é prova cuja produção é proibida, pois se trata de uma interferência indevida na esfera da vida privada, e que não pode ser valorada para fins criminais (art. 126.º, n.º 3, CPP) (capítulo II.2);

10. No sistema constitucional português, considerando as normas definidas para restrição de direitos fundamentais (art. 18.º, n.ºs 2 e 3, CRP), nas quais não há exigência da via jurisdicional, o legislador pode autorizar o Ministério Público a, para fins de investigação criminal, quebrar diretamente o segredo bancário, tal como fez em relação a outras entidades no âmbito de suas respectivas atribuições (Banco de Portugal e Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, por exemplo), vez que, como o próprio TC reconheceu, os dados privados protegidos pelo mesmo não constituem o núcleo essencial da privacidade, que exigiria uma prévia intervenção judicial. Ademais, em última análise, a decisão sobre a ponderação e a validade da prova ficará a cargo do juiz, o qual, na condição de garante dos direitos fundamentais, tem o dever de reconhecer a existência da proibição de prova decorrente de uma intervenção indevida na vida privada (capítulo III.1);

11. A Lei n.º 36/2010 é compatível com o art. 8.º da CEDH, pois, embora represente uma interferência no direito à privacidade, a derrogação do segredo bancário para fins criminais está prevista em lei formal e é necessária para segurança pública e defesa da ordem. Mencionada lei atende as exigências de clareza e detalhamento feitas pelo TEDH, permitindo que o cidadão saiba em quais casos o Estado está autorizado a interferir na sua privacidade e, assim, possa controlar e impugnar eventuais arbitrariedades. De resto, na linha da jurisprudência do TEDH, a medida somente estará autorizada se for imprescindível (não existir medida menos lesiva aos direitos do indivíduo) e idonea para a apuração dos fatos, bem como deve representar uma vantagem maior que a interferência que ela produz na privacidade (capítulo III.2).

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa

1991 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, reimpressão (2006), Coimbra: Coimbra Editora.

BACHMAIER WINTER, Lorena

2010 “Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal – ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Coimbra: Almedina, pp. 161-185.

CANARIS, Claus-Wilhelm

2009 *Direitos Fundamentais e Direito Privado* (trad.: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), Coimbra: Almedina.

CATARINO, Luís Guilherme

1998 “Segredo bancário e revelação jurisdicional”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 74, pp. 61-101.

CORDEIRO, António Menezes

2008 *Manual de Direito Bancário*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio

2005 “Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado”, in Reinaldo Pizolio & Jayr Viégas Gavalvão Jr. (coords.), *Sigilo fiscal e bancário*, São Paulo: Quartier Latin, pp. 15-40.

LATAS, António João

- 2011 *Sigilo bancário – sentido e alcance da alteração introduzida pela Lei 36/10 de 2 de setembro à al. d) do n.º 2 do art. 79 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras aprovado pelo Dec-lei 298/92, de 31 de dezembro, com as alterações posteriores*, disponível em [http://www.tre.pt/docs/Sigilo\\_bancario.pdf](http://www.tre.pt/docs/Sigilo_bancario.pdf) [consultado em 17-07-2011].

MENDES, Paulo de Sousa

- 2011 “A derrogação do segredo bancário no processo penal” (artigo ainda não publicado, escrito com base na conferência proferida pelo autor na Caixa Geral de Depósitos, Lisboa, em 21-01-2011), 28 pp.
- 2010 “A orientação da investigação para a descoberta dos beneficiários económicos e o sigilo bancário”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa (coords.), *2.º Congresso de Investigação Criminal – ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Coimbra: Almedina, pp. 201-213.
- 2004 “As proibições de prova no processo penal”, in Maria Fernanda Palma (coord.), *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra, pp. 133-154.

NOVAIS, Jorge Reis

- 2010 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

PALMA, Maria Fernanda

- 2010 “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa (coord.), *2.º Congresso de Investigação Criminal – ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL*, Coimbra: Almedina, pp. 189-199.

SANCHES, J. L. Saldanha

- 2005 “Segredo bancário, segredo fiscal – uma perspectiva funcional”, in *Fiscalidade*, n.º 21, pp. 33-42.

SOUSA, Rabindranath Capelo de

- 2002 “O segredo bancário”, in António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão & Januário da Costa Gomes (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, Coimbra: Almedina, pp. 157-223.

TAVARES, Juarez

- 1993 “A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 1, pp.105-111.

# AS ALTERAÇÕES AO REGIME GERAL DAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO: O FIM DA ERA DO SIGILO BANCÁRIO

*Madalena Perestrelo de Oliveira\**

**ABSTRACT:** *Privacy protection is a key characteristic of our banking culture. In September 2010, this foundation was shaken by an amendment to the bank secrecy rules. Under the newly implemented rules, bank secrecy can be broken without the previously required “lifting order” by a judge. This paper peruses these changes and questions whether national legislation, as well as the UBS and the *Crédit Suisse* cases, have sounded the death knell on bank secrecy. It is argued that, despite the criticism offered by some Authors, the new legal regime abides by the Constitution. In addition, we show that the amendments recently passed to the Portuguese legislation comply with the analysis made in the “Barriers to Asset Recovery Study”, published by the World Bank and the United Nations Office on Drugs and Crime.*

**SUMÁRIO:** 1. Apresentação do problema. 2. Questão prévia. A autorização do cliente: admissibilidade de autorização bancária genérica para levantamento do sigilo? 3. Inconstitucionalidade material da norma do art. 79.º, n.º 2, al. d), do RGICSF? 3.1. O art. 32.º, n.º 4, da CRP e a reserva de competência do juiz. 3.2. A não participação do arguido na decisão de acesso ao segredo. 3.3. A ausência de meios de reação ao alcance do arguido. 3.4. O segredo de justiça. 3.5. O estatuto do MP. 3.6. Levantamento automático ou exigência de juízo de ponderação. 4. Impacto da alteração ao RGICSF sobre os regimes especiais de quebra do sigilo bancário. 5. Desenvolvimentos recentes: *following the money*.

## 1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

O contexto legislativo nacional e internacional tem suscitado, nos últimos tempos, a questão do fim do sigilo bancário, mesmo nos ordenamentos, onde, tradicionalmente, este mais é valorizado. Na Suíça, por exemplo, o caso UBS

---

\* Assistente convidada na Faculdade de Direito de Lisboa. Colaboradora na Paz Ferreira & Associados.

(encerrado por decisão proferida no dia 15 de julho de 2011) e o caso *Crédit Suisse* (ainda em curso)<sup>1</sup> têm levado tanto a doutrina especializada como os meios de comunicação social internacionais a anunciar o princípio do fim do sigilo bancário<sup>2</sup>. Para além da quebra da privacidade individual, as consequências económicas, em ordenamentos onde o regime restritivo do sigilo é uma vantagem competitiva das empresas bancárias, têm sido notáveis. A incerteza sobre o respetivo destino abalou, inclusive, os mercados financeiros suíços. No plano internacional, por outro lado, identifica-se um movimento tendente à flexibilização do acesso às contas bancárias como forma de garantir o sucesso da investigação criminal e da “perseguição” do dinheiro (*follow the money*). Bom exemplo é o muito recente Relatório *Barriers to asset recovery*, divulgado no passado dia 22 de junho, produto de uma parceria entre o Banco Mundial e a *United Nations Office on Drug and Crime* (UNODC) – a *StAR Initiative* (*Stolen Asset Recovery Initiative*)<sup>3</sup> –, que precisamente analisa os diversos obstáculos à recuperação de bens, entre os quais o sigilo bancário.

Em Portugal, a Lei n.º 36/2010, de 2 de setembro, no âmbito do chamado “pacote anticorrupção” (composto por oito diplomas)<sup>4</sup>, alterou o RGICSF, dando uma nova redação à al. *d*) do n.º 2 do art. 79.º, que, desde a versão original de 1992, estabelecia que o segredo bancário podia ser levantado “nos termos previstos na lei penal e de processo penal”, ou seja, remetia a questão para o incidente de escusa de segredo previsto nos arts. 135.º e 182.º do CPP ou em legislação especial. Com a recente alteração passou a ler-se na mesma alínea que o segredo pode ser levantado por determinação das “autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal”<sup>5</sup>.

O novo texto do art. 79.º do RGICSF sugere o propósito legislativo de eliminar a aplicação ao sigilo bancário do incidente de quebra de segredo profissional regulado no CPP. A possibilidade de quebra do segredo pelas autoridades judiciárias, sem qualquer condicionalismo, dissona do regime geral deste diploma que, no plano subjetivo, assenta na diferenciação de poderes

---

1 Cf. *infra* a exposição do caso.

2 Note-se que o verdadeiro combate à criminalidade passará por uma interligação de todos os sistemas de informação da União Europeia no domínio da investigação penal. Sobre a questão, Zöller, 2011: 307-317.

3 Stephenson, 2011.

4 Sobre o “pacote anticorrupção” em termos gerais e não abrangendo a alteração do RGISF, Damião da Cunha, 2011 e, ainda, notícia do semanário *Expresso* de 23 agosto de 2010.

5 A respeito da versão inicial do RGIC, cf., por todos, *v.g.*, Conceição Nunes, 1994: 39 ss.

de iniciativa e decisão, quer entre o MP e as autoridades judiciárias, quer no seio destas, pela via da intervenção dos tribunais superiores para decidir, em concreto, como instância única, o conflito entre os interesses subjacentes ao segredo bancário e os interesses prosseguidos pelo processo penal<sup>6</sup>. Uma interpretação literal da alteração introduzida pela Lei n.º 36/2010, de 2 de setembro conduz à conclusão de que as autoridades judiciárias podem, sem sujeição ao incidente de quebra de segredo, aceder aos dados da conta bancária, no decurso de um qualquer processo penal e independentemente da fase em que se encontre.

Sendo ainda recentes as alterações introduzidas no RGICSF, poucas são as vozes que, na doutrina, se têm pronunciado sobre o novo regime, para além de não existir ainda jurisprudência disponível. Porém, quem já o fez – Paulo de Sousa Mendes<sup>7</sup> e António João Latas<sup>8</sup> – tem apontado a inconstitucionalidade material da alteração. Na comunicação social, pelo contrário, tende a salientar-se o possível impacto da quebra do sigilo no combate à corrupção<sup>9</sup> e a aplaudir a medida, ainda que notando que o “fim” do sigilo bancário “chegou com 10 anos de atraso”<sup>10</sup>. A relevância do tema – que procede da própria relevância dos valores protegidos pelo sigilo bancário – nem precisa de ser aqui retomada<sup>11</sup>.

## **2. QUESTÃO PRÉVIA. A AUTORIZAÇÃO DO CLIENTE: ADMISSIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO BANCÁRIA GENÉRICA PARA LEVANTAMENTO DO SIGILO?**

O problema que analisamos só surge, evidentemente, se não tiver existido autorização do cliente: estando primariamente em causa a proteção deste, o art. 79.º, n.º 1, do RGICSF admite naturalmente esta via para o levantamento do sigilo. Questão que pode, porém, colocar-se é a de saber se é admissível para tanto a autorização bancária genérica, *maxime* no momento

6 Latas, 2011: 7-8.

7 Sousa Mendes, 2011b.

8 Latas, 2011.

9 Notícia do *Correio da Manhã*, de 6 de fevereiro de 2011.

10 Notícia da *Revista digital de justiça e sociedade*, de 28 de junho de 2011.

11 Menezes Cordeiro, 2010: 343 ss., Capelo de Sousa, 2002: 177 ss., Estaca, 1995. Sobre a natureza do sigilo, Fernanda Palma, 2011: 189-199. Sobre a ideia do sigilo como mecanismo de captação de dinheiro e de concorrência desleal entre entidades bancárias, Silva Sánchez, 2009: 174.

da abertura de conta. A resposta deve, quanto a nós, ser negativa<sup>12</sup>, por aquela representar uma renúncia antecipada a direitos, proibida pelo art. 809.º do CC, em correspondência com o princípio vigente no ordenamento jurídico, cujo impacto é tanto maior nesta área quanto está em causa a limitação de um direito de personalidade, sujeito às garantias acrescidas do art. 81.º do CC. Perante o caso concreto – e apenas perante ele – poderá o cliente autorizar a quebra do sigilo bancário: o direito protege-o face à sua própria decisão, prévia e genérica, cominando com a nulidade de a cláusula do acordo que exima o banco dos seus deveres acessórios de sigilo (art. 294.º do CC).

### **3. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA NORMA DO ART. 79.º, N.º 2, AL. a), DO RGICSF?**

Vários são os argumentos passíveis de ser apontados quando se trata do problema da constitucionalidade do novo regime da quebra do sigilo, alguns diretamente relacionados com o estatuto de direito, liberdade e garantia dos direitos protegidos, outros de âmbito mais geral.

#### **3.1. O art. 32.º, n.º 4, da CRP e a reserva de competência do juiz**

A favor da inconstitucionalidade poderia invocar-se, antes de mais, o art. 32.º, n.º 4, da CRP, que determina que “toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que não se prendam directamente com os direitos fundamentais”. O argumento é convocado, designadamente, por Paulo de Sousa Mendes<sup>13</sup> e merece atenta ponderação.

Ainda assim, o problema que estudamos reporta-se – cumpre notar – à fase de inquérito: na instrução, a direcção do processo cabe já ao juiz de instrução criminal, sendo este, portanto, a autoridade naturalmente competente para ordenar a quebra do sigilo bancário. No que respeita à fase do inquérito, a aplicação do art. 32.º, n.º 4, da CRP obriga, aparentemente, a ultrapassar o elemento literal (que sugere a restrição do seu âmbito aplicativo aos atos realizados na fase de instrução, sem abranger a do inquérito<sup>14</sup>) e, portanto, a fundamentar uma interpretação extensiva da norma. Simplesmente, ainda que se

---

12 Contra, Sousa Mendes, 2011b: 9 e, antes, Sousa Mendes, 2011a: 205.

13 Sousa Mendes, 2011b: 20.

14 Mesmo Silva & Salinas, 2010: 520, que, na vigência da redação originária da Constituição, defenderam um conceito amplo de “instrução”, abandonaram-no com as alterações posteriores ao CPP de 1987.



pudesse julgar que as diligências processuais que a lei inclui sob a designação “inquérito” são, materialmente, instrutórias<sup>15</sup>, uma semelhante interpretação extensiva da norma constitucional levar-nos-ia longe de mais, forçando a considerar inconstitucionais outras regras cuja constitucionalidade não tem sido posta em causa e que, mesmo nos casos em que tal sucedeu, o juízo do Tribunal Constitucional se orientou no sentido inverso, da não inconstitucionalidade. Recorde-se, por exemplo, o acórdão do TC n.º 7/87, que entendeu que não violava tal preceito a regra do art. 174.º que permite que as buscas domiciliárias sejam ordenadas pelo MP, enquanto autoridade judiciária competente<sup>16</sup>. Evidentemente que problema diverso do da constitucionalidade – e que não importa, atento o nosso estrito objetivo, desenvolver – é o da conveniência, da perspetiva da política jurídico-criminal, da atribuição da competência ao juiz de instrução criminal, a qual tem sido, com bons motivos, questionada<sup>17</sup>. Do ponto de vista da constitucionalidade da solução, as dúvidas que chegaram a existir em torno do impacto do art. 32.º, n.º 4, da CRP foram, todavia, dissipadas.

Sempre se poderia argumentar que o preceito constitucional exige a intervenção do juiz, mesmo na fase de inquérito, quando estejam em causa atos que se prendam diretamente com os direitos fundamentais<sup>18</sup>, o que incluiria o caso da quebra do sigilo bancário. No entanto, o art. 32.º, n.º 4, da CRP não é mais do que uma concretização do princípio geral inscrito no n.º 1 do mesmo artigo, *i.e.*, um mandamento para que o processo criminal assegure as garantias de defesa do arguido. A verdadeira questão será, então, sempre a interpretação do que se considera ser o nível ideal de garantias no processo penal. No caso agora em análise, atentas as restrições que fazemos, nomeadamente quanto ao segredo (externo e interno) de justiça<sup>19</sup>, deve considerar-se que a intervenção do juiz nos termos em que a defendemos, ainda que *posterior* à quebra do segredo, salvaguarda suficientemente o direito de defesa do arguido.

---

15 O que, no passado, levou a que se questionasse a legitimidade constitucional do próprio inquérito, hipótese afastada pelo acórdão do TC n.º 7/87, de 9 de janeiro, *in Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 1987: 7-72.

16 Cit. na nota anterior.

17 Sousa Mendes, 2011b: 21.

18 Canotilho & Moreira, 2007: 521, Silva & Salinas, 2010: 729.

19 Cf. *infra* 3.4.

De resto, no campo em que nos encontramos, o Tribunal Constitucional já se pronunciou pela não inconstitucionalidade em situação próxima, no acórdão n.º 42/2007, que incidiu sobre a norma do art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (medidas de combate à criminalidade organizada)<sup>20</sup>, que permite que o MP, na fase de inquérito, determine o levantamento do sigilo. Alegava-se que esta norma admitia a interferência no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, matéria da competência do juiz de instrução, “na medida em que as informações relativas à conta bancária constituem matéria relativa à reserva da vida privada consagrada no art. 26.º, n.º 1, CRP”. Ainda que a argumentação expendida no acórdão não seja de acolher em bloco – *maxime* no que respeita à (excessivamente simplificadora) minimização da relevância da quebra do sigilo bancário por confronto com outras intromissões na esfera privada ou ao paralelo traçado com a publicidade registral da propriedade de bens imóveis e de alguns móveis –, a conclusão final deve ser apoiada. Merece também concordância a ênfase dada ao papel do MP, enquanto magistratura com estatuto próprio e autonomia, ao qual cabe exercer, entre outras competências, a ação penal de acordo com critérios de legalidade e de objetividade (arts. 219.º CRP e 53.º CPP). Da mesma maneira, é procedente o argumento de que a decisão do MP sempre poderá ser sindicada pelo juiz de instrução e que assim se encontra suficientemente garantida a tutela dos direitos afetados.

O caso que estudamos é equiparável a este outro, não existindo, da nossa perspetiva, razões para que a conclusão quanto à não inconstitucionalidade seja diferente. É verdade que pode ser diversa a gravidade do crime<sup>21</sup>, mas é exatamente a mesma a intromissão na esfera privada: se num caso se aceita a desnecessidade de intervenção do juiz de instrução, não se vê por que motivo, no outro, ela haveria de se reclamar. Ainda que se entendesse a intervenção do juiz de instrução como garantia do arguido, a verdade é que não seria aceitável que, nos crimes considerados mais graves (*v.g.*, branqueamento de capitais), houvesse menos garantias que nos demais. Tal diferenciação não só não resulta do sistema, como a quebra de igualdade entre diferentes arguidos não encontra justificação, ocorrendo, para mais, em termos que prejudicam as

---

20 Trogano, 2011: 228, nota que a referida alteração na Lei n.º 5/2002 beneficiou as investigações da criminalidade tributária em maior celeridade e consequente eficácia.

21 Trata-se de aspeto sublinhado por Sousa Mendes, 2011b: 14.

garantias do arguido precisamente no caso de suspeita de crime cuja condenação implica uma maior compressão dos direitos pessoais deste.

Acresce ainda, desta feita no plano da comparação internacional, que a não intervenção do juiz nem sequer é, em geral, considerada como redução das garantias do arguido, além de que nem corresponde necessariamente à tradição da *civil law*, como se sublinha no relatório da *StAR Initiative* do Banco Mundial/UNODC acima referido. As jurisdições de *civil law* frequentemente permitem ao magistrado que investiga levar a cabo todos os atos necessários para obter a prova necessária, sem requerer uma ordem do tribunal para o acesso às contas bancárias, ao invés do que sucede na *common law*<sup>22</sup>, onde a intervenção judicial prévia é a regra.

### 3.2. A não participação do arguido na decisão de acesso ao segredo

António João Latas aponta, como fonte de inconstitucionalidade, o facto de a lei de processo não prever “forma específica de o arguido participar na decisão de acesso ao segredo”<sup>23</sup>. A objeção não pode compreender-se se lembrarmos que tal resultado não é – nem poderia ser – estranho ao sistema do CPP. Recorde-se o exemplo das escutas telefónicas, em que o assistente e o arguido apenas podem examinar os suportes técnicos das conversações ou comunicações, por exemplo, a partir do “encerramento do inquérito” (art. 188.º, n.º 8, do CPP). Também nos casos de buscas domiciliárias (art. 177.º do CPP) não se exige qualquer aviso prévio do arguido. Aliás, tratando-se de busca em escritório de advogados ou consultório médico, o juiz deve avisar o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos (art. 177.º, n.º 5, do CPP), mas, em circunstância alguma, tem de notificar o arguido. Aliás, nem de outra forma poderia ser, sob pena de se frustrar a prova que se visa obter. Tão evidente é a inconveniência de notificação do arguido nestas situações quanto o será no caso do sigilo bancário. Nem se argumente que a devassa da vida privada é mais intensa na quebra do sigilo bancário do que nas escutas telefónicas, questão tão debatida na doutrina<sup>24</sup>. É certo, como afirma Paulo de Sousa Mendes, que a informação não desaparecerá da instituição bancária, “pois não há, em princípio, perigo de descaminho

22 Stephenson, 2011: 60 e 61.

23 Latas, 2011: 20.

24 Damião da Cunha, 2008: 205-219, Mata-Mouros, 2008: 219-242, Adérito Teixeira, 2008: 243-296.

dos meios de prova conservados nos bancos”<sup>25</sup>. De facto, se a preocupação única da investigação criminal for a descoberta de meios de prova, então, dessa forma, a sua obtenção será totalmente assegurada. Porém, numa perspetiva prática, no que diz respeito aos crimes económicos, a demora do incidente de quebra do sigilo implica uma delonga que dificilmente se poderá compatibilizar com o objetivo de perseguir o dinheiro, como tem sido sublinhado nas iniciativas internacionais na matéria.

### 3.3. A ausência de meios de reação ao alcance do arguido

Seria possível, ainda, acrescentar que, face ao atual modelo do RGICSF, o arguido não pode reagir autonomamente contra a decisão de quebra do sigilo, quando tomada pelo MP<sup>26</sup>. Na verdade, ao abrigo do anterior regime do art. 79.º do RGICSF, que remetia para a lei processual penal, aplicavam-se, plenamente, os arts. 135.º e 182.º do CPP, *i.e.*, o incidente de escusa de segredo profissional<sup>27</sup>. Porém, julgamos que, também por esta via, não se chegará a uma decisão de inconstitucionalidade.

Como admitir esta solução – pergunta-se – face ao regime do art. 399.º, que estabelece a regra da recorribilidade genérica dos “acórdãos, das sentenças e dos despachos cuja irrecorribilidade não estiver prevista na lei”? Em primeiro lugar, cumpre notar que este artigo está construído para atos do juiz e não do MP<sup>28</sup> e, tal como refere o acórdão do TC n.º 31/87, a faculdade de recorrer não deixa de poder ser restringida em certas fases do processo. É certo que, em virtude de um diverso ponto de partida, Paulo de Sousa Mendes<sup>29</sup> lança mão, neste âmbito, da figura da “reclamação judicial”, não prevista no CPP, mas criada pela praxe jurídica por aplicação analógica do art. 178.º, n.º 6, do mesmo Código. Se, na posição que sustentamos, o MP pode solicitar a informação – o que pretendemos fundamentar –, não haverá lugar à aplicação analógica da norma apenas porque, tal como interpretamos o sistema, não existirá uma lacuna, enquanto “incompletude contrária ao plano do Direito

---

25 Sousa Mendes, 2011b: 11. O Autor nota, no entanto, que é possível que a instituição bancária tenha contabilidades paralelas, caso em que, de qualquer forma, a informação nunca seria prestada.

26 Latas, 2011: 20.

27 Sobre o incidente de escusa de segredo profissional, Pinto de Albuquerque, 2009: 360-374. Sobre a ponderação de interesses a realizar pelo Tribunal, Valente, 2009: 971 ss.

28 Pinto de Albuquerque, 2009: 1007 ss.

29 Sousa Mendes, 2011b: 19, nota 31.

vigente, determinada segundo critérios eliciáveis da ordem jurídica global<sup>30</sup>. O RGICSF foi alterado não por motivos de “pura cosmética legislativa”<sup>31</sup>, mas para estabelecer a possibilidade de derrogação do segredo bancário em todos os processos-crime, sem abrir margem a expedientes dilatatórios ou inibitórios do sucesso da investigação.

Contudo, em despacho que ficará nos autos, o MP continua a ter de fundamentar a decisão de quebra do segredo bancário, da mesma maneira que o ofício enviado aos bancos terá de conter uma fundamentação mínima<sup>32</sup>. E estará a instituição financeira obrigada a obedecer ao pedido do MP? A resposta, parece-nos, deverá ser positiva, sob pena de aquela incorrer, se o MP assim o determinar, no crime de desobediência p. e p. no art. 348.º, n.º 1, al. *b)*, do CP. Poderia haver dúvidas – reconhecemos – quanto ao preenchimento do tipo de ilícito nestas situações. Porém, vejamos: o bem jurídico protegido é a autonomia intencional da autoridade<sup>33</sup> e o MP compreende-se, naturalmente, no conceito de “autoridade” (judiciária), tal como referido no art. 1.º, al. *b)*. A ordem de quebra do segredo bancário será legítima, porquanto, de acordo com o nosso entendimento, não contraria a ordem jurídica no seu todo<sup>34</sup>. Se dúvidas houvesse quanto à aplicabilidade do crime de desobediência a ordens do MP, quando este assim o determine, estas seriam afastadas pelo acórdão da Relação do Porto, de 28-mai.-1986<sup>35</sup>, que considerou legítima a ordem de um magistrado para entrar no domicílio e em recintos de espetáculos no exercício das suas funções, tendo aplicado ao desobediente este tipo penal. A parte inicial da al. *b)* do n.º 1 do art. 348.º do CP poderia levantar problemas na aplicação ao caso concreto, quando se interpretasse a referência a “disposição legal” como sendo feita a norma de direito penal. Porém, conforme esclarece Cristina Líbano Monteiro<sup>36</sup>, deve entender-se que a expressão se reporta a qualquer disposição legal. A al. *b)* existe tão-só para as hipóteses em que nenhuma norma jurídica, seja qual for a sua natu-

30 Baptista Machado, 1987: 194.

31 A expressão é de Sousa Mendes, 2011b: 16.

32 Concordamos, portanto, com Sousa Mendes, 2011b: 16 e 17.

33 Pinto de Albuquerque, 2010: 912 ss.

34 Pinto de Albuquerque, 2010: 912.

35 *Coletânea de Jurisprudência*, 1986: 231.

36 Líbano Monteiro, 2001: 349-359.

reza (*i.e.*, mesmo um preceito não criminal) preveja aquele comportamento desobediente. Só então será justificável que o legislador se tenha preocupado com um vazio de punibilidade. Para preenchimento do tipo exige-se, ainda, que o destinatário da ordem ou mandato do MP tome conhecimento do seu conteúdo, o que reforça a ideia de que este tem de ser fundamentado.

Problemática será, porém, a situação em que o mandato do MP careça de fundamentação ou esta seja insuficiente. Será que nesses casos, mesmo que o MP comine o incumprimento da sua ordem com o crime de desobediência, a instituição financeira está obrigada a quebrar o sigilo bancário?

Parece que, em tal hipótese, o Banco não deve de imediato aceder ao pedido do MP, sob pena de eventualmente incorrer em crime de violação de segredo, p. e p. no art. 195.º CP<sup>37</sup>. Neste caso, a instituição financeira, não tendo dados suficientes para determinar a conformidade do pedido do MP, não tem de lhe obedecer, uma vez que qualquer ordem que conduza à prática de um crime não deve ser cumprida nem exige quem a cumpre de responsabilidade penal<sup>38</sup>. Consideramos que, quando se verifique falta ou deficiente fundamentação – quer seja falta em sentido formal, quer material – da ordem do MP, a instituição financeira terá o ónus de solicitar o esclarecimento do pedido formulado. Não existindo embora qualquer previsão específica, esta exigência dimana do princípio da cooperação e, mais genericamente, da boa fé. Ou seja, a instituição financeira, confrontada com um ofício com justificação insuficiente, não pode eximir-se de responsabilidade no crime de desobediência se não tiver procedido às diligências necessárias para obter os dados em questão. Perante este pedido, será dever do MP, para eficiência da sua investigação, fornecer a informação exigida – que considerar adequada – para aceder às contas bancárias. Se, por hipótese, o MP não facultar a fundamentação complementar, a instituição financeira beneficiará de uma causa de exclusão da culpa quanto ao crime de desobediência.

O arguido, confrontado com o acesso, pelo MP, às suas contas bancárias, querendo contestar a legalidade desse acesso, terá 20 dias para requerer a abertura da instrução (art. 287.º, n.º 1, al. *a*), do CPP<sup>39</sup>), altura em que o juiz poderá apreciar a legalidade da quebra do sigilo bancário. No fundo, nada

37 Sobre o ilícito típico, Pedrosa Machado, 1997: 73-100, Santiago, 1997: 23-76.

38 Sousa Mendes, 2011b: 19, sublinha este aspeto, ainda que com um alcance mais vasto.

39 Aderimos aos argumentos apresentados por Sousa Mendes, 2008/2009: 57, que sustenta que o arguido pode requerer a abertura da instrução para discutir questões de direito. Contra, Santana, 2009: 45-72.

impede que o juízo feito pelo MP tenha sido desadequado e consubstancie, por essa via, uma proibição de prova (art. 126.º, n.º 3, do CPP). Tudo dependerá da avaliação que se faça da conformidade do juízo elaborado.

### 3.4. O segredo de justiça

Poder-se-ia argumentar, por outro lado, que, contrariamente ao que sucede com o acesso ao segredo bancário por parte da administração fiscal<sup>40</sup>, os elementos incorporados no processo penal tornar-se-ão públicos, em regra, com o risco desproporcionado de exposição de aspetos patrimoniais estritamente pessoais da vida privada do terceiro ou mesmo de outros intervenientes processuais<sup>41</sup>. De facto, o art. 86.º do CPP apenas permite a sujeição do processo a segredo de justiça durante a fase de inquérito, a requerimento do arguido, do assistente ou do ofendido. Possibilidade paralela não existe para a fase de instrução, o que poderia levar a uma divulgação desmesurada da intimidade do arguido, revelada nas suas contas bancárias. Mas, não pode deixar de apontar-se, com Paulo Pinto de Albuquerque, que as normas dos arts. 86.º, n.ºs 2, 3, 4 e 5 do CPP são inconstitucionais, entre outros motivos indicados pelo autor, por não preverem o segredo externo da instrução a requerimento do arguido<sup>42</sup>. Na verdade, a manutenção do segredo de justiça externo na fase de instrução permitiria garantir a efetividade social da presunção de inocência antes de se saber se irá ou não ter lugar um julgamento público. Com o atual regime, o arguido tem de se sujeitar a uma fase pública quando pretende evitar um julgamento público, solução sem qualquer vantagem para o sistema penal. No fundo, violam-se as garantias de defesa e de presunção de inocência. Significa isto defender que existe a possibilidade de o arguido, o assistente ou o ofendido, ouvido o Ministério Público, requererem ao juiz de instrução a sujeição do processo, durante a fase de instrução, a segredo de justiça, quando se entenda que a publicidade prejudica os direitos daqueles sujeitos ou participantes processuais. Ou seja, uma interpretação conforme à Constituição – *rectius*, uma interpretação que evite a inconstitucionalidade – levará a estender o teor do art. 86.º, n.º 2, do CPP.

---

40 Rodrigues, 1997: 103-113, Macedo Alves, 2008:11-81.

41 Latas, 2011: 20.

42 Pinto de Albuquerque, 2009: 235 ss. São violados os arts. 2.º, 20.º, n.ºs 1 e 3, 32.º, n.º 5 e 7 e 219.º, n.º 1 da CRP.

Quanto ao segredo interno (art. 89.º do CPP), considerando que a regra é a da publicidade interna do inquérito, parece-nos que bastaria que o extrato bancário fosse desentranhado dos autos, de forma a não haver uma maior devassa da intimidade da vida privada das partes envolvidas<sup>43</sup>.

### 3.5. O estatuto do MP

Não obstante a validade que julgamos poder atribuir à argumentação anteriormente desenvolvida, cabe reconhecer que, em rigor, o grande obstáculo, apresentado por Paulo de Sousa Mendes<sup>44</sup>, à constitucionalidade do novo regime seria o de que “o MP, enquanto titular da ação penal, não oferece garantias de imparcialidade na formulação do juízo de ponderação e interesses que justificaria *in casu* o pedido de elementos, por muito que o seu estatuto lhe imponha a sujeição a critérios de estrita objetividade (art. 53.º, n.º 1, CPP)”<sup>45</sup>. Efetivamente, ao abrigo do regime anterior, o MP tinha de fundamentar o pedido perante um decisor judicial, ficando a autorização dependente do rigor posto nessa fundamentação<sup>46</sup>, exigência que agora se eliminou.

Porém, importa não esquecer – como, aliás, aquele autor não deixa de enfatizar – que o MP é um órgão da administração da justiça, autónomo, organizado hierarquicamente para representar o Estado, exercer a ação penal, participar na execução da política criminal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar<sup>47</sup>. Assim resulta do art. 219.º, n.º 2, da CRP e do art. 2.º, n.º 2, do EMP, onde se estabelece que “a autonomia do Ministério Público caracteriza-se pela sua vinculação a critérios de legalidade e objetividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às directivas, ordens e instruções previstas na lei”. Enquanto órgão do Estado, colabora com o tribunal na descoberta da verdade e na realização da justiça (art. 53.º, n.º 1, CPP), pelo que *não é parte interessada na acusação*<sup>48</sup>. Por isso

---

43 Note-se que Pinto de Albuquerque, 2009: 248 ss., considera também o art. 89.º, n.ºs 1 e 2 inconstitucionais, na medida em que o art. 32.º, n.º 5, *in fine*, da CRP estabelece regra a inversa: só há contraditório no julgamento e nos atos instrutórios que a lei determinar. Logo, só nestes momentos deveria haver publicidade interna.

44 Sousa Mendes, 2011b: 16.

45 Sousa Mendes, 2011b: 17.

46 Sousa Mendes, 2011b: 17.

47 Figueiredo Dias, 2004: 361 ss., Marques da Silva, 2010.

48 Marques da Silva, 2010: 256. Itálico nosso.



mesmo é que as causas de impedimento ou suspeição que podem opor-se ao juiz também são aplicáveis ao MP. A exigência de imparcialidade e isenção é igual para os juízes e para os magistrados do MP<sup>49</sup>. Aqui chegados, sabendo que a lei garante a “vinculação [do MP] a critérios de legalidade e de objetividade” (art. 2.º, n.º 2, do EMP), importa questionar até que ponto a suspeita de parcialidade do MP deve conduzir a uma decisão de inconstitucionalidade.

Esta linha de argumentação apenas poderá relevar no campo das *policies*, no sentido de DWORKIN<sup>50</sup>, *i.e.*, no campo da definição de objetivos ou *standards* sociais. Esta suspeita de ordem prática não se enquadra no âmbito dos *arguments of principle*, utilizados para fundamentar direitos individuais, e os únicos que podem justificar as decisões judiciais. Cabe, antes, no domínio dos *arguments of policy*, construídos para estabelecer um objetivo coletivo que, a ser respeitado, melhora a situação económica, política ou social de uma comunidade. Ora, a definição destes objetivos é tarefa do sistema político-democrático, e não do sistema judicial. Noutros termos, as falhas ou omissões reveladas apenas por argumentos práticos ou políticos não influem, da nossa perspetiva, no juízo de inconstitucionalidade.

### 3.6. Levantamento automático ou exigência de juízo de ponderação

Atentos os resultados anteriores, resta apurar se o levantamento do segredo é admissível em termos automáticos ou se, pelo contrário, o mesmo pressupõe um juízo de ponderação concreta e, em caso afirmativo, qual o seu conteúdo. Se é certo que o RGICSF não estabelece expressamente qualquer exigência a esse nível, nem por isso a questão deixa de merecer profunda análise, sobretudo tendo em conta a configuração – que já atrás esclarecemos – do direito ao sigilo bancário como componente do direito à privacidade e, nessa medida, como direito, liberdade e garantia, sujeitando-se naturalmente a sua restrição ao regime do art. 18.º da CRP.

A conclusão definitiva no sentido de que a regra do RGICSF não conduz a uma restrição desproporcionada do direito ao sigilo pressupõe o reconhecimento de que, por aplicação dos princípios gerais, nesta está implicitamente contido um mandamento dirigido ao seu aplicador (*in casu*, o MP) no

49 Cavaleiro de Ferreira, 1981: 96. O Direito não é um limite da atividade do MP, mas, sim, o seu fim. Ainda assim, o Autor utiliza a expressão “parte imparcial” (Cavaleiro Ferreira, 1981: 147). Mas a sua função no processo penal não deve ser entendida como a de uma “parte” (Eiras, 2010: 97).

50 Dworkin, 2002: 22 ss. e 90 ss.

sentido de realizar um juízo de adequação e de necessidade da medida. *I.e.*, ainda que o juízo de proporcionalidade mencionado no art. 18.º da CRP se reporte à própria lei restritiva e não à sua aplicação, é claro que a quebra do sigilo permitida pelo RGICSF depende da idoneidade do levantamento para a investigação do tipo de crime concretamente considerado, bem como da inexistência de medida menos intrusiva nos direitos, liberdades e garantias do cidadão, não devendo os dados pedidos ir além do requerido para investigação do crime concreto<sup>51</sup>.

Pode perguntar-se se basta a adequação e a necessidade da quebra do sigilo ou se deve ainda o MP fazer um juízo de ponderação tendo em conta o tipo de crime, a pena aplicável, etc. Repare-se que este requisito, verificados os anteriores, terá impacto residual. Pensar-se-á, normalmente, em crimes em que falhará, quase invariavelmente, a adequação ou a proporcionalidade, não se chegando a este passo da análise. Mas a gravidade do crime sempre relevará em determinadas hipóteses. Com efeito, para além de introduzir uma exigência de gravidade mínima do crime tendo em conta os valores atingidos<sup>52</sup>, deve entender-se, segundo julgamos, que quanto mais grave é o crime e, portanto, a premência da sua investigação, menos fortes (mas sempre suficientes) terão de ser os indícios que justificam a suspeita do crime e a quebra do sigilo. Assim, pode acontecer que um crime menos grave justifique a quebra do sigilo, mas exigir-se-á, então, que sejam suficientemente fortes os motivos da suspeita para poder ocorrer a intromissão na esfera privada. O inverso acontece nos crimes de maior gravidade. Fica, assim, plenamente assegurado que a restrição dos direitos, liberdades e garantias afetados não é excessiva, desproporcionada ou desrazoável<sup>53</sup>.

#### 4. IMPACTO DA ALTERAÇÃO AO RGICSF SOBRE OS REGIMES ESPECIAIS DE QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

Um último aspeto relativo à alteração legislativa merece ser sublinhado: quanto a nós, deve entender-se que esta implicou a derrogação das exigências acrescidas

51 Reis Novais, 2004: 161 ss, Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007, Silva & Salinas, 2010. Pode, por exemplo, ser suficiente apurar o saldo da conta e não movimentos anteriores [acórdão da Relação do Porto, de 6 de maio de 1993 (Carlos Matias). *Coletânea de Jurisprudência*, 1993: 195 e 196].

52 Recorde-se, por exemplo, o acórdão da Relação do Porto de 26 de setembro de 2007 (Luiz Gominho), *Coletânea de Jurisprudência*, 2007: 218-220, no qual se determinou a excecionalidade do recurso à quebra do sigilo, que não se justificará para apurar uma burla que não chegue a 50 euros.

53 Reis Novais, 2004: 178.

previamente contidas, quanto ao levantamento do sigilo, em alguns regimes especiais. Pensamos, em concreto, nos regimes jurídicos do cheque sem provisão (art. 13.º-A do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de dezembro), do combate à droga (art. 60.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro), da Lei Geral Tributária (art. 63.º-B, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro), do Código dos Valores Mobiliários (art. 385.º, n.º 1, al. *a*), do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro), da Lei de Combate à Criminalidade Organizada (art. 2.º da Lei n.º 5/2002, de 11 janeiro) e da Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais (art. 18.º da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho). Se é certo que, como princípio, a lei geral não revoga a lei especial, também é verdade que assim não sucede – como é sabido – quando for outra a intenção legislativa<sup>54</sup>. Ora, no caso, é evidente que se geraria uma acentuada disfunção normativa se os crimes em relação aos quais a lei sempre favoreceu o ágil acesso às contas bancárias passassem a contar, agora, com regime mais desfavorável do ponto de vista desse acesso por confronto com o regime geral, ocorrendo isso, para mais, em resultado de lei cujo objetivo é precisamente o inverso. Em todos os casos, passa a valer o regime uniforme, contido no RGICSF. As exigências de proporcionalidade não desaparecem, antes relevam nos termos expostos.

##### 5. DESENVOLVIMENTOS RECENTES: *FOLLOWING THE MONEY*

Um último ponto deve, retomando o início da nossa análise, ser realçado, tal como, aliás, faz Paulo de Sousa Mendes<sup>55</sup>. É que, como dissemos, preocupação central do levantamento do sigilo é, naturalmente, a localização dos valores e, quando seja caso disso, a sua recuperação: *follow the money*, na gíria. Fala-se em *following* para significar o processo que consiste em apurar se certo valor ou bem foi transferido de uma pessoa para outra<sup>56</sup>. Já se falará em *tracing* quando o processo envolver a identificação dos bens substitutos<sup>57</sup>. As dificuldades da tarefa são universalmente reconhecidas e têm constituído preocupação de organismos internacionais, embora a autonomia dos Estados tenha dificultado a ação internacional e remetido as iniciativas para o campo

54 Ascensão, 2006: 534 e 535.

55 Sousa Mendes, 2011b: 22 ss.

56 Smith, 1998: 121.

57 Ao contrário do *following*, que se refere à simples perseguição do valor. Smith, 1997: 67 ss. e 277.

da *soft law*, cuja eficácia tem sido questionada, sobretudo devido à falta de incentivos para a cooperação<sup>58</sup>.

O referido Relatório *Barriers to asset recovery*, produto da *StAR initiative*, enuncia – como seria previsível – entre os obstáculos à recuperação de bens, o sigilo bancário, formulando sugestões de reforma legislativa e institucional<sup>59</sup>. As barreiras à recuperação – conforme aí se refere – são não só jurídicas, mas também institucionais e operacionais: referem-se à própria “falta de vontade política” em alguns casos ou, em geral, à falta de uma estratégia concreta e clara na matéria (barreiras institucionais), bem como aos procedimentos, comunicações e coordenação entre as partes, nomeadamente no que respeita à identificação dos titulares das contas bancárias devido à falta de registos nacionais, entre outros obstáculos operacionais. As barreiras jurídicas, essas, envolvem requisitos demasiado onerosos quanto à assistência legal mútua (MLA – *mutal legal assistance*), o segredo bancário excessivo, a falta de procedimentos de apreensão de bens não baseados na condenação (*non-conviction based*) e requisitos procedimentais e regras de prova demasiado onerosos, incluindo a necessidade de divulgar informação aos detentores dos bens durante as investigações. Com as exigências atuais, a recuperação dos bens surgirá, segundo o Relatório, meramente como *best-case scenario*, tendo em conta a pequena probabilidade da sua efetivação.

No que respeita, em particular, ao segredo bancário, os participantes no estudo identificaram as restrições relacionadas com a necessidade de intervenção do juiz como obstáculos importantes à investigação e à apreensão dos bens, tornando-as frequentemente impossíveis. Por outro lado, o sigilo constitui evidente obstáculo no plano da cooperação internacional, como a prática tem sobejamente demonstrado. Um bom exemplo das dificuldades de cooperação decorrentes do sigilo bancário é o caso UBS, que opôs os Estados Unidos e a Suíça<sup>60</sup> e que acabou por ser resolvido por acordo, mas que,

58 Picard & Pierreti, 2009: 2.

59 Stephenson, 2011: 2. Como se pode ler no sumário executivo do Relatório: “este estudo dirige-se aos legisladores. O objetivo central é sensibilizá-los para as dificuldades existentes nas ações tendentes à recuperação de bens roubados e convencê-los a efetivar as medidas recomendadas. Tal permitirá melhorar a atuação dos práticos na recuperação bem sucedida dos bens. Também se recomenda que os práticos façam melhor uso das ferramentas disponíveis, tal como definido nas Recomendações Operacionais deste estudo”.

60 Bondi, 2011: 7. Recorde-se que, enquanto nos Estados Unidos a violação do Código do IRS constitui tanto ilícito civil como criminal, à luz da lei suíça a violação do dever de declarar os rendimentos ou outros bens constitui apenas uma evasão fiscal sancionada civilmente e não um crime de fraude fiscal. Ora, o governo suíço apenas permite a divulgação de informações aos Estados Unidos quando tiver ocorrido um crime à

se tivesse chegado a ser decidido pelo tribunal, teria provavelmente sido em termos contrários à quebra do sigilo [por aplicação do *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, uma vez que estaria em causa a violação da lei suíça em resultado da divulgação], com efeitos gravemente prejudiciais para o combate à criminalidade fiscal.

Lembre-se os contornos do caso: o conhecido banco suíço recusou-se a fornecer a informação requerida pelo *Internal Revenue Service* (IRS), invocando que tal representaria quebra inadmissível do sigilo bancário. Na sequência de informação fornecida em “troca” da redução da pena pelo crime de fraude fiscal com utilização de contas *offshore* praticado e confessado pelo bilionário californiano Igor Olenicoff, o UBS foi demandado para divulgar informação acerca de 52 000 clientes por suspeita de fraudes fiscais<sup>61</sup>, acabando por chegar a acordo com o governo norte-americano para o fornecimento de dados relativos às contas bancárias de 4 450 cidadãos norte-americanos (num total de cerca de 18 mil milhões de dólares). O principal incentivo para o governo suíço aceitar o acordo terá sido – segundo se aponta – o investimento de 9% que os Estados Unidos detinham no banco suíço e a influência do processo judicial sobre o valor dos ativos, com a consequente destabilização dos mercados. O impacto da decisão foi notável, tendo-se, inclusivamente, considerado o acordo como o “último prego no caixão do sigilo bancário”, “capitulação” ou “verdadeira tragédia”<sup>62</sup>. Foram razões essencialmente extrajurídicas e a pressão diplomática que ditaram a quebra (e limitada) do mesmo, o que demonstra os avanços que é necessário levar a cabo nesta área<sup>63</sup>. Ainda assim, o argumento de que a quebra do sigilo foi justificada pela necessidade de proteger a estabilidade do mercado financeiro suíço foi acolhido em decisão recente do Supremo Tribunal suíço, de 15 de julho de 2011, que revogou

---

luz da lei suíça, o que implica a recusa de cooperação. No início do ano de 2009, como é sabido, a OCDE colocou a Suíça na sua “lista cinzenta” de países não cooperantes e ameaçou-a com sanções financeiras. Os Estados Unidos aumentaram igualmente a pressão sobre a Suíça e outros paraísos fiscais, tendo em vista a alteração das respetivas políticas nos casos de evasão fiscal. A 13 de março de 2009, em resultado destas atuações internacionais, acabaria por ser anunciado o fim da distinção entre fraude e mera evasão fiscal para efeitos de cooperação internacional. Este *volte-face* teve um impacto acentuado nos bancos suíços, em particular nos de menor dimensão, que dependiam das regras de segredo para obterem uma vantagem competitiva sobre os restantes. A 24 de setembro, depois de assinar um novo DTA (*double taxation agreement*), a Suíça foi removida da “lista cinzenta”.

61 Uma descrição detalhada do caso e dos seus antecedentes pode ser consultada em Bondi, 2010.

62 Notícia da Reuters, 19 de fevereiro de 2009.

63 Em geral sobre as negociações entre a Suíça e a União Europeia relativas ao segredo bancário e o seu impacto sobre o valor das ações, Ziegler/Delaloye/Habib, 2005: 4 ss.

decisão em sentido contrário do tribunal administrativo que havia julgado previamente a ação. Se não fosse esta última decisão judicial, seria possível aos clientes atingidos pedirem ao Estado suíço uma indemnização pelos danos causados. Foi, porém, judicialmente confirmada a legitimidade da ordem da entidade reguladora tendente à prestação de informação solicitada pelo IRS, fortalecendo-se a voz daqueles que falam no fim da era do segredo bancário na Suíça. Este caso tem, aliás, sido novamente objeto de atenção em virtude da investigação atualmente em curso nos Estados Unidos, ao *Crédit Suisse*, por suspeita de cumplicidade em evasão fiscal, anunciada também a 15 de julho. Apesar de se antecipar a recusa de acordo similar por parte do governo, a sentença referida não deixa de poder ter impacto no caso. Seja como for, o que fica escrito é suficiente para demonstrar as dificuldades impostas pelo sigilo bancário à investigação e a importância de encontrar soluções facilitadoras da cooperação internacional.

Associados aos obstáculos à investigação e recuperação dos bens derivados do sigilo bancário encontram-se, como é evidente, os que se relacionam com eventuais exigências probatórias excessivas. Conforme se aponta no Relatório produzido pela *StAR Initiative*, embora um suporte probatório suficiente seja sempre essencial, requisitos demasiado estritos podem criar dificuldades inultrapassáveis à investigação. Assim, uma jurisdição que procure localizar os bens deve poder provar apenas a existência de um “motivo razoável” (*reasonable cause*) para acreditar que os bens estejam na jurisdição solicitada. Os requisitos na fase de investigação, enquanto se está ainda a reunir prova, não devem ser idênticos aos que vigoram numa fase posterior, já de efetiva apreensão dos bens<sup>64</sup>.

Por outro lado, um passo importante para a descoberta dos valores será a recomendada instituição, nas diversas jurisdições, de um registo nacional com informação sobre a identificação das contas, incluindo os respetivos beneficiários económicos (*beneficial owners*) e os poderes dos advogados, bem como o estabelecimento de legislação e de políticas tendentes a divulgar as informações em causa, sem necessidade de um pedido de assistência (MLA) formal por parte da entidade competente da outra jurisdição. Atualmente, algumas jurisdições exigem informação demasiado específica sobre a identidade das contas, o que se compreende naquelas cuja dimensão é maior, pois, na ausência de um registo nacional como o recomendado, as autoridades teriam de

---

64 Stephenson, 2011: 60.

inquirir todos os bancos a operar localmente<sup>65</sup>. A identificação e fornecimento da informação relativa aos beneficiários efetivos das contas – aliás requerida entre nós pela lei sobre branqueamento de capitais<sup>66</sup>, ainda que não surja incluída entre os requisitos de abertura de conta contidos no Aviso Banco de Portugal n.º 2/2007<sup>67</sup> – é tanto mais importante quanto a tendência natural vai no sentido do recurso acrescido a *trusts* (nos ordenamentos onde sejam aceites) – conhecidos pelo papel desempenhado no branqueamento de capitais – e, em geral, a testas-de-ferro. Esta é, aliás, uma área onde tem ocorrido uma evolução importante no setor financeiro, nomeadamente com a generalizada instituição do *know your customer rule* (KYC) e a ultrapassagem das resistências dos bancos à sua instituição. Afinal bem pode perguntar-se “se é contra a regra de conhecer os clientes, então de que se é a favor? De não conhecer os clientes (*not knowing your costumers, NYC*)?”<sup>68</sup>. Naturalmente que a regra que impõe que se conheça o cliente e as transações em que este se envolve é, simultaneamente, uma regra financeira que permite a adequação dos produtos oferecidos ao respetivo perfil, melhorando as ofertas de produtos financeiros, além de ser também um meio de proteção do próprio cliente. É sob esta perspetiva que este princípio – que já resultava das recomendações da *Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF Recommendations)*<sup>69</sup> – surge na Diretiva dos Mercados de Instrumentos Financeiros (DMIF)<sup>70</sup>, que impõe a categorização dos clientes, cabendo a cada grupo diferentes níveis de tutela<sup>71</sup>. Embora não se trate de precaver o branqueamento de capitais ou outra criminalidade equiparável, é inegável que o conhecimento do cliente imposto pela Diretiva tem repercussões também deste último ponto de vista.

---

65 Stephenson, 2011: 93.

66 Cf. art. 7.º, n.º 4, da Lei n.º 25/2008, de 5 de julho. O conceito de beneficiário efetivo para efeitos deste artigo é definido no art. 2.º, n.º 5, da mesma Lei.

67 Chamando a atenção para esta diferença de exigência, Sousa Mendes, 2011b: 23.

68 Ruce, 2011: 559, citando o CEO David Leppan.

69 As recomendações deste organismo intergovernamental envolvem, embora sem a designação KYC, a identificação dos clientes e o registo das operações, enquanto meios para combater o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo.

70 Diretiva n.º 2004/39/CE, de 21 de abril.

71 Rocha, 2007: 100 ss.

Para terminar a nossa análise, deve recordar-se a especificidade da situação dos *shell banks* em países estrangeiros, normalmente *offshores*, sem existência física e que apenas visam movimentar o dinheiro em segredo e que frequentemente têm relações com um banco legítimo *onshore*<sup>72</sup>. Sejam *shell banks* ou bancos com existência real, a verdade é que o recurso a bancos *offshore* dificulta muito, como vimos, a obtenção de informação, razão por que, no caso de existir uma relação com um banco legítimo, deve aceitar-se que o pedido de informação seja dirigido diretamente ao banco que ocupa o lugar de empresa-mãe, tal como sugerido por Paulo de Sousa Mendes<sup>73</sup>, que admite a atuação com base na suspeita do controlo, dispensando a respetiva prova. Na realidade, a identificação da teia jurídica entre o banco *onshore* e o banco *offshore* reveste-se de dificuldades evidentes que tornam premente tal aligeiramento probatório, que, todavia, não garante que a empresa-mãe não negue a relação, recusando-se a prestar informações, de tal maneira que aos investigadores restará procurar obter diretamente a informação dos bancos *offshore*, pelo que será determinante a implementação do sistema de contas sugerido pela *StAR Initiative*.

## BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2010 *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Universidade Católica.

2009 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Universidade Católica.

ALVES, Telmo José Macedo

2008 “O sigilo bancário – uma perspectiva constitucional em matéria tributária”, in Figueiredo Dias, Gomes Canotilho & Faria Costa (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, Coimbra: Coimbra editora, pp. 11-81.

ASCENSÃO, Oliveira

2006 *O direito. Introdução e teoria geral*, 13.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

<sup>72</sup> Lacey & George, 2003: 15.

<sup>73</sup> Sousa Mendes, 2011b: 23 ss.



BONDI, Bradley J.

2010 “Don’t tread on me: has the United States government’s quest for customer records from UBS sounded the death knell for Swiss bank secrecy laws?”, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 30, 1, disponível em: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) [consultado em: 27.09.2011].

BRANDÃO, Nuno

2002 *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra editora.

CANOTILHO, Gomes & MOREIRA, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. 1, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra editora.

CORDEIRO, António Menezes

2009 *Manual de Direito Bancário*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

CUNHA, José Damião da

2010 *A reforma legislativa em matéria de corrupção*, Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo,

2004 *Direito processual penal*, reimpr. da 1.<sup>a</sup> ed. de 1974, Coimbra: Coimbra Editora.

DWORKIN, Ronald

2002 *Taking rights seriously*, Cambridge: Duckworth.

EIRAS, Henrique

2010 *Processo penal elementar*, 8.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Quid Juris.

ESTACA, José Nuno Marques

1995 *Do sigilo bancário*, Relatório de mestrado inédito apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa.

LACEY, Kathleen A. & GEORGE, Barbara Crutchfield

2003 “Crackdown on moneylaundering: a comparative analysis of the feasibility and effectiveness of domestic and multilateral policy reforms”, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 23, 2, disponível em [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) [consultado em: 27.09.2011].

LATAS, António João

2011 “Sigilo bancário – sentido e alcance das alterações introduzidas pela Lei 36/10 de 2 de setembro à al. d) do n.º 2 do art. 79.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras aprovado pelo Dec.-lei 298/92 de 31 de dezembro, com as alterações posteriores”, disponível em: [http://www.tre.pt/docs/Sigilo\\_bancario.pdf](http://www.tre.pt/docs/Sigilo_bancario.pdf) [consultado em: 30.09.2011].

MACHADO, João Baptista

1987 *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 2.<sup>a</sup> reimpr., Coimbra: Almedina.

MACHADO, Miguel Pedrosa

1997 “Sigilo bancário e Direito Penal – dois tópicos: caracterização de tipos legais de crimes e significado da extensão às contra-ordenações”, in Diogo Leite de Campos (dir.), *Sigilo Bancário: conferências proferidas no colóquio Luso-Brasileiro sobre Sigilo Bancário*, Lisboa: Instituto de Direito Bancário, Edições Cosmos, pp. 73-100.

MENDES, Paulo de Sousa

2008/2009 *Sumários de Direito Processual Penal*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, policopiado.

2011a “A orientação da investigação para a descoberta dos beneficiários económicos e o sigilo bancário”, in Fernanda Palma, Silva Dias & Sousa Mendes (coords.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 201-213.

2011b “A derrogação do segredo bancário no processo penal”, em curso de publicação.

MONTEIRO, Cristina Líbano

2001 Anotação ao art. 348.º, in Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 349-359.

NOVAIS, Jorge Reis

2004 *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora.

NUNES, Fernando Conceição

1994 “Os deveres de segredo profissional no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras”, in *Revista da Banca*, 29, janeiro-março, pp. 39-63.

PALMA, Maria Fernanda

2010 “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, in Fernanda Palma, Silva Dias, & Sousa Mendes (coords.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 189-199.

PICARD, Pierre M. & PIERRETI, Patrice

2009 “Bank secrecy, illicit Money and offshore financial centers”, 45, maio, disponível em: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) [consultado em: 30.09.2011].

RODRIGUES, Benjamim

1996 “O sigilo bancário e o sigilo fiscal”, in Diogo Leite de Campos (dir.), *Sigilo Bancário: conferências proferidas no colóquio Luso-Brasileiro sobre Sigilo Bancário*, Lisboa: Instituto de Direito Bancário, Edições Cosmos, pp. 103-113.

ROCHA, Rafaela

2007 “Categorização de investidores no âmbito da intermediação financeira. Apontamentos sobre o novo regime”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 27, agosto, pp. 97-106.

RUCE, Philip J.

2011 “Anti-Money laundering: the challenges of Know your Costumer Legislation for private bankers and the hidden benefits for relationship management (‘the bright side of knowing your costumer’)”, in *The Banking Law Journal*, 128, 6, junho, disponível em: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) [consultado em: 30.09.2011].

SANTANA, Cecília

2009 “Dos limites do requerimento do arguido para abertura da instrução”, in *Questões avulsas de processo penal*, Lisboa: AAFDL, pp. 45-72.

SANTIAGO, Rodrigo

1997 “Sobre o segredo bancário – uma perspectiva jurídico-criminal e processual penal”, in *Revista da Banca*, 42, abril-junho, pp. 23-76.

SILVA, Germano Marques da

2010 *Curso de processo penal I. Noções gerais, elementos do processo penal*, 6.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Verbo.

SILVA, Germano Marques da & SALINAS, Henrique

2010 in Jorge Miranda & Rui Medeiros (orgs.), *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra editora, anotação ao artigo 32.º.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria

2009 *Tiempos de derecho penal. Escritos breves sobre teoria y práctica, vida social y economía*, Madrid: Motevideo-Buenos Aires.

SMITH, Lionel D.

1997 *The law of tracing*, Oxford: Clarendon Press.

1998 “Tracing and electronic funds transfer”, in *Restitution and banking law*, Oxford: Mansfield Press, pp. 120-134.

SOUSA, Rabindranath Capelo de

2002 “O segredo bancário, em especial face às alterações fiscais da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro”, in António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão & Januário Costa Gomes, (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, Coimbra: Almedina, pp. 157-223.

STEPHENSON *et alii*

2011 *Barriers to asset recovery study*, World Bank/United Nations Office on Drug and Crime, Washington.

TROGANO, António

2011 “A investigação da criminalidade tributária organizada: relato de uma experiência”, in Fernanda Palma, Silva Dias, & Sousa Mendes (coords.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 215-260.

VALENTE, Maria Silvina

2009 “Da licitude da intervenção do Estado na limitação ao exercício do direito ao segredo bancário”, in Silva Dias, António Raposo & Lopes Alves, Duarte d’Almeida & Sousa Mendes, (orgs.), *Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário*, Coimbra: Almedina, pp. 965-988.

ZIEGLER, Alexandre, DELALOYE, François-Xavier & HABIB, Michel

2005 “Negotiating over banking secrecy: the case of Switzerland and the European Union”, outubro, disponível em: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) [consultado em: 30.09.2010].

ZÖLLER, Mark A.

2011 “O intercâmbio de informações no domínio da investigação penal entre Estados-membros da União Europeia”, in Fernanda Palma, Silva Dias, & Sousa Mendes (coords.), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 307-317.

## **Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, de 9 de janeiro, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870007.html>.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 31/87, de 28 de janeiro, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870031.html>.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 42/2007, de 23 de janeiro, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070042.html?impressao=1>.

Acórdão da Relação do Porto, de 28 de Maio de 1986, in *Coletânea de Jurisprudência*, vol. XI, 3, p. 231.

Acórdão da Relação do Porto, de 6 de maio de 1993, in *Coletânea de Jurisprudência*, vol. XVIII, 3, pp. 195 e 196.

Acórdão da Relação do Porto, de 26 de setembro de 2007, in *Coletânea de Jurisprudência*, vol. XXXII, 4, pp. 218-220.

## **Notícias**

Reuters, 19 de fevereiro de 2009, disponível em: [www.reuters.com/article/2009/02/19/us-ubs-secrecy-idUSTRE51I1ZP20090219](http://www.reuters.com/article/2009/02/19/us-ubs-secrecy-idUSTRE51I1ZP20090219) [consultado em: 30.09.2011].

Jornal Expresso, 23 de agosto de 2010, disponível em: [aeiou.expresso.pt/cavaco-pro-mulga-pacote-anticorruptao=f600301](http://aeiou.expresso.pt/cavaco-pro-mulga-pacote-anticorruptao=f600301) [consultado em: 30.09.2011].

Correio da Manhã, 6 de fevereiro de 2011, disponível em: [www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/sigilo-bancario-acaba-em-marco220133863](http://www.cmjornal.xl.pt/detalhe/noticias/exclusivo-cm/sigilo-bancario-acaba-em-marco220133863) [consultado em: 30.09.2011].

Diário na Revista Digital de Justiça e Sociedade – portal verbo jurídico, de 28 de junho de 2011, disponível em: <http://www.inverbis.net/ministeriopublico/falta-acesso-dados-combater-corrupcao.html> [consultado em: 30.09.2011].



C&R

LEGISLAÇÃO

*Legislação Nacional*





# LEGISLAÇÃO NACIONAL

## LEGISLAÇÃO NACIONAL DE REGULAÇÃO – JULHO A NOVEMBRO DE 2011

*elaborado por Nazaré da Costa Cabral*

### 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”.

#### **Lei n.º 46/2011, de 24 de junho**

Cria o tribunal de competência especializada para propriedade intelectual e o tribunal de competência especializada para a concorrência, regulação e supervisão.

### **BANCO DE PORTUGAL**

*Aviso n.º 3/2011, de 17 de maio*

Determina o rácio “Core Tier 1” mínimo. Revoga o Aviso n.º 1/2011, de 5 de abril, publicado no DR, II série, n.º 74, de 14 de abril.

*Aviso n.º 4/2011, de 11 de agosto*

Estabelece os deveres a observar pelas instituições de crédito relativamente à divulgação da sua adesão ao regime jurídico dos serviços mínimos bancários e à publicitação das condições legalmente estabelecidas para que as pessoas singulares possam aceder e beneficiar desse regime jurídico.

*Aviso n.º 5/2011, de 17 de agosto*

Determina às instituições participantes do F.G.C.A.M. de que devem dispor de um sistema de informação que permita identificar os depósitos abrangidos ou excluídos da garantia, bem como os seus depositantes.

*Aviso n.º 6/2011, de 10 de outubro*

Altera o ponto n.º 5 da Parte 2 do anexo III (Ponderadores de risco) do Aviso n.º 5/2007, de 27 de abril.

*Aviso n.º 7/2011, de 25 de outubro*

Adita a alínea o) ao artigo 5.º do Aviso n.º 6/2010, de 31 de dezembro.

*Aviso n.º 8/2011, de 25 de outubro*

Altera o n.º 4 do artigo único do Aviso n.º 3/2011, de 17 de maio, que determinou o rácio “core tier 1” mínimo.

## **ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES**

### **Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro**

Altera a Lei das Comunicações Eletrónicas, que estabelece o regime jurídico aplicável às redes e serviços conexos e define as competências da Autoridade Reguladora Nacional neste domínio, transpondo as Diretivas n.ºs 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE e 2009/140/CE.

### **Portaria n.º 291-A/2011, de 4 de novembro**

Altera a Portaria n.º 1473-B/2008, de 17 de dezembro, relativa às taxas devidas ao ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM).

## **ERC – ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL**

### **Lei n.º 8/2011, de 11 de abril**

Procede à 1.ª alteração à Lei da Televisão, aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, à 12.ª alteração ao Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, e à 1.ª alteração à Lei n.º 8/2007, de 14 de fevereiro, que procede à reestruturação da concessionária do serviço público de rádio e de televisão, transpondo a Diretiva n.º 2007/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro.

**Resolução da Assembleia da República n.º 139/2011, de 24 de outubro**

Designa quatro membros para o conselho regulador da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social.

**Resolução da Assembleia da República n.º 145/2011, de 8 de novembro**

Designa o fiscal único da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social.

**IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES TERRESTRES****Decreto-Lei n.º 81/2011, de 20 de junho**

Regula elementos e características dos tratores agrícolas ou florestais de rodas, transpõe as Diretivas n.ºs 2010/22/UE e 2010/52/UE, ambas da Comissão, de 15 de Março e de 11 de Agosto, e procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 3/2002, de 4 de Janeiro, e à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 114/2002, de 20 de abril

**Portaria n.º 271/2011, de 23 de setembro**

Define as condições de atribuição do Passe Social+ e os procedimentos relativos à operacionalização do sistema que lhe está associado.

**ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS****ELETRICIDADE****Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho**

Estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade, transpondo a Diretiva n.º 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, que revoga a Diretiva n.º 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, procedendo à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro.

**Lei n.º 44/2011, de 22 de junho**

Procede à quarta alteração à Lei n.º 23/96, de 26 de julho, estabelecendo a obrigatoriedade de discriminação nas faturas elétricas, individualmente, de cada custo referente a medidas de política energética, de sustentabilidade ou de interesse económico geral e o respetivo montante.

**Decreto-Lei n.º 90/2011, de 25 de julho**

Elimina os direitos especiais que o Estado, enquanto acionista, detém na EDP – Energias de Portugal, S. A., na GALP Energia, SGPS, S. A., e na Portugal Telecom, SGPS, S. A.

**Lei n.º 51-A/2011, de 30 de setembro**

Elimina a taxa reduzida de IVA sobre a eletricidade e o gás natural, com a consequente sujeição destes bens à taxa normal.

**Decreto-Lei n.º 102/2011, de 30 de setembro**

Cria o apoio social extraordinário ao consumidor de energia (ASECE). O ASECE é um apoio social correspondente a um desconto no preço de eletricidade e de gás natural de que são beneficiários os clientes finais economicamente vulneráveis.

**Portaria n.º 268/2011, de 16 de setembro**

Prorroga o prazo previsto no n.º 3 do artigo 1.º da Portaria n.º 1308/2010, de 23 de dezembro, até 30 de novembro de 2012, relativa ao regime da interruptibilidade.

**Portaria n.º 275-A/2011, de 30 de setembro**

Fixa a percentagem do apoio social extraordinário ao consumidor de energia a aplicar nas faturas de eletricidade e de gás natural aos clientes finais elegíveis.

**Portaria n.º 275-B/2011, de 30 de setembro**

Estabelece os procedimentos, os modelos e as demais condições necessárias à atribuição, aplicação e manutenção do apoio social extraordinário ao consumidor de energia.

**Portaria n.º 284/2011, de 28 de outubro**

Aprova o valor da redução anual da tarifa de referência à produção de eletricidade, a partir de recursos renováveis, por intermédio de unidades de micro-produção previsto no n.º 5 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 363/2007, de 2 de novembro (alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 118 -A/2011, de 25 de outubro).

**Portaria n.º 286/2011, de 31 de outubro**

Aprova o fator Z para projetos eólicos *offshore* com utilização flutuantes, nos termos do Decreto-Lei n.º 225/2007, de 31 de maio, que define a fórmula de cálculo das tarifas aplicáveis às diversas tecnologias de produção de eletricidade a partir de fontes de energia renovável.

**GÁS NATURAL****Decreto-Lei n.º 77/2011, de 20 de junho**

Estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural, transpondo a Diretiva n.º 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, que revoga a Diretiva n.º 2003/55/CE, procedendo à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 30/2006, de 15 de fevereiro, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de junho.

**Decreto-Lei n.º 87/2011, de 18 de julho**

Estabelece o regime aplicável ao reconhecimento e transmissão dos ajustamentos tarifários regulares devidos às entidades reguladas do sector do gás natural.

**Decreto-Lei n.º 101/2011, de 30 de setembro**

Estabelece a criação da tarifa social de fornecimento de gás natural a aplicar a clientes finais economicamente vulneráveis.

**ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS****Lei n.º 55/2011, de 15 de novembro**

Procede à terceira alteração à Lei n.º 53-F/2006, de 29 de dezembro, que estabelece o regime jurídico do sector empresarial local, e suspende a possibilidade de criação de novas empresas.

**Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de junho**

Procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, transpõe a Diretiva n.º 2008/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro, relativa aos resíduos, e procede à alteração de diversos regimes jurídicos na área dos resíduos.

**Decreto-Lei n.º 83/2011, de 20 de Junho**

Estabelece especificações técnicas para a análise e monitorização dos parâmetros químicos e físico-químicos caracterizadores do estado das massas de água superficiais e subterrâneas e procede à transposição da Diretiva n.º 2009/90/CE, da Comissão, de 31 de julho.

**Decreto-Lei n.º 84/2011, de 20 de junho**

Procede à simplificação dos regimes jurídicos da deposição de resíduos em aterro, da produção cartográfica e do licenciamento do exercício das atividades de pesquisa e captação de águas subterrâneas, conformando-os com o Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, relativa aos serviços no mercado interno.

**Portaria n.º 269/2011, de 19 de setembro**

Procede à normalização da informação previsional a prestar ao concedente, através do membro do Governo responsável pela área do ambiente, na qualidade de representante do Estado, e à Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, I.P., no âmbito do processo de apreciação das propostas de orçamento e projeto tarifário das entidades gestoras de sistemas de titularidade estatal, para efeitos de revisão tarifária periódica ou extraordinária.

**ERS – ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE**

**Decreto-Lei n.º 67/2011, de 2 de junho**

Extingue o Centro Hospitalar do Nordeste, E. P. E., e o Agrupamento dos Centros de Saúde do Alto Trás-os-Montes I – Nordeste, cria a Unidade Local de Saúde do Nordeste, E. P. E., e aprova os respetivos estatutos.

**Portaria n.º 220/2011, de 1 de junho**

Fixa os preços dos cuidados de saúde e de apoio social prestados nas unidades de internamento e ambulatório da RNCCI a praticar no ano de 2011.

**Portaria n.º 296/2011, de 16 de novembro**

Extingue o Centro Hospitalar de Cascais, sendo objeto de fusão com a Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, I. P.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

*Comentário de Jurisprudência da União Europeia*

*Jurisprudência Geral*





# COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 4 DE OUTUBRO DE 2011, NOS PROCESSOS C-403/08 E C-429/08, *MURPHY FOOTBALL ASSOCIATION PREMIER LEAGUE LTD E O./QC LEISURE E O. E KAREN MURPHY / MEDIA PROTECTION SERVICES LTD*

*Nuno Cunha Rodrigues\**

## 1. ENQUADRAMENTO GERAL

O acórdão em análise foi proferido no dia 4 de outubro de 2011, desencadeando um número elevado de reações na comunicação social.

Estavam em causa dois processos juntos relacionados com a utilização de decodificadores de televisão que permitiam aceder à transmissão ao vivo de jogos de futebol da Primeira Liga inglesa (“English Premier League”).

Refram-se, de forma sucinta, os factos que deram origem ao acórdão.

A Associação de Futebol Inglesa (“Football Association Premier League Ltd – FAPL”) detém, em Inglaterra, os direitos exclusivos para filmar e transmitir jogos de futebol.

A referida associação concede, sob licença, os direitos de difusão, em direto, com uma base territorial e por períodos de três anos (cfr. parágrafo 32 do acórdão).

O acórdão explica, nos parágrafos 33 a 35, de que forma são concedidos os direitos de transmissão:

---

\* Mestre em Direito. Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa.

*“Estes direitos são assim atribuídos aos organismos de radiodifusão televisiva por um processo de concurso público que se inicia pelo convite à apresentação de propostas pelos concorrentes a nível mundial, regional ou zona a zona.*

*A procura determina a base territorial em que a FAPL venderá os seus direitos internacionais.*

*Contudo, em princípio, essa base é nacional, visto que a procura de direitos mundiais ou pan-europeus por parte dos concorrentes é limitada, uma vez que os organismos de radiodifusão funcionam habitualmente numa base territorial e fornecem o mercado interno, seja no seu próprio país seja num pequeno grupo de países limítrofes com uma língua comum.*

*Quando um concorrente ganha um conjunto de direitos de difusão em directo dos jogos da «Premier League» para uma zona, adquire o direito exclusivo de os radiodifundir nessa zona.*

*Tal é necessário, segundo a FAPL, para obter o valor comercial óptimo pelo conjunto desses direitos, e os organismos de radiodifusão estão dispostos a pagar um suplemento para adquirirem essa exclusividade, pois esta permite-lhes distinguir os seus serviços dos que são prestados pelos seus concorrentes e aumentar assim a sua capacidade de gerar receitas.*

*Para proteger a exclusividade territorial de todos os organismos de radiodifusão, cada um deles compromete-se, no acordo de licença que celebra com a FAPL, a impedir o público de receber as suas emissões fora da zona para a qual é titular da licença.*

*Isto implica, por um lado, que cada organismo proceda de modo a que todas as suas emissões que possam ser captadas fora desse território – designadamente as emissões por satélite – sejam codificadas com toda a segurança e não possam ser captadas sob uma forma não codificada.*

*Por outro lado, os organismos de radiodifusão devem assegurar-se de que não é autorizado nenhum dispositivo que permita a quem quer que seja visionar as suas transmissões fora do território em causa.*

*Por conseguinte, estes organismos são proibidos de fornecer dispositivos de descodificação que permitam descodificar as suas emissões com vista a uma utilização fora do território para o qual são detentores da licença.”*

O primeiro processo – C-403/08 – relacionava-se com o pedido de indemnização suscitado pela FAPL contra os fornecedores, gregos, de descodificadores a bares, em Inglaterra.

No segundo – C-429/08 – estava em causa o procedimento criminal contra o proprietário de um bar, em Inglaterra, que tinha sido multado em 8.000

libras por usar um decodificador grego para exibir jogos da Primeira Liga Inglesa.

Em ambos os processos, a FAPL alegou a violação dos seus direitos protegidos pelo artigo 298.º da lei inglesa sobre direitos de autor, modelos e patentes, em resultado de transações comerciais e, no segundo processo, por detenção, para fins comerciais, de dispositivos de decodificação estrangeiros concebidos ou adaptados para permitir o acesso aos serviços da FAPL sem autorização.

Os réus, no segundo processo principal, eram ainda acusados de terem violado os direitos de autor, ao criarem cópias das obras, no mecanismo interno dos decodificadores por satélite, e ao exibirem obras no ecrã, bem como ao executarem, difundirem ou exibirem as obras em público ou comunicando-as ao público (cfr. parágrafo 47).

Os dois processos suscitaram amplo interesse logo na fase escrita.

Por um lado, a França, Itália e o Reino Unido aderiram à posição da FAPL, procurando demonstrar a legalidade da atribuição de direitos territoriais exclusivos de distribuição de sinal televisivo.

Por outro lado, a Comissão Europeia e o órgão de fiscalização da EFTA colocaram-se ao lado daqueles que defendiam que a atribuição dos direitos representavam uma restrição injustificada do mercado interno.

O Tribunal apreciou os factos à luz das seguintes perspetivas: i) propriedade intelectual; ii) funcionamento do mercado interno e iii) direito da concorrência.

Vejamos a primeira:

No acórdão, o Tribunal começou por interpretar o conceito de «dispositivo ilícito» constante do artigo 2.º, alínea e) da Diretiva acesso condicional,<sup>1</sup> tendo concluído que, na aceção do artigo 2.º, alínea e), da Diretiva, esta não abrange nem os dispositivos de decodificação estrangeiros, nem os obtidos ou ativados mediante a indicação de um nome e de uma morada falsos, nem os que são utilizados em violação de uma limitação contratual de utilização para fins exclusivamente privados (cfr. parágrafo 67 do acórdão).

Colocava-se igualmente a questão de saber qual a interpretação a dar ao artigo 3.º, n.º 2, da diretiva. O Tribunal concluiu que esta não obsta a uma legislação nacional que impede a utilização de dispositivos de decodificação

---

1 Diretiva 98/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro de 1998, relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional in JO L 320, p. 54.

estrangeiros, incluindo os obtidos ou ativados mediante a indicação de um nome e de uma morada falsos ou os utilizados em violação de uma limitação contratual de utilização exclusivamente para fins privados, uma vez que essa legislação não é abrangida pelo domínio coordenado por esta diretiva (cfr. parágrafo 74 do acórdão).

Veremos, adiante, a interpretação que o Tribunal faz do conceito de “comunicação ao público” relativamente à transmissão de jogos em ordem a merecerem a proteção como direitos de autor.

## 2. A VIOLAÇÃO DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE SERVIÇOS

O Tribunal foi igualmente questionado sobre se os artigos 34.º, 36.º e 56.º do TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação de um Estado-Membro que torna ilícitas a importação, a venda e a utilização, nesse Estado, de dispositivos de descodificação estrangeiros que permitem o acesso a um serviço codificado de radiodifusão por satélite proveniente de outro Estado-Membro e que inclui objetos protegidos pela legislação desse primeiro Estado.

Entramos aqui num dos aspetos mais relevantes do acórdão.

Depois de referir que a legislação em causa visa primordialmente a livre prestação de serviços, sendo o aspeto de livre circulação de mercadorias puramente secundário relativamente à livre prestação de serviços (cfr. parágrafo 83), o Tribunal concluiu que a legislação constituía uma restrição à livre prestação de serviços proibida pelo artigo 56.º TFUE, a não ser que pudesse ser objetivamente justificada, nomeadamente com base em razões imperativas de interesse geral que consistiam na proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Justamente neste ponto, o Tribunal começa por afirmar que os eventos desportivos não podem ser considerados como criações intelectuais qualificáveis como obras na aceção da Diretiva direitos de autor<sup>2</sup> uma vez que são enquadrados por regras que não deixam margem para qualquer liberdade criativa, na aceção do direito de autor.

Por conseguinte, os jogos de futebol não podem ser protegidos a título de direito de autor (cfr. parágrafos 98 e 99).

---

2 Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação (in JO L 167, p. 10).

Porém, na parte final do acórdão, o Tribunal expende que a transmissão de jogos envolve certos aspetos que merecem a proteção como direitos de autor (*in casu*, a sequência vídeo de abertura, o hino da «Premier League», as sequências pré-filmadas que mostram os momentos mais marcantes dos jogos recentes da «Premier League» ou diversos grafismos – cfr. parágrafo 149).

A deteção destes domínios como objeto de proteção pelos direitos de autor pressupõe a existência de “comunicação ao público”, na transmissão de jogos de futebol em bares. Nestes casos, será necessário obter o consentimento do autor para a emissão, o que deve ser concretizado pelo direito nacional.

O Tribunal considera ainda a possibilidade de ser concedida proteção legal nacional a eventos desportivos, na medida em que o direito da União não se opõe, em princípio, a essa proteção. Aqui, o Tribunal pondera que essa legislação pode justificar uma restrição à livre circulação de serviços, como a que estava em causa nos processos principais, desde que a restrição não vá para além do que é necessário para atingir os objetivos em causa (cfr. parágrafos 104 e 105).

São invocados dois fundamentos para a restrição que consiste em proibir a utilização dos dispositivos de descodificação estrangeiros:

- i) Proteção dos direitos da propriedade intelectual;
- ii) Objetivo de encorajar a presença do público nos estádios de futebol;

Para o Tribunal, ambas as restrições à liberdade de circulação de serviços eram excessivas face aos objetivos em causa.

Em particular relativamente à proteção dos direitos de propriedade intelectual, o Tribunal entendeu que o suplemento pago aos titulares dos direitos a fim de garantir uma exclusividade territorial absoluta levava à existência de diferenças artificiais de preços entre os mercados nacionais compartimentados pelo que o pagamento desse suplemento ia para além do necessário para assegurar a estes titulares uma remuneração adequada.

### 3. A VIOLAÇÃO DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

Os factos invocados em ambos os processos foram também analisados à luz do Direito Europeu da Concorrência, retomando as conclusões apresentadas pela advogada-geral Kokott que, registre-se, foram na quase totalidade acolhidas pelo Tribunal.

Assim, procurava-se saber se as cláusulas de um contrato de licença exclusiva entre um titular de direitos de propriedade intelectual e um organismo de radiodifusão constituíam uma restrição proibida pelo artigo 101.º, n.º 1 do

TFUE, uma vez que impunham a obrigação de não fornecer dispositivos de descodificação fora do território abrangido pelo contrato de licença em causa (cfr. parágrafo 134 do acórdão).

O Tribunal recordou que um acordo que pretende reconstituir a compartimentação dos mercados nacionais, no comércio entre os Estados-Membros, pode contrariar o objetivo do Tratado de realizar a integração dos mercados nacionais através do estabelecimento de um mercado único.

Neste contexto, o Tribunal retomou a clássica distinção entre restrições à concorrência pelo objeto e pelo efeito.

Segundo o Tribunal, os acordos destinados a compartimentar os mercados nacionais segundo as fronteiras nacionais ou a tornar mais difícil a interpenetração dos mercados nacionais devem ser considerados, em princípio, como acordos que têm por objeto restringir a concorrência, na aceção do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, concluindo-se que, quando um contrato de licença visa proibir ou limitar a prestação transfronteiriça de serviços de radiodifusão, se tem de presumir que o mesmo tem por objeto restringir a concorrência, a menos que outras circunstâncias do seu contexto económico e jurídico permitam concluir que esse contrato não é suscetível de afetar a concorrência.

Dado que as cláusulas dos contratos de licença exclusiva têm um objeto anticoncorrencial, haveria que entender que constituem uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101.º, n.º 1 do TFUE (cfr. parágrafos 139, 140 e 144 do acórdão).

O Tribunal concluiu ainda, de forma extremamente sucinta, no parágrafo 145, pela não verificação das condições do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, uma vez que as cláusulas de contratos de licença não são conformes com os requisitos estabelecidos nesse número pelos motivos indicados nos parágrafos 105 a 124 na esteira do entendimento da advogada-geral Kokott.

Nas conclusões, a advogada-geral tinha admitido que se podem aplicar considerações semelhantes à questão de saber se é justificada uma restrição da livre prestação de serviços, no tocante à apreciação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE (cfr. parágrafo 250 das conclusões).

#### 4. CONCLUSÃO

Para alguns, este acórdão significou o fim dos acordos de exclusividade territorial para a emissão de jogos de futebol.

O que é um pouco excessivo face à economia do acórdão.

Desde logo, porque o Tribunal reconhece a existência de direitos de autor da FAPL, para efeitos de qualificação como “comunicação ao público”, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva direitos de autor, que devem ser licenciados podendo, por conseguinte, ser remunerados e inviabilizando uma pretensa *liberalização* da venda de descodificadores de emissão de televisão na União Europeia.

Acresce que o acórdão apenas questiona a proteção territorial exclusiva prevista nos acordos com os retransmissores, não estando em causa a atribuição *per se* de licenças exclusivas nem a legalidade da definição de direitos exclusivos de transmissão televisiva fora da União Europeia, como se afirma no parágrafo 141.

Os processos apenas tinham por objeto as obrigações acessórias que visam garantir a observância das cláusulas de limitação territorial previstas nos contratos celebrados entre os titulares dos direitos e os organismos de radiodifusão, ou seja, a obrigação desses organismos não fornecerem dispositivos de descodificação que permitam o acesso aos objetos protegidos com vista à sua utilização fora do território abrangido pelo contrato de licença.

Não obstante, esta jurisprudência é decisiva quanto à apreciação futura de acordos de propriedade intelectual que limitem o âmbito territorial.

Desde logo, porque o Tribunal afirma que a diferença artificial de preços que frequentemente resulta deste tipo de acordos é inconciliável com o objetivo essencial do Tratado – a realização do mercado interno. Nessa medida, os acordos revelam-se incompatíveis com o TFUE.

Para alguns – como a advogada-geral Kokott<sup>3</sup> –, esta asserção poderá conduzir a que, no futuro, certos Estados-Membros fiquem excluídos do fornecimento deste tipo de serviços, pela menor atratividade dos respetivos mercados comparativamente com outros Estados ou, de forma equivalente, a que

---

3 Cfr. parágrafos 201 e 202 das conclusões: “201. Ainda se poderia opor à referida solução que esta poderia dificultar o acesso à transmissão de jogos de futebol. Se a FAPL não consegue impedir a utilização de cartões descodificadores mais baratos provenientes de outros Estados-Membros, não é de excluir que, de futuro, apenas vá oferecer os direitos de transmissão no mercado mais lucrativo da União Europeia, o Reino Unido, ou então apenas disponibilizar a oferta noutros mercados na condição de obter preços semelhantes aos cobrados no Reino Unido. Neste caso, seria mais difícil obter acesso às transmissões em Estados-Membros como a Grécia.

202. Tratar-se-ia, no entanto, de uma decisão económica que compete ao titular dos direitos. Esta decisão irá, em última instância, depender da forma como este consegue explorar melhor os seus direitos. Neste âmbito, poderia desempenhar um papel decisivo a questão de saber se existe a possibilidade de desenvolver modelos de distribuição alternativos, tal como é exigido pela Comissão, ou se uma restrição dos comentários a determinadas versões linguísticas consegue produzir uma delimitação prática dos mercados suficientemente eficaz, de forma a ser possível continuar a fornecer os diferentes mercados

os preços fixados e harmonizados, em termos de exigência de funcionamento do mercado interno, sejam, para consumidores de Estados com menor capacidade de compra, exorbitantes.

Por outro lado, o acórdão atende apenas à circunstância de se verificar uma proibição ou limitação da prestação transfronteiriça de serviços de radiodifusão – o que determina uma restrição da concorrência pelo objeto na ótica do Tribunal – sem curar de indagar outras circunstâncias do seu contexto económico e jurídico que permitissem concluir que esse contrato não é suscetível de afetar a concorrência, o que seria importante na perspetiva de reforçar a argumentação do Tribunal no tocante à violação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE (cfr. parágrafo 140).

Note-se que este entendimento do Tribunal secunda ampla jurisprudência anterior – nomeadamente referente a acordos de distribuição e de aquisição exclusivos<sup>4</sup> – de harmonia com a qual a verificação da nocividade de cláusulas contratuais relativamente à concorrência permite dispensar a análise dos efeitos do acordo.

Todavia, não deixa de ser curioso verificar que o Tribunal reconhece que, relativamente a contratos de licença de direitos de propriedade intelectual, resulta da sua jurisprudência que o simples facto de o titular dos direitos ter concedido a um só concessionário o direito exclusivo de radiodifundir um objeto protegido a partir de um Estado-Membro e, portanto, de ter proibido a sua difusão por terceiros, durante um período determinado, não chega para se concluir que esse acordo tem um objeto anticoncorrencial (cfr. parágrafo 137).

O Tribunal parece ter, neste contexto, uma posição relativamente ambígua quanto à afetação da concorrência pelo objeto que é suficiente para não encerrar definitivamente a viabilidade de acordos semelhantes aos que estavam em causa no acórdão – afastando-se aqui ligeiramente da posição preconizada pela advogada-geral Kokott.

Por outras palavras, apesar do Tribunal ter considerado que, *in casu*, as restrições às liberdades de circulação não eram justificadas e que o acordo violava o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, não ficou vedada a possibilidade de, no futuro, à luz de outros acordos de exclusividade territorial noutros sectores – *verbi gratia* música, filmes ou livros, como reconhece a advogada-geral Kokott no parágrafo 186 das suas conclusões –, serem invocáveis outras restrições às

---

4 Recorde-se aqui, *inter alia*, o acórdão do TJUE Societe Technique Miniere, proc. C-56/65, de 30.06.1966.



liberdades de circulação apuradas casuisticamente, conformes ao Tratado e de, simultaneamente, os mesmos acordos poderem ser justificados de harmonia com o artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, caso não estejam já abrangidos por um Regulamento de isenção por categoria.

Em síntese, o acórdão não termina com acordos de distribuição de sinais de jogos de televisão, nem com a remuneração que lhes está associada, sendo previsível que, no futuro, se verifique o abandono das cláusulas que impedem a venda de descodificadores a entidades estrangeiras passando estes acordos a ter uma dimensão pan-europeia – eventualmente seletiva no contexto de todos Estados-Membros – e a remuneração a ser determinada a partir de uma perspetiva associada à defesa dos direitos de propriedade intelectual que parte do conceito de “comunicação ao público” e dos direitos de autor que lhe estão associados.

No fundo, o acórdão procurou conciliar a proteção da propriedade intelectual com a defesa do mercado interno.

Ora, é justamente a partir deste efeito de concordância prática que a FAPL ainda dispõe de ampla margem para, com base na proteção dos direitos de propriedade intelectual (e do conceito de “comunicação ao público”), garantir a subsistência dos (atuais) contratos, uma vez expurgada a cláusula que limita territorialmente a possibilidade de venda de descodificadores.



# JURISPRUDÊNCIA GERAL

## JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JULHO A NOVEMBRO DE 2011

*elaborado por André Forte*

**Acórdão** do Tribunal Constitucional (3.<sup>a</sup> Secção) de 12.7.2011, proferido no âmbito do Processo n.º 619/10 (recurso de acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – contraordenação).

**Recorrente:** *Rebosado – Reboques do Sado, Lda.*

**Sumário:** nega provimento ao recurso, decidindo não julgar inconstitucional a dimensão normativa, reportada aos artigos 43.º, n.º 1, alínea *a*) e 46.º, ambos da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, no sentido de, para efeitos de determinação do limite máximo da moldura abstrata da coima, se dever entender a referência feita a “*volume de negócios do último ano*” como significando aquele ano em que cessou a prática ilícita.

**Normas relevantes:** arts. 43.º, n.º 1, al. *a*) e 46.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e art. 13.º da CRP.

**Acórdão** do Tribunal Constitucional (2.<sup>a</sup> Secção) de 14.7.2011, proferido no âmbito do Processo n.º 366/11 (reclamação de decisão sumária do Tribunal Constitucional – contraordenação).

**Recorrentes:** *Abbott – Laboratórios, Lda.* e *Menarini Diagnósticos, Lda.*

**Sumário:** decide indeferir as reclamações apresentadas da decisão sumária proferida nos Autos a 9 de junho de 2011, confirmando a decisão reclamada.

**Normas relevantes:** art. 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro; arts. 4.º, n.º 1, 17.º, 18.º, 24.º, 25.º, 26.º, 43.º e 52.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 41.º, n.º 1, e 72.º-A, n.º 1 do RGIMOS; arts. 129.º, n.º 1, 358.º, 359.º, 375.º, n.º 1, 379.º, n.º 1, als. *a*) e *c*), 409.º, n.º 1, 412.º, n.º 5, 417.º, n.º 3, 424.º e 425.º do CPP; art. 670.º do CPC; arts. 10.º, 13.º, 18.º,

29.º, n.ºs 1, 3 e 4, arts. 32.º, n.ºs 2, 5 e 10, e 205.º da CRP e art. 70.º, n.º 2, al. b) da Lei do Tribunal Constitucional.

**Sentença** do Tribunal de Comércio de Lisboa (4.º Juízo) de 12.9.2011, proferida no âmbito do Processo n.º 199/11.0TYLSB (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contraordenação).

**Recorrentes:** *Baxter – Médico Farmacêutica, Lda.* e *Glintt – Business Solutions, Lda.*

**Sumário:** julga parcialmente procedentes os recursos interpostos pelas arguidas, condenando-as i) pela prática em coautoria material de uma contraordenação prevista e punida pelos artigos 4.º, n.º 1, e 43.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, nas seguintes coimas: Baxter – Médico Farmacêutica, Lda., na coima de cem mil euros; Glintt – Business Solutions, Lda., na coima de trezentos mil euros; e, adicionalmente, ii) a proceder, a expensas suas, à publicação num jornal de circulação nacional e no Diário da República, II Série, de um extrato da decisão, do qual constem os fundamentos de facto e de direito que levaram à sua condenação e que o Tribunal delimitará após o trânsito em julgado da decisão; e iii) nas custas do processo.

**Normas relevantes:** arts. 4.º, 5.º, 19.º, 22.º, 43.º, 44.º e 45.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 58.º, 70.º e 93.º do RGIMOS e art. 101.º do TFUE.

**Sentença** do Tribunal de Comércio de Lisboa (1.º Juízo) de 4.10.2011, proferida no âmbito do Processo n.º 1391/09.3TYLSB (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contraordenação).

**Recorrentes:** *Portugal Telecom SGPS, S.A.*, *PT Comunicações, S.A.*, *ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A.* e *ZON – TV Cabo Portugal, S.A.*

**Sumário:** declara extinto, por efeito de prescrição, o procedimento contraordenacional.

**Normas relevantes:** art. 48.º, n.ºs 1, alínea b), e 3 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e arts. 27.º e 28.º do RGIMOS.

**Acórdão** do Tribunal Constitucional (2.ª Secção) de 11.10.2011, proferido no âmbito do Processo n.º 366/11 (recurso de acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – contraordenação).

**Recorrente:** *Abbott – Laboratórios, Lda.*

**Sumário:** decide julgar improcedentes os recursos apresentados, julgando não inconstitucional i) a interpretação normativa que resulta da conjugação dos artigos 17.º, n.º 1, alínea *a*), 18.º e 43.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, no sentido de obrigar o arguido, em processo contraordenacional, a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, informações e documentos à Autoridade da Concorrência; ii) a norma que resulta da interpretação do artigo 51.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, bem como da interpretação dos artigos 311.º, n.º 1, e 312.º, n.º 1 do CPP, em conjugação com o artigo 41.º do RGIMOS e artigo 51.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, segundo a qual o arguido em processo de contraordenação não tem de ser notificado das contra-alegações da Autoridade da Concorrência e não pode responder a essas mesmas contra-alegações. Decide, adicionalmente, condenar a recorrente no pagamento das custas.

**Normas relevantes:** arts. 17.º, 18.º, 42.º, 43.º e 51.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 1.º e 41.º do RGIMOS; art. 33.º do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de agosto; arts. 311.º, 312.º, 360.º e 361.º do CPP; arts. 1.º, 2.º, 18.º, 20.º, 25.º, 26.º, 32.º, n.ºs 1, 2, 5, 8 e 10, arts. 61.º e 81.º, alínea *f*) da CRP e art. 70.º da Lei do Tribunal Constitucional.

**Acórdão** do Tribunal Constitucional (2.ª Secção) de 9.11.2011, proferido no âmbito do Processo n.º 366/11 (reclamação de acórdão do Tribunal Constitucional).

**Recorrente:** *Abbott – Laboratórios, Lda.*

**Sumário:** decide julgar improcedente a arguição do vício de nulidade invocado pela recorrente, condenando-a no pagamento das custas.

**Normas relevantes:** art. 51.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 62.º do RGIMOS; arts. 129.º, n.º 1, 358.º, 359.º, 375.º, n.º 1, 379.º, n.º 1, als. *a*) e *c*), 409.º, n.º 1, 412.º, n.º 5, 417.º, n.º 3, 424.º e 417.º, n.º 2 do CPP; art. 3.º, n.º 3, do CPC; art. 20.º, n.ºs 1 e 4 da CRP; arts. 69.º, 70.º, 72.º, n.º 2, e 79.º da Lei do Tribunal Constitucional e art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

**Decisão** do Tribunal da Relação de Lisboa (5.º Juízo) de 15.11.2011, proferida no âmbito do Processo n.º 938/10.7TYLSB.L1 (recurso de sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa – contraordenação).

**Recorrente:** Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas.

**Sumário:** Coloca ao Tribunal de Justiça da União Europeia quatro questões prejudiciais (reenvio obrigatório).

**Normas relevantes:** arts. 101.º, n.º 1, e 267.º do TFUE.

**Sentença** do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo) de 16.11.2011, proferida no âmbito do Processo n.º 460/08.1TYLSB (recurso de decisão interlocutória da Autoridade da Concorrência).

**Recorrentes:** *Portugal Telecom SGPS, S.A., PT Comunicações, S.A., PT.COM Comunicações Interactivas, S.A., ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. e CATVP – TV Cabo Portugal, S.A.*

**Sumário:** declara extinta a instância de recurso por inutilidade superveniente da lide.

**Normas relevantes:** art. 22.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 41.º, 55.º, 59.º e 64.º do RGIMOS e art. 287.º, alínea e) do CPC.

**Acórdão** do Tribunal Constitucional (2.ª Secção) de 25.11.2011, proferido no âmbito do Processo n.º 366-A/11 (reclamação de despacho da Juíza Relatora).

**Recorrente:** *Menarini Diagnósticos, Lda.*

**Sumário:** determina i) após extração de traslado dos autos e contado o processo, a remessa dos autos ao tribunal recorrido, a fim de prosseguirem os seus termos; ii) que só seja dado seguimento no traslado ao incidente de arguição de nulidades já deduzido e de outros requerimentos que a Recorrente venha a apresentar, depois de pagas as custas da sua responsabilidade.

**Normas relevantes:** art. 3.º, n.º 3, 668.º, n.º 3, e 720.º do CPC; arts. 69.º, 74.º, n.º 3, 78.º-A, n.º 3, 78.º-B, n.º 2, e 84.º, n.º 8 da Lei do Tribunal Constitucional.

**Acórdão** do Tribunal Constitucional (2.ª Secção) de 30.11.2011, proferido no âmbito do Processo n.º 366-B/11 (reclamação de acórdão do Tribunal Constitucional).

**Recorrente:** *Abbott – Laboratórios, Lda.*

**Sumário:** determina i) após extração de traslado dos autos e contado o processo, a remessa dos autos ao tribunal recorrido, a fim de prosseguirem os seus termos; ii) que só seja dado seguimento no traslado ao incidente de arguição de nulidades já deduzido e de outros requerimentos que a Recorrente venha a apresentar, depois de pagas as custas da sua responsabilidade.

**Normas relevantes:** arts. 201.º, n.º 1, e 720.º do CPC; arts. 69.º e 84.º, n.º 8 da Lei do Tribunal Constitucional.

## JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO — JULHO A NOVEMBRO DE 2011

*elaborado por José Renato Gonçalves*

### VALORES MOBILIÁRIOS

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa, 9.<sup>a</sup> Secção, de 30 de junho de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 5176/07.3 TFLSB.L7, da 3.<sup>a</sup> Secção do 2.º Juízo do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, no qual fora julgada parcialmente provada a acusação e a arguida condenada ao pagamento de uma coima única de 50 000 euros, por cúmulo jurídico, pela prática de dez contraordenações previstas e punidas pelo CVM. O acórdão anula a decisão recorrida e determina o reenvio do processo para novo julgamento, por contradição insanável na fundamentação, que inquina a decisão de imputar a título negligente a prática das condutas ilícitas.

**Arguida:** *Intermoney Portugal – Sociedade Financeira de Corretagem, S. A.* (anterior *Crédito Agrícola Dealer – Sociedade Financeira de Corretagem, S. A.*).

**Recorrentes:** *Ministério Público* e *CMVM*.

**Tipo de ilícito:** violação de deveres dos intermediários financeiros.

**Decisão:** anulada a sentença recorrida e determinado o reenvio do processo para novo julgamento, por contradição insanável na fundamentação, a qual inquina a decisão de imputar a título negligente a prática das condutas ilícitas.

**Normas relevantes:** arts. 306.º, n.ºs 1 e 4, 388.º, n.º 1, al. *a*), 389.º, n.º 1, al. *b*) e 398.º, al. *b*) do CVM, arts. 8.º, 17.º e 19.º do RGCO e art. 15.º do CP.

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa, 3.<sup>a</sup> Secção, de 6 de julho de 2011, proferido no âmbito do Processo n.º 1485/08.2 TFLSB.L1, do Tribunal de

Pequena Instância Criminal de Lisboa, no qual fora impugnada a decisão da CMVM que condenara a arguida ao pagamento de uma coima de 30 mil euros pela prática de contraordenação prevista e punida pelos arts. 248.º, n.ºs 1, al. *a*) e 2, 388.º, n.ºs 1, al. *a*) e 3 e 394.º, n.º 1, al. *i*) do CVM e 17.º, n.º 4 do RGCO, por violação dos deveres de comunicação de informação (descoberta de petróleo).

**Arguida / recorrente:** *Galp Energia – S. G. P. S., S. A.*

**Tipo de ilícito:** violação dos deveres de comunicação de informação.

**Decisão:** negado provimento ao recurso e confirmada integralmente a sentença condenatória.

**Normas relevantes:** arts. 29.º e 32.º da Constituição, arts. 248.º, n.º 1, al. *a*) e 2, 248.º-A, 388.º, n.º 1, al. *a*) e 3, 394.º, n.º 1, al. *i*) e 423.º do CVM, arts. 374.º e 379.º do CPP e arts. 1.º, 2.º, 8.º, 17.º, n.º 4, 58.º e 59.º do RGCO.

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa, 1.ª Secção criminal, de 28 de setembro de 2011, proferido no âmbito do Processo n.º 962/08.0 TFLSB. L1, do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 1.ª Secção do 2.º Juízo, no qual fora impugnada a decisão da CMVM que condenara a arguida ao pagamento de uma coima única de 25 mil euros pela prática, em concurso efetivo real heterogéneo, de três contraordenações previstas e punidas pelos artigos 113.º, n.º 1, 114.º, n.º 1, 393.º, n.ºs 1, al. *a*) e 3, al. *a*) e 388.º, n.º 1, als. *a*) e *b*) do CVM e 1.º, n.º 1 do Regulamento da CMVM n.º 4/2004, em conjugação com os arts. 400.º, al. *a*) e 388.º, n.º 1, al. *c*) do CVM (por violação a título doloso dos deveres de aprovação prévia do prospeto em oferta pública, de recorrer a intermediário financeiro em oferta pública e de divulgação da deliberação de aumento de capital).

**Arguida / recorrente:** *Construtora do Tâmega, S. G. P. S., S. A.*

**Tipo de ilícito:** violação dos deveres de aprovação prévia do prospeto e de recurso a intermediário financeiro em oferta pública e do dever de divulgação da deliberação de aumento de capital.

**Decisão:** negado provimento ao recurso e confirmada integralmente a sentença condenatória.

**Normas relevantes:** arts. 113.º, n.º 1, 114.º, n.º 1, 393.º, n.ºs 1, al. *a*) e 3, al. *a*) e 388.º, n.º 1, als. *a*) e *b*) do CVM e 1.º, n.º 1 do Regulamento da CMVM n.º 4/2004, em conjugação com os arts. 400.º, al. *a*) e 388.º, n.º 1, al. *c*) do CVM.



**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa, 5.<sup>a</sup> Secção, de 25 de Outubro de 2011, proferido no âmbito do Processo n.º 464/09.7 TF LSB.L1, do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 3.<sup>a</sup> Secção do 2.º Juízo, que julgara parcialmente procedente a acusação anterior da CMVM e condenara a arguida ao pagamento de uma coima no valor de 35 mil euros pela prática, a título negligente (e não a título doloso), de uma contraordenação prevista e punida pelos artigos 248.º, n.ºs 1, al. *a*) e 2, 388.º, n.ºs 1, al. *a*) e 3, 394.º, n.º 1, al. *i*), 401.º e 402.º do CVM, em conjugação com o art. 17.º, n.º 4 do RGCO, por violação do dever de divulgação de informação.

**Arguida / recorrente:** *Galp Energia – S. G. P. S., S. A.*

**Tipo de ilícito:** violação dos deveres de comunicação de informação.

**Decisão:** negado provimento ao recurso e confirmada a sentença recorrida.

**Normas relevantes:** arts. 248.º, n.ºs 1, al. *a*) e 2, 388.º, n.º 1, al. *a*) e 3, 394.º, n.º 1, al. *i*), 401.º e 402.º do CVM, em conjugação com o art. 17.º, n.º 4 do RGCO.



## JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – JULHO A NOVEMBRO DE 2011

*elaborado por Fernando Pereira Ricardo*

### **Abusos de posição dominante**

Acórdão do Tribunal Geral de 24.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-296/09.

Partes: *European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM)* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25.10.2011, proferido no âmbito do Processo C-109/10 P.

Partes: *Solvay* / Comissão.

### **Acordos, decisões de empresas e práticas concertadas**

Acórdão do Tribunal Geral de 30.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-208/06.

Partes: *Quinn Barlo e o.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-79/06.

Partes: *Sachsa Verpackung* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-78/06.

Partes: *Armando Álvarez* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-76/06.

Partes: *Plásticos Españoles (ASPLA)* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-72/06.

Partes: *Groupe Gascogne* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-68/06.

Partes: *Stempher e o.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-59/06.

Partes: *Low & Bonar e o.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-55/06.

Partes: *RKW* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-54/06.

Partes: *Kendrion* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-51/06.

Partes: *Fardem Packaging* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25.10.2011, proferido no âmbito do Processo C-110/10 P.

Partes: *Solvay* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 25.10.2011, proferido no âmbito do Processo T-349/08.

Partes: *Uralita* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 25.10.2011, proferido no âmbito do Processo T-348/08.

Partes: *Aragonesas Industrias y Energía* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.10.2011, proferido no âmbito do Processo C-439/09.

Partes: *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.10.2011, proferido no âmbito do Processo T-41/05.

Partes: *Alliance One International* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.10.2011, proferido no âmbito do Processo T-38/05.

Partes: *Agroexpansión* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 05.10.2011, proferido no âmbito do Processo T-39/06.

Partes: *Transcatab* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 05.10.2011, proferido no âmbito do Processo T-19/06.

Partes: *Mindo* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 05.10.2011, proferido no âmbito do Processo T-11/06.

Partes: *Romana Tabacchi* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 04.10.2011, proferido no âmbito dos Processos C-403/08 e C-429/08.

Partes: *Football Association Premier League* e o. / *QC Leisure* e o. (C-403/08) e *Karen Murphy* / *Media Protection Services Ltd* (C-429/08).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.09.2011, proferido no âmbito do Processo C-521/09 P.

Partes: *Elf Aquitaine* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.09.2011, proferido no âmbito do Processo C-520/09 P.

Partes: *Arkema* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15.09.2011, proferido no âmbito do Processo T-234/07.

Partes: *Koninklijke Grolsch* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15.09.2011, proferido no âmbito do Processo T-216/06.

Partes: *Lucite International e Lucite International UK* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 09.09.2011, proferido no âmbito do Processo T-25/06.

Partes: *Alliance One International* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 09.09.2011, proferido no âmbito do Processo T-12/06.

Partes: *Deltafina* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-190/06.

Partes: *Total e Elf Aquitaine* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-189/06.

Partes: *Arkema France* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-151/07.

Partes: *Kone e o.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.07.2011, proferido no âmbito dos Processos T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 e T-154/07.

Partes: *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs* (T-144/07), *ThyssenKrupp Aufzüge* e o. (T-147/07), *ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg* (T-148/07), *ThyssenKrupp Elevator* (T-149/07), *ThyssenKrupp* (T-150/07) e *ThyssenKrupp Liften* (T-154/07) / Comissão Europeia.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.07.2011, proferido no âmbito dos Processos T-141/07, T-142/07, T-145/07 e T-146/07.

Partes: *General Technic-Otis* (T-141/07), *General Technic* (T-142/07), *Otis e o.* (T-145/07) e *United Technologies Corporation* (T-146/07) / Comissão Europeia.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-138/07.

Partes: *Schindler Holding* e o. / Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 13.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-59/07.

Partes: *Polimeri Europa* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-53/07.

Partes: *Trade-Stomil* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-45/07.

Partes: *Unipetrol* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-44/07.

Partes: *Kaučuk* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-42/07.

Partes: *Dow Chemical* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-39/07.

Partes: *ENI* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-38/07.

Partes: *Shell Petroleum* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-133/07.

Partes: *Mitsubishi Electric Corp.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-132/07.

Partes: *Fuji Electric* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-113/07.

Partes: *Toshiba* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-112/07.

Partes: *Hitachi* e o. / Comissão.

### **Auxílios de Estado**

Acórdão do Tribunal Geral de 30.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-238/09.

Partes: *Sniace* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24.11.2011, proferido no âmbito do Processo C-458/09 P.

Partes: Itália / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.11.2011, proferido no âmbito do Processo C-496/09.

Partes: Comissão / Itália.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.11.2011, proferido no âmbito dos Processos C-106/09 P e C-107/09 P.

Partes: Comissão e o. / *Government of Gibraltar* e o.

Acórdão do Tribunal Geral de 10.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-384/08.

Partes: *Elliniki Nafpigokataskevastiki* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 08.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-88/09.

Partes: *Idromacchine* e o. / Comissão.



Acórdão do Tribunal de Justiça de 27.10.2011, proferido no âmbito do Processo C-47/10 P.

Partes: República da Áustria / *Scheucher-Fleisch* e o.

Acórdão do Tribunal Geral de 20.10.2011, proferido no âmbito do Processo T-579/08.

Partes: *Eridania Sadam* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.10.2011, proferido no âmbito do Processo C-549/09.

Partes: Comissão / França.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.10.2011, proferido no âmbito dos Processos C-463/10 P e C-475/10 P.

Partes: *Deutsche Post* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.10.2011, proferido no âmbito do Processo C-454/09.

Partes: Comissão / Itália.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.10.2011, proferido no âmbito do Processo C-302/09.

Partes: Comissão / Itália.

Acórdão do Tribunal Geral de 29.09.2011, proferido no âmbito do Processo T-442/07.

Partes: *Ryanair* / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 27.09.2011, proferido no âmbito do Processo T-30/03 RENV.

Partes: *3F* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.09.2011, proferido no âmbito do Processo C-148/09 P.

Partes: Bélgica / *Deutsche Post* e o.

Acórdão do Tribunal Geral de 20.09.2011, proferido no âmbito dos Processos T-394/08, T-408/08, T-453/08 e T-454/08.

Partes: *Regione autonoma della Sardegna* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.09.2011, proferido no âmbito do Processo C-544/09 P.

Partes: Alemanha / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 08.09.2011, proferido no âmbito do Processo C-279/08 P.

Partes: Comissão / Países Baixos.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 08.09.2011, proferido no âmbito dos Processos C-89/10 e C-96/10 (a título prejudicial)

Partes: *Q-Beef / Belgische Staat* (C-89/10) e *Frans Bosschaert / Belgische Staat* e o. (C-96/10).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 08.09.2011, proferido no âmbito dos Processos C-78/08 a C-80/08.

Partes: *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate / Paint Graphos* e o. (C-78/08), *Adige Carni Soc. / Agenzia delle Entrate e Ministero dell'Economia e delle Finanze* (C-79/08) e *Ministero delle Finanze / Michele Franchetto* (C-80/08).

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28.07.2011, proferido no âmbito dos Processos C-474/09 P a C-476/09 P.

Partes: *Diputación Foral de Vizcaya* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28.07.2011, proferido no âmbito dos Processos C-471/09 P a C-473/09 P.

Partes: *Diputación Foral de Vizcaya* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28.07.2011, proferido no âmbito do Processo C-403/10 P.

Partes: *Mediaset* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28.07.2011, proferido no âmbito do Processo C-133/10.

Partes: Comissão / Bélgica.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.07.2011, proferido no âmbito do Processo C-459/10 P.

Partes: *Freistaat Sachsen* e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.07.2011, proferido no âmbito do Processo C-194/09 P.

Partes: *Alcoa Trasformazioni* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.07.2011, proferido no âmbito do Processo C-303/09

Partes: Comissão / Itália.

Acórdão do Tribunal Geral de 14.07.2011, proferido no âmbito do Processo T-357/02 RENV.

Partes: *Freistaat Sachsen* / Comissão.

### **Concentrações**

Acórdão do Tribunal Geral de 12.10.2011, proferido no âmbito do Processo T-224/10.

Partes: *Association belge des consommateurs test-achats* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.07.2011, proferido no âmbito do Processo C-506/08 P.

Partes: Suécia / *MyTravel* e Comissão.

### **Questões processuais**

Acórdão do Tribunal Geral de 23.11.2011, proferido no âmbito do Processo T-320/07.

Partes: *Jones e o.* / Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27.10.2011, proferido no âmbito do Processo C-47/10 P

Partes: República da Áustria / *Scheucher-Fleisch* e o.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.07.2011, proferido no âmbito do Processo C-506/08 P.

Partes: Suécia / *MyTravel* e Comissão.



C&R

BIBLIOGRAFIA

*Recensões*

*Novidades Bibliográficas*



# RECENSÕES

**Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo**, *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.

*elaborado por Leonardo Maniglia Duarte e Daniel Vieira Bogéa Soares*

## O AUTOR

Carlos E. J. Ragazzo é conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (autoridade da concorrência no Brasil) e professor adjunto da Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Tem o grau acadêmico de Doutor em Direito atribuído pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), onde também obteve o grau de Mestre em Direito. Obteve, ainda, o *Master of Laws in Regulation and Competition Policy* (LL.M.) pela *New York University* (NYU). Possui diversas publicações em periódicos e livros especializados, com enfoque em concorrência, regulação e análise econômica do direito.

## SINOPSE DA OBRA E COMENTÁRIO

Em “*Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*”, Carlos Ragazzo dissecou com precisão e maestria as bases teóricas, econômicas e jurídicas da regulação e procura indicar novos rumos a serem adotados pelo Direito Regulatório Brasileiro. Ao atrelar uma perspectiva econômica à análise jurídica da regulação, o autor discute a formulação de um novo marco regulatório, a partir da superação do formalismo dominante na doutrina tradicional e da incorporação de novas premissas decorrentes da instrumentalização da Economia pelo Direito na busca por um modelo de regulação mais eficiente,

previsível e equânime. Nesse sentido, são discutidas novas diretrizes que devem orientar a atuação estatal sobre o mercado, com especial atenção à análise dos custos e benefícios (consequências) da intervenção do Estado na economia e aos mecanismos de controle dessa intervenção, inclusive o papel do Poder Judiciário na revisão de marcos regulatórios. Para ilustrar e testar as premissas teóricas e os parâmetros discutidos, o autor realiza, ao final, um pormenorizado estudo de caso sobre os serviços de saneamento básico.

Nesse estudo, Ragazzo busca demonstrar a vinculação entre regulação e desenvolvimento econômico e social e que uma intervenção regulatória do Estado adequada é fundamental para permitir uma alocação mais eficiente dos escassos recursos públicos e privados, o que pode resultar em um aumento dos investimentos sociais e em um incremento no bem-estar da sociedade.

Trata-se de obra notadamente acadêmica, originada da tese apresentada pelo autor para obtenção do grau de Doutor em Direito. Por este motivo, a densidade teórica do texto é considerável. Os temas examinados são discutidos à exaustão e alicerçados em ampla pesquisa realizada pelo autor. Em que pese a profundidade acadêmica da obra e sua perspectiva inovadora, capaz de impressionar e desafiar os especialistas e estudiosos da área, a linguagem clara e direta com que tais questões são apresentadas facilita a leitura até mesmo por aqueles que ainda não contam com um conhecimento aprofundado sobre a temática estudada. Assim, a obra também pode ser de grande valia para aqueles que pretendem se enveredar pelo Direito Regulatório pela primeira vez.

A primeira parte da obra cuida, essencialmente, de acertar as bases para uma teoria geral da regulação por meio de uma análise detalhada dos seus fundamentos econômicos e jurídicos. É apresentado, em linguagem clara e objetiva, um amplo panorama histórico da intervenção do Estado na economia, tanto no âmbito nacional quanto no Direito Comparado. As questões fundamentais que precedem qualquer tipo de efetiva intervenção do Estado na economia são examinadas a fundo, numa sensata distinção entre, por um lado, alguns “mitos” sobre o papel do Estado na regulação da economia que devem ser ultrapassados e, por outro lado, as tendências jurídico-regulatórias e os métodos mais alinhados com as melhores práticas que devem balizar a atividade regulatória na busca pela eficiência e equidade. A idéia a permear toda a abordagem proposta é a de inserção de uma análise da atividade regulatória fundada na consideração de seus custos e benefícios e na verificação empírica das vantagens concretas das ações de governo. Nesse contexto, a



primeira parte da obra cuida de assentar as premissas necessárias para a consolidação de um ponto de vista material e pragmático da regulação.

No primeiro capítulo da primeira parte do livro, é discutida a relação entre Direito e desenvolvimento econômico. O autor inicia seu raciocínio a partir da desconstituição daquilo que chama de “mito do novo Estado Mínimo” (pp. 11-18). Ao constatar que, mesmo após uma suposta crise do Estado de Bem-Estar Social, subsistem fortes evidências de que o Estado ainda tem forte ingerência sobre a economia, Ragazzo indica que o tamanho da máquina estatal deixou de ser a questão principal. Essa constatação advém da percepção de que não se consolidou, em momento algum, um retorno ao Estado Mínimo. A impossibilidade deste retorno aos moldes essencialmente liberais, em que a intervenção do Estado era essencialmente limitada a garantir a segurança e proteger o direito de propriedade e o cumprimento dos contratos, está associada à própria complexidade da sociedade e a uma forte demanda por uma maior presença do Estado em áreas sensíveis como saúde e educação (p. 198).

No entanto, também não é possível afirmar que há um processo de retorno ao modelo de Estado Keynesiano. O autor sustenta que é necessário perseguir um “meio-termo” para a atividade regulatória da administração pública e buscar o seu “ponto ótimo”. Essa busca deve ser norteada por critérios de avaliação da atuação estatal. Sob esse ângulo, a qualidade e a efetividade dos gastos públicos torna-se a questão principal, sendo realçada a necessidade de se estabelecer ferramentas jurídico-econômicas adequadas para se alcançar uma situação de equilíbrio dos movimentos pendulares que marcaram os ciclos históricos de intervenção do Estado na economia.

Em seguida, o autor procura também desconstituir o “mito” de que a atuação estatal deveria ser limitada a corrigir falhas de mercado. É indisputável que as falhas de mercado realmente demandam intervenção, mas o Estado também pode tutelar outros interesses para garantir uma sociedade mais justa e equânime e também por questões de ordem moral, mesmo que ao sacrifício de uma maior eficiência nos mercados. Nesse sentido, é listada uma série de medidas de intervenção estatal que não necessariamente buscam a geração de maior eficiência nos mercados, mas dizem respeito à tutela de outros interesses que podem ser considerados relevantes o suficiente a ponto de merecerem a proteção do Estado. O autor pondera que esses interesses encontram-se protegidos no âmbito da Constituição Federal Brasileira, razão pela qual admite que, no sistema constitucional brasileiro, a intervenção estatal não está limitada apenas a corrigir falhas de mercado (eficiências), mas também

assume papel preponderante na tutela de outros interesses relevantes, como, por exemplo, a promoção de medidas distributivas (equidade) e também o crescimento econômico (p. 37). O autor justifica essa alegação ao pontuar que o próprio texto da Constituição Federal Brasileira, ao tratar da ordem econômica, estipula uma série de princípios a excepcionar o princípio da livre iniciativa (redução das desigualdades regionais, busca pelo pleno emprego, entre outros).

O último “mito” que Ragazzo busca desconstituir diz respeito à suposta existência de um “Estado Regulador” no Brasil. É incontroverso que a reforma administrativa implementada no país durante a década de 1990 promoveu a redução substancial do aparato estatal. Por esta razão, o autor constata que boa parte das funções de prestação do Estado (intervenção direta) foi alterada para atividades de regulação e fiscalização (p. 38). Não obstante, o autor argumenta que essa alteração de função para o suposto “Estado Regulador” foi parcial e não resultou no abandono do modelo de Estado de Bem-Estar Social, tendo em vista que a garantia dos direitos sociais, alçados ao patamar de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, continua sendo o principal pilar do modelo de Estado estabelecido pela Constituição Federal Brasileira.

Ainda na primeira parte, são enumeradas tendências administrativas e jurídicas da regulação que demonstram que alguns dogmas que nortearam as reformas administrativas no Brasil na década de 1990 estão prestes a ser superados. Ragazzo defende que os movimentos de redução do Estado Produtor e a sua alteração para uma função regulatória estão mais associados a uma tentativa de reduzir as falhas de governo (distorções da atuação do Estado que resultam na substituição dos interesses coletivos por interesses de grupos específicos) do que à redução do tamanho da máquina estatal, e passa a avaliar como as tendências administrativas buscam reduzir essas falhas de governo com o objetivo de tornar a intervenção estatal mais eficiente e mais próxima das demandas da sociedade.

O autor realiza um profícuo esforço para enquadrar os recentes desenvolvimentos no Direito Regulatório Brasileiro e adequá-los ao marco legal proposto em capítulos supervenientes. Pondera que, após as reformas administrativas que reconheceram a necessidade de trazer maior eficiência na prestação dos serviços públicos, tornou-se evidente a necessidade de ir além de reduzir os custos de produção e de distribuição de bens e serviços e passar a avaliar atentamente os resultados obtidos pela regulação. Nesse cenário,

as tendências administrativas procuram alcançar níveis mais satisfatórios de *accountability* a partir de mecanismos de controle baseados em transparência, prestação de contas e responsabilização dos agentes públicos. Nesse sentido, Ragazzo conclui que a transparência é um instrumento essencial para o sucesso desses mecanismos de controle e não deve ser limitada à mera publicidade dos atos administrativos, mas também conferir acesso efetivo aos objetivos, motivos e fundamentos das políticas públicas.

Segundo o autor, a criação de mecanismos de participação nas atividades das agências reguladoras (procedimentos de consulta/audiências públicas) representou um passo importante na busca por um equilíbrio entre a expertise dos reguladores (“o poder da tecnocracia especializada”) e a sua legitimidade democrática, bem como para reduzir as falhas de governo. No entanto, Ragazzo levanta dúvidas em relação a seus resultados práticos em razão de questões referentes aos parâmetros de transparência e *accountability* que ainda precisam ser dirimidas e adaptadas às limitações do modelo de intervenção resultante das reformas administrativas ocorridas no Brasil na década de 1990. É destacada uma forte tendência de substituir o controle de meios (controle de procedimentos de intervenção) pelo controle de resultados (controle da efetividade da intervenção), o que é visto como um passo importante para solucionar o problema de legitimidade e reduzir as falhas de governo.

Em seguida, o autor se volta à questão da descentralização administrativa e política da Administração Pública, ao afirmar que o modelo baseado nas agências e na utilização de contratos de concessão ou permissão, resultante das reformas administrativas de 1990 no Brasil, permitiu um salto qualitativo que solucionou parte das falhas de governo, com a separação das funções de (i) formulação da política setorial, em geral atribuída a um Ministério; (ii) regulação e fiscalização, atribuída a uma agência reguladora; e (iii) prestação dos serviços públicos específicos, delegada à iniciativa privada ou atribuída a empresas estatais (pp. 58-59). Mas este não é um modelo isento de falhas, como bem observa Ragazzo ao temperar seu entusiasmo com as limitações que ainda persistem e decorrem da escolha da descentralização. Ainda assim, percebe-se uma guinada em prol de uma administração calcada em resultados, o que vai ao encontro da proposta do autor.

No que toca às tendências jurídicas da regulação, aponta-se, essencialmente, o constitucionalismo, a compreensão dos custos dos direitos e a utilização do princípio da eficiência como vetor interpretativo. O legalismo e a técnica subsuntiva a ele inerente mostraram-se insuficientes para lidar com

os novos conflitos sob o modelo do Estado de Bem-Estar Social e assegurar a satisfação dos direitos sociais. Diante dessa insuficiência, ganha força o fenômeno do constitucionalismo e as decisões administrativas e as leis passam a ser filtradas pela Constituição, com uma assinalável redução dos espaços de discricionariedade do administrador face aos preceitos constitucionais. Esta conexão das decisões regulatórias com princípios constitucionais se opera a partir do método da ponderação e da adoção do princípio instrumental da proporcionalidade (p. 70).

Ainda sobre as tendências jurídicas da regulação, o autor destaca a importância de considerar que a garantia de direitos de todas as gerações envolve custos que estão sujeitos a limites orçamentários (escassez de recursos) e a escolhas (*trade-offs*). Desse modo, tendo em vista que a Constituição Federal Brasileira optou por constitucionalizar direitos econômicos e sociais, é indispensável equacionar os custos para assegurar esses direitos, os recursos disponíveis e a melhor forma de dispô-los, pois todos os direitos são protegidos apenas em parte, sendo limitados à capacidade financeira do Estado em assegurá-los em sua plenitude. Neste ponto, ganha relevo a interação entre administração pública e o setor privado na prestação de serviços públicos por meio de concessões e permissões com objetivos que extrapolam os argumentos da eficiência, tendo em vista que os recursos estatais que serviriam para garantir a prestação de serviços públicos e são poupados através de soluções regulatórias, podem ser alocados alternativamente para gastos sociais e outras medidas de promoção da igualdade.

Para respaldar esta consideração de argumentos econômicos, o autor se apóia no princípio constitucional da eficiência. Segundo Ragazzo, o excesso de prestações positivas impostas ao legislador e ao administrador exige que se adote alguma forma de otimização dos direitos previstos pelo ordenamento. Nesse sentido, o princípio da eficiência serve para instituir a perspectiva do resultado, sendo o administrador guiado pela efetividade de suas ações. A intenção do autor, assim, passa por uma valorização do princípio da eficiência, indo além de sua função interpretativa e colocando-se como fundamento a orientar as ações estatais, desde o momento da formulação da política pública (pp. 81-82).

O autor procura repisar, insistentemente, a percepção de que toda função administrativa operada pela máquina estatal deve ser analisada sob a ótica de custos e benefícios, tendo em vista que a prestação governamental, traduzida na capacidade financeira do Estado em assegurar a satisfação de direitos, é

um recurso escasso e as escolhas sobre como dispor desse recurso geram consequências sobre toda a sociedade. Assim, a atividade estatal que interfere na economia deve ser direcionada no sentido de se alcançar maior efetividade e maximizar o bem-estar social. Para o autor, o instrumental da Economia é imprescindível aos operadores do Direito que pretendem se aproximar de tal resultado, pois ele oferece as ferramentas mais adequadas para se lidar de maneira pragmática com as intervenções estatais, permitindo a análise de um espectro mais amplo de consequências e dando o devido valor aos “custos dos direitos”. Assim, o segundo capítulo da primeira parte procura inserir tais questões em base pragmática, fundada na análise econômica do Direito.

A ideia que permeia a abordagem proposta é a de que a Economia é de incomensurável importância ao Direito por sua capacidade de prever consequências, sofisticando, assim, o debate sobre custos de direitos e princípio da eficiência (pp. 85-86). Nesse sentido, a análise econômica do Direito ultrapassa a função de orientação das normas sociais por critérios de eficiência e deve ser utilizada para aferir se a regra jurídica proposta teria o condão de gerar os resultados pretendidos pelo legislador, de modo a identificar os incentivos envolvidos e antecipar consequências, inclusive para avaliar medidas que assegurem maior equidade. Na visão do autor, a capacidade de prever consequências é o que torna a Economia tão relevante para o Direito.

Ao adotar esta visão, o autor sustenta que essa capacidade de prever consequências resultante da análise econômica do Direito afasta concepções positivistas (em que as normas legais legitimam-se por si mesmas, desde que propriamente promulgadas) e deontológicas (em que o valor de uma ação estaria em si mesma, desconsiderando as consequências), sem, no entanto, assumir rótulo consequencialista (adoção de regra ou interpretação que gera a melhor consequência). Na visão do autor, as consequências não devem necessariamente determinar o Direito, mas apenas orientá-lo.

A partir de tais premissas, Ragazzo avoca abordagem pragmática do Direito que o considera como uma ciência instrumental, numa tentativa de se aproximar do mundo real e em clara oposição à abstração promovida pelo formalismo. Sobremaneira, percebe-se que os benefícios alcançados por esta percepção mais empírica do Direito são preponderantes, conferindo um caminho concreto para se escapar de interpretações abstratas de conceitos nos processos decisórios, dando o devido valor e relevo às consequências para fundamentar decisões. O autor pondera que a melhor forma de aplicar a análise econômica do Direito aos marcos regulatórios seria utilizá-la para

influenciar (em vez de direcionar de forma peremptória) os parâmetros de formulação das políticas de intervenção e possibilitar “uma leitura eficiente das regras legais regulatórias” (p. 98).

Em seguida, a partir de uma análise direcionada das escolas de análise econômica do Direito, em especial as premissas de elaboração dos marcos regulatórios sustentadas pelos doutrinadores da escola da *Public Choice*, o autor conclui que a necessidade de se entender melhor o processo legislativo e burocrático na formulação de políticas públicas, a estrutura de incentivos inerente a esse processo e a identificação de distorções nesses incentivos (nem sempre alinhados com o interesse público) justifica uma avaliação de resultados substantivos da regulação. Assim, a avaliação de resultados substantivos, tanto em termos de equidade, como de eficiência é colocada pelo autor como a “nova onda regulatória”, após um movimento no sentido de maior legitimidade dos atos regulatórios. Nesse diapasão, o autor conclui que os três Poderes da República terão que se adaptar e fazer ajustes para se conformar a essa iminente realidade.

No terceiro capítulo da primeira parte da obra, o autor procura sintetizar os aspectos mais sensíveis à formulação de um marco regulatório com base nas premissas estabelecidas nos capítulos anteriores, ressaltando que a própria adoção de um marco regulatório já consiste em uma decisão de intervir, sendo a regulação apenas uma das diversas formas possíveis de intervenção estatal. O autor parte da premissa de que a análise da decisão de intervir por meio da regulação não deve ser restrita à discussão tradicional sobre a distinção entre serviços públicos e atividades privadas regulamentadas, mas deve buscar assimilar outros aspectos não só relacionados à qualidade e à efetividade da intervenção e incluir ponderações sobre seus custos e benefícios (consequências). Por meio de exemplos, o autor sustenta que serviço público não representa uma fórmula padrão de intervenção que seria obrigatoriamente mais profunda do que a ingerência estatal nas atividades privadas regulamentadas e, ainda, que não é a sua vinculação ou não a um direito fundamental que estabelece o padrão de intervenção, mas sim a finalidade estatal politicamente reconhecida pelo Poder Público.

Feita essa introdução, o autor procura estabelecer parâmetros para determinar o grau adequado de intervenção a ser adotado no caso concreto. Neste tocante reside a discussão em torno dos limites da intervenção regulatória. O autor versa apenas lateralmente a respeito das limitações formais existentes no modelo regulatório brasileiro, destacando as vantagens institucionais com

que contam as agências reguladoras em relação ao Poder Legislativo para “legislar” sobre matérias complexas. Assim, suas considerações mais aprofundadas concentram-se sobre os limites materiais à regulação. A compreensão do alcance dos limites materiais à regulação, segundo Ragazzo, requer o entendimento de que a regulação deve: (i) ter uma finalidade (objetivo) de interesse público; e (ii) buscar a medida mais adequada e menos custosa para atender essa finalidade.

Dentro desse contexto, Ragazzo defende que a intervenção deve atender a um interesse público posto de forma explícita e devidamente acompanhado da medida regulatória cabível, possibilitando o pleno exercício do controle material. Não se pode escapar dessa especificidade do interesse público, pois apenas assim é possível promover um teste de adequação entre a medida e o objetivo regulatório, operado a partir do princípio da proporcionalidade (p. 136).

Estes são os fundamentos da “verdadeira transformação paradigmática” proposta pelo autor. Há um abandono da noção de que menos intervenção estatal é necessariamente melhor em favor da idéia de que se deve buscar prover a melhor forma de intervenção possível para o caso concreto (*better regulation*). Dentro desta abordagem, a primeira pergunta que se impõe ao regulador não é a de “como regular”, mas “o que regular”. É dizer, cumpre à Administração Pública, num primeiro momento, identificar a variável a ser regulada. A escolha da variável é determinante para se evitar efeitos indesejáveis e deve ser o ponto de partida de toda atividade regulatória, tendo em vista que cada variável envolve custos de ordem distinta, alterando a cadeia de incentivos de maneira diversa, o que pode resultar em consequências diferentes para o mercado e para a sociedade como um todo. Segundo o autor, dentro da sistemática proposta, as formas tradicionais de regulação de preços e de entrada tendem a perder espaço, por não representarem métodos comprovadamente eficazes para se alcançar qualidade. Assim, a evolução do sistema regulatório caminharia para a regulação de variáveis menos gravosas, com ênfase em qualidade e informação.

Ocorre que, como bem colocado pelo autor, a regulação de qualidade é de implementação dificultosa, não obstante ser mais vantajosa sob o ponto de vista econômico em determinadas circunstâncias. Ao menos duas questões desafiadoras são colocadas frente ao regulador, quais sejam, a definição do que é necessário em termos de qualidade e a fiscalização da qualidade naquele setor específico. Adicionalmente, a regulação de qualidade não é tão aparente

para a população quanto a regulação de preços. Em conclusão a essa análise, o autor pondera que cada uma dessas soluções regulatórias tem custos diretos e indiretos que devem ser levados em consideração na escolha da melhor forma de intervenção, com o objetivo de buscar a solução regulatória menos custosa para a sociedade (p. 163). Tendo em vista que o processo competitivo *per se* oferece a alternativa menos custosa, sempre que a concorrência for suficiente em um setor específico, deve-se tomar a decisão de não intervir. Logo, a regulação deve ser a exceção e a livre-concorrência a regra.

Outra questão que se apresenta é a identificação do tipo de órgão regulador adequado para exercer as tarefas de fiscalização e regulação e sobre a escala de prestação de um serviço ou atividade sujeita à intervenção governamental (a nível local, regional, estadual ou federal). Muitas das questões atinentes à regionalização regulatória estão colocadas em âmbito constitucional. Nas situações em que persiste a dúvida em torno do âmbito da titularidade da prestação do serviço ou atividade, no entanto, a doutrina brasileira se apóia no critério da predominância de interesses. O autor propõe que se adotem critérios econômicos para a definição do interesse predominante no caso concreto, tornando a discussão eminentemente técnica. A latente descentralização política observada no contexto brasileiro ao longo dos últimos anos não deve revestir o debate de caráter ideológico, devendo eventual descentralização ser pautada em critérios qualitativos (e não quantitativos), com o objetivo de alcançar o resultado mais adequado que possibilite um incremento no bem-estar da sociedade. Assim, são delineados diversos aspectos econômicos a serem levados em consideração na aferição do interesse predominante, dentre os quais se destacam a capacidade técnica para o exercício das funções regulatórias, a capacidade financeira para assunção dos custos e a capacidade político-institucional para desempenho do serviço, além da eficiência econômica na prestação do serviço (pp. 174-175).

Ao final do terceiro capítulo da primeira parte, o autor tece breves considerações sobre as autoridades encarregadas pela regulação e sobre o “federalismo regulatório”. Sobre esse aspecto, o autor identifica dois efeitos importantes que surgiram a partir das reformas administrativas implementadas no Brasil na década de 1990: (i) a proliferação de uma estrutura estatal policêntrica lastreada no modelo das agências reguladoras no âmbito federal; (ii) a posterior transposição deste modelo nos âmbitos estadual e municipal, ainda que em menor escala (p. 187). Ragazzo reconhece as virtudes do modelo de agências reguladoras, especialmente no contexto brasileiro, em que estas se prestaram



a garantir o processo de privatização e reforçaram a segurança jurídica das relações firmadas nos setores privatizados. Não por outra razão, percebe-se no sistema regulatório brasileiro uma extremada valorização da independência e autonomia dos órgãos reguladores. O autor observa, ademais, que as agências representam uma expressão da já mencionada tendência administrativa de descentralização. Ainda assim, são feitos questionamentos em torno da efetiva necessidade de adoção do modelo de agências em todos os setores regulados, tendo em vista os elevados investimentos necessários para criar e manter essas entidades regulatórias. Por fim, é exposta uma pontual comparação entre o modelo unissetorial, em que cada agência concentra suas atividades sobre um único setor, promovendo maior conhecimento técnico e especialização sobre o mercado regulado – adotado pelas agências federais –, e o modelo multissetorial, que permite a comparação entre setores regulados e tem maior aptidão para apreender as peculiaridades locais – que vem sendo seguido na esfera estadual.

Acertadas as bases teóricas para a formulação de um marco regulatório, chega-se a um ponto de grande relevo da obra. A partir das premissas colocadas em capítulos anteriores, quais sejam: (i) a incorporação de um ponto de vista material calcado na instrumentalização da Economia pelo Direito; e (ii) a efetiva consideração dos custos e benefícios da intervenção estatal para assegurar a satisfação de direitos (consequências), o autor procura desenvolver uma metodologia para a escolha de soluções regulatórias específicas, fundada num paradigma de melhora regulatória. Desta maneira, o autor refuta veementemente um retorno a um modelo de ausência de regulação e propõe a implementação de alterações sensíveis no atual modelo brasileiro, especialmente no que diz respeito à autonomia das agências reguladoras.

Conforme alerta o autor, há uma necessidade premente de relativização desta autonomia, que já vem sendo mitigada a partir da criação de canais de participação popular, da necessária prestação de contas e da revisão judicial substantiva (p. 200). Não obstante as evidentes vantagens decorrentes do insulamento burocrático das agências e de sua plena compatibilidade com a evolução histórica do sistema regulatório brasileiro, tal como pontuado acima, esse elevado grau de autonomia produz efeitos colaterais indesejáveis como déficits de responsabilização (déficit de legitimidade) e déficits de eficiência e sistematicidade (déficit de coerência governamental). Embora o autor reconheça que a autonomia e a burocratização das agências reguladoras representaram um passo importante em direção a maior eficiência dos serviços

de fiscalização e regulação, conclui que essas características não constituem incentivos suficientes para garantir a eficiência de sua atuação, tendo em vista que a ausência de mecanismos de controle tende a reduzir o compromisso das agências reguladoras com a eficiência ou mesmo com a equidade.

Ragazzo reconhece, no entanto, que tal mudança de paradigma deve se dar de maneira cautelosa, sob pena de se arruinar um modelo regulatório que conta com importantes virtudes. Ainda assim, a racionalização substantiva das escolhas regulatórias representa o ponto nodal daquilo que o autor chama de “terceira onda regulatória” (segundo o autor, a “primeira onda” refere-se ao processo de desregulação, privatizações e instituição das agências reguladoras setoriais e a “segunda onda” refere-se à criação de mecanismos de *accountability* para buscar solucionar o problema da legitimidade). A “terceira onda regulatória” implica uma análise sistemática e objetiva de custos e benefícios das regulações editadas, que poderá trazer uma evidente evolução no modelo regulatório brasileiro. No entanto, esse movimento ainda é embrionário no Brasil, sendo objeto apenas de planos prognósticos.

O que se pretende é instituir um paradigma de qualidade regulatória que implique uma intervenção estatal orientada por resultados. Nesse sentido, são feitas duas sugestões pontuais para solucionar os déficits supramencionados, quais sejam: (i) a obrigatoriedade de elaboração de relatórios de impacto regulatório, que representa um meio de se fornecer informações mais precisas e técnicas para apoiar uma atuação mais eficiente; e (ii) a definição de um órgão com poderes para exercer a coordenação central regulatória, que teria o condão de conferir maior sistematicidade à atuação governamental.

O autor também reconhece que o paradigma da análise de custo e benefício não está livre de críticas e relaciona críticas de ordem metodológica (da incomensurabilidade, da unifocalidade, da desatualização dos custos e dos benefícios, e do critério baseado no preço de reserva) e estruturais (de ordem cultural, de capacitação técnica para análises empíricas, relacionadas ao tempo de análise das regulações e de inconsistências com os valores democráticos). Ragazzo noticia que ainda não há no Brasil uma agenda para determinar aos órgãos reguladores a quantificação dos custos e benefícios de suas escolhas regulatórias e que esse não será um caminho fácil. Entre as medidas preliminares para pavimentar esse caminho, Ragazzo recomenda: (i) a garantia do apoio político à iniciativa; (ii) a definição do escopo da aplicação; e (iii) a criação de mecanismos legais para viabilizar a coleta de informações. Ragazzo reitera a importância da criação de um órgão central de coordenação

das atividades das agências reguladoras e conclui que o objetivo das medidas propostas é uma mudança de cultura e das práticas da Administração Pública Brasileira, por meio da qual os reguladores passem obrigatoriamente a levar em consideração os custos e benefícios de suas escolhas regulatórias e avaliar possíveis alternativas antes de chegar a uma decisão.

Como bem reconhece o autor, as alterações de paradigma sugeridas na obra devem ser precedidas de uma mudança cultural que torne possível a relativização de determinados valores que se encontram na raiz da Administração Pública Brasileira. O autor aponta, ainda, a morosidade do processo regulatório como uma possível consequência negativa, mas necessária para a implementação da “nova onda” de análise de custos e benefícios, o que pode ser visto, por alguns, como um empecilho intransponível para a mudança proposta. Nesse sentido, a mudança cultural de que trata o autor deve ser acompanhada de mudança institucional que possibilite maior celeridade do sistema.

Conforme pondera o autor, o conjunto de mudanças institucionais que devem ocorrer para possibilitar o estabelecimento de um sistema regulatório fundado na análise de custos e benefícios também requer uma atuação diferenciada por parte do Poder Judiciário, tendo em vista os riscos e os impactos negativos de uma intervenção inadequada do Judiciário na implementação de políticas públicas e na revisão de marcos regulatórios. Neste tocante, o autor recomenda que a atuação do Poder Judiciário na revisão de marcos regulatórios deve observar padrões e limitar-se a hipóteses de controle bem delineadas. Em seguida, o autor sugere as seguintes diretrizes para orientar a revisão judicial de marcos regulatórios: (i) obrigação de fundamentar com elementos de prognose legislativa; (ii) definição de regras de deferência em função de vantagens institucionais; (iii) elaboração de *standards* para lidar com a crescente complexidade dos casos levados ao Judiciário; e (iv) utilização de regras de análise substantiva (meritória) que assegurem a transparência do processo político e, conseqüentemente, o controle democrático da atividade legislativa (p. 258). Vale pontuar aqui que o cenário vislumbrado pelo autor não parece de fácil implementação no contexto brasileiro, especialmente quando se está a lidar com um Judiciário que vem, reiteradamente, atuando no controle material de políticas públicas de maneira cada vez mais intensa e pouco sistematizada.

Ao final da obra, o autor faz um estudo de caso sobre a regulação dos serviços de saneamento básico. Aqui são aplicadas as premissas e os paradigmas propostos no decorrer da obra, de maneira a observar as peculiaridades desse

setor, que envolve ramos diferenciados das políticas públicas e que diz respeito à utilização de recursos hídricos e ao desenvolvimento urbano. O autor explora, com maestria e profundidade, as particularidades do saneamento básico no Brasil, remetendo, inclusive, a todo o desenvolvimento histórico do serviço no país para identificar o principal problema nas comunidades de baixa renda localizadas em regiões urbanas (p. 285). No âmbito regulatório, o autor observa conflito justamente no tocante à titularidade dos serviços em discussão, sendo que Estados e Municípios buscaram soluções distintas e independentes. Remanescendo tais lacunas regulatórias, não subsistiram incentivos suficientes para qualidade e eficiência no provimento do serviço. O autor assinala, ademais, que tentativas de privatização no setor fracassaram por uma ausência de condições que promovessem padrões mínimos de segurança jurídica, o que decorria da falta de uma regulação articulada e transparente (p. 289).

Em seguida, o autor explora, em detalhe, o marco regulatório instituído com a Lei nº 11.445/2007 e reconhece que essa lei trouxe avanços no sentido de uma administração por resultados, tendo como propósito maior a universalização dos serviços de saneamento. O autor reputa importantes as previsões de planejamento instituídas pela lei, por entender que comportam uma análise dos elementos econômicos. Num exercício de aplicação dos conceitos e das premissas colocadas na obra, são analisadas as falhas de mercado existentes no setor de saneamento básico, como as externalidades negativas geradas pela ausência de saneamento, a questão do monopólio natural e a assimetria de informação. A partir desta abordagem, são vislumbradas soluções regulatórias que passam pela regulação de entrada, de qualidade e tarifária. Aqui, são observadas, na prática, as elevadas dificuldades para se instituir um marco regulatório fundado em parâmetros de qualidade. A abordagem, nesse sentido, é exploratória e inovadora, propondo soluções interessantes para uma problemática bastante atual no contexto brasileiro.

O autor identifica a necessidade de se encontrar um equilíbrio entre a universalização do serviço e a utilização racional dos recursos hídricos, o que se reflete, por exemplo, na discussão de uma tarifa social e na possibilidade de cortes dos serviços por falta de pagamento das tarifas. O autor também propõe uma análise econômica da mencionada Lei nº 11.445/2007. Numa abordagem que procura limitar-se à contraposição de custos e benefícios, o autor discute temas como a desverticalização dos serviços de saneamento e a sua descentralização a nível local. Aliás, para informar o debate sobre descen-

tralização e regionalização regulatória no Brasil, o autor faz uma aprofundada análise comparada, buscando elementos na experiência de outros países sobre a mesma temática.

O capítulo encerra-se com uma interessante discussão sobre a necessidade de constituição de uma agência reguladora independente para tratar exclusivamente de saneamento básico e a possibilidade de implementação de concorrência no setor. Para concluir a obra, o autor segue em uma abordagem economicista, que agora se volta aos dispositivos da Constituição Federal Brasileira que versam sobre a questão da titularidade dos serviços de saneamento. Após expor detalhadamente os argumentos favoráveis tanto à titularidade municipal, quanto à titularidade estadual, o autor adota uma linha crítica para destrinchar as decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro que versam sobre o assunto. O autor reconhece, com algumas reservas, o papel importante assumido pelo Judiciário na solução dessa questão.

Ao longo de sua notável obra, Ragazzo desenha um bem acabado panorama do sistema regulatório brasileiro e sugere a formulação de um interessante marco regulatório fundado na consideração dos custos e benefícios e das vantagens concretas das ações de governo. Há de se celebrar o nobre objetivo do autor que, com base em sólidas premissas jurídicas e econômicas e lastreado por um paradigma de qualidade regulatória orientada por resultados, propõe profundas alterações no papel da intervenção do Estado Brasileiro sobre a economia. Não se pode olvidar, no entanto, que subsiste no contexto brasileiro uma série de problemas de ordem prática que dificultam a imediata implementação do marco regulatório proposto pelo autor. Particularmente, resta saber se haverá interesse e disposição suficientes por parte do Poder Político e da Administração Pública no Brasil para dar início e implementar o amplo conjunto de mudanças culturais, institucionais e políticas que serão necessárias para o sucesso dessa “nova reforma”, que passam, inclusive, pela necessidade de se por fim à politização/partidarização dos reguladores, resultante do modelo brasileiro de “Presidencialismo de Coalizão”. Em que pese tais dificuldades e desafios, a obra de Ragazzo traz inestimável contribuição ao estudo da regulação e certamente servirá de inspiração para o aperfeiçoamento do marco regulatório no Brasil.



**Ronald Dworkin**, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge/Massachusetts/Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

*elaborado por Miguel Nogueira de Brito*

## O AUTOR

Ronald Dworkin é dos mais importantes filósofos da política, da moral e do direito da atualidade. Certamente, de entre os mais importantes, um dos mais originais. Para isso contribui não apenas a qualidade literária da sua escrita, quase despojada de referências bibliográficas, mas também o modo como combina a reflexão filosófica e a intervenção política, através de numerosos artigos em jornais (sobretudo o *The New York Review of Books*) sobre temas da atualidade política, especialmente a política judicial do *Supreme Court* norte-americano<sup>1</sup>.

A reflexão filosófica do autor obedece, porventura, à seguinte orientação de fundo: à filosofia não cabe apenas procurar desembaraçar e clarificar os pressupostos de método que permitem enquadrar devidamente a resolução dos problemas práticos, mas diretamente propor soluções para estes problemas. E, na realidade, os sucessivos livros de Dworkin revelam uma constante tensão filosófica entre problemas de método e problemas práticos. Podemos, talvez, na sua obra distinguir uma primeira fase, dedicada sobretudo ao direito, incluindo *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985) e *Law's Empire* (1986) e uma segunda fase, em que a dimensão política adquire maior

---

1 Cf., por exemplo, Ronald Dworkin, *The Supreme Court Phalanx: The Court's New Right-Wing Bloc*, Nova Iorque: New York Review Books, 2008.

peso, e em que se incluem *Life's Dominion: An Argument about Abortion and Euthanasia* (1993), *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (1996), *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (2000), *Is Democracy Possible Here: Principles for a New Political Debate* (2006) e *Justice in Robes* (2006)<sup>2</sup>.

Dworkin fez os seus estudos nas universidades de Harvard e Oxford, tendo sucedido a H. L. A. Hart na cátedra de jurisprudência nesta última universidade. Atualmente, é sobretudo professor de direito na New York University School of Law.

### SINOPSE DA OBRA

*Justice for Hedgehogs* é o mais recente livro de Ronald Dworkin e também o livro que reúne num todo coerente a sua filosofia política, moral e jurídica. Nessa medida, pode sem dúvida considerar-se o seu *opus magnum*. A atestá-lo está, desde logo, a circunstância de *Justice for Hedgehogs* ter sido objeto de uma conferência, ocorrida antes mesmo da publicação da obra, em que participaram importantes constitucionalistas e filósofos como Frank Michelman, Francis Kamm, Thomas Scanlon e Jeremy Waldron, entre muitos outros<sup>3</sup>.

O propósito de Dworkin em *Justice for Hedgehogs* consiste, como o próprio afirma, em defender «uma ampla e antiga tese filosófica: a unidade do valor» (p. 1). O título do livro tem na sua base um fragmento do poeta grego Arquíloco, retomado por Isaiah Berlin, segundo o qual «a raposa sabe muitas coisas, mas o porco-espinho sabe uma grande coisa». Segundo Berlin, apesar das divergências sobre a interpretação correta destas palavras, as mesmas podem significar simplesmente que a raposa, com toda a sua manha, é vencida pela defesa única do porco-espinho. Mas, prossegue Berlin, tomada figurativamente, a diferença entre a raposa e o porco-espinho pode exprimir uma das mais profundas diferenças entre pensadores e, até, os seres humanos em geral. Trata-se da diferença entre aqueles que «relacionam tudo com uma única visão central, um sistema, mais ou menos coerente ou articulado, em termos do qual tudo compreendem, pensam e sentem – um princípio organizativo único, universal apenas em função do qual tudo o que são e dizem tem significado – e, por

2. Sensivelmente entre as duas fases, podemos incluir os opúsculos *Philosophical Issues in Senile Dementia*, U. S. Government Printing Office, 1987, e *A Bill of Rights for Britain*, Londres: Chatto & Windus, 1990.

3. Cf. *Boston University Law Review*, n.º 90, 2010.



outro lado, aqueles que perseguem muitos fins, muitas vezes não relacionados e até contraditórios»<sup>4</sup>.

Pois bem, ao contrário da desconfiança de Berlin em relação à ideia de unidade de valor, Dworkin abraça-a como motor central do projeto filosófico. Segundo ele, a ideia de que os valores éticos e morais dependem uns dos outros apresenta-se como uma crença, a proposta de uma forma de vida, mas é também uma complexa teoria filosófica.

Na Parte I do livro, Dworkin começa por defender a ideia de que existe uma verdade na moral contra o «ceticismo interno», isto é, o ceticismo inerente a juízos morais substantivos, e o «ceticismo externo», que se baseia em afirmações externas, de «segunda-ordem», sobre a moral. Os cétricos internos fundam-se na moral para denegrir a moral, afirmando por exemplo que, se Deus não existe, desaparece qualquer base para a moral, ou que a moral é vazia porque todo o comportamento humano é determinado causalmente por acontecimentos que escapam ao controlo de qualquer pessoa; os externos julgam a moral a partir de fora e rejeitam qualquer possibilidade de conhecimento moral, afirmando, por exemplo, que os juízos morais não são verdadeiros nem falsos, mas a simples expressão de sentimentos (pp. 31-34). A Parte II é dedicada à demonstração da natureza interpretativa do raciocínio moral. Nas Partes III e IV, respetivamente, Dworkin desenvolve os conteúdos da ética e da moral, conceitos que distingue da seguinte forma: «os padrões da moral determinam como devemos tratar os outros; os padrões da ética, como devemos nós próprios viver» (pp. 13 e 191). Finalmente, na Parte V, em que são abordados a política e o direito, a análise deixa de se ocupar das ideias de responsabilidade (ética) e obrigações (morais), para se centrar na ideia de direitos.

Se é este o plano geral da obra, Dworkin inicia-a com um «Baedeker», em que expõe resumidamente as suas principais ideias no sentido precisamente inverso àquele, atrás mencionado, em que surgem ordenadas no livro. O seu propósito é o de dotar as pessoas particularmente interessadas na política da compreensão de como «as discussões filosóficas mais abstratas do livro são passos necessários para chegar àquilo que mais lhes diz respeito». Já para aqueles mais orientados para as questões filosóficas, a mesma estratégia serve

---

4 Cf. Isaiah Berlin, "The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History", in *The Proper Study of Mankind: An Anthology of Essays*, organizado por Henry Hardy e Roger Hausheer, Londres: Chatto & Windus, 1997, p. 436.

para os encorajar a «encontrar importância prática naquilo que poderão ser tentados a acreditar serem matérias filosóficas abstrusas» (p. 2).

Na impossibilidade, por manifesta falta de espaço, de explorar as ideias de Dworkin tal como desenvolvidas ao longo da obra, vale a pena seguir aqui o «guia» introdutório proposto pelo autor. Sob a epígrafe «Justiça», encarada como justiça distributiva, Dworkin começa por expor as suas ideias sobre a igualdade, a liberdade, a democracia e o direito.

No que diz respeito à igualdade, Dworkin parte daqueles que designa como os «dois princípios reinantes» que devem ser adotados por qualquer poder político legítimo (p. 2): o respeito pelo valor igual de cada pessoa a esse poder submetida; o respeito pela responsabilidade e direito de cada pessoa a decidir por si mesma como fazer algo valioso com a sua vida. Toda a distribuição de recursos deve ser justificada em face destes dois princípios. Nesta sequência, será de rejeitar uma economia política baseada no *laissez faire*, uma vez que, ao aceitar sem restrições todos os resultados do funcionamento do mercado, não respeita o valor igual de cada um, designadamente aqueles que, sem qualquer responsabilidade, se encontram numa posição que é, à partida, desfavorável. Será também de rejeitar uma distribuição igualitária de recursos segundo a ideia de bem-estar, agora pela circunstância de esta não valorizar devidamente o princípio da responsabilidade de cada um pela sua própria vida. Se eu decidir passar a minha vida no divertimento ou num trabalho menos produtivo, devo assumir a responsabilidade pelo custo que esta escolha impõe: «devo ter menos em consequência» (p. 3).

Dworkin propõe a sua teoria de justiça distributiva, baseada na igualdade de recursos. Para tal, toma como ponto de partida um mercado imaginário em que todos os recursos disponíveis são objeto de um leilão, que apenas cessa quando ninguém inveja o feixe de recursos atribuído a qualquer outro. Deste modo, respeita-se o princípio do igual valor de cada um. Para além disso, são também objeto de leilão apólices de seguro que visam minorar as consequências da boa ou má sorte dos participantes. Assim, respeita-se também o princípio da responsabilidade individual. Dworkin imagina depois que se concebiam sistemas de impostos segundo o modelo dos mercados imaginários, isto é, sistemas de impostos progressivos concebidos como sucedâneos dos prémios que seria razoável assumir que as pessoas estivessem dispostas a pagar no mercado de seguros hipotético.

No que diz respeito à liberdade, e contra a tese de I. Berlin da inevitabilidade do conflito entre esta e a igualdade, Dworkin procura uma teoria da

liberdade que elimine tal conflito. Para o efeito, distingue entre liberdade total, que é simplesmente a capacidade de fazer o que se quiser sem restrições do poder político, e liberdade substancial, que consiste naquela parte da liberdade total que o poder político não tem fundamento para restringir. Com base nesta distinção, Dworkin nega um direito geral de liberdade e sustenta a existência de diferentes direitos de liberdade: o direito à independência ética, que decorre do princípio da responsabilidade individual; a liberdade de expressão, igualmente resultante do princípio da responsabilidade individual; o direito ao devido processo legal e o direito de propriedade, resultantes do princípio do igual valor de cada pessoa. Neste esquema de liberdades desaparece o conflito com a igualdade, no sentido em que não é possível determinar o que é exigido pela liberdade sem, do mesmo passo, decidir qual a distribuição da propriedade e da oportunidade que satisfaz a exigência de igual respeito por todos. Neste sentido, é falso pretender que os impostos limitam a liberdade das pessoas, desde que os rendimentos subtraídos pelos impostos tenham uma justificação moral, isto é, não nos subtraiam mais do que aquilo que temos direito a reter.

Dworkin nega também a existência de qualquer conflito entre a liberdade e a igualdade, por um lado, e o princípio democrático ou liberdade positiva, por outro. Para o efeito, distingue entre uma conceção estatística, ou maioritária, da democracia e uma conceção societária. De acordo com esta última, cada cidadão participa numa comunidade genuinamente democrática enquanto parceiro igual, o que significa mais do que ter o mesmo voto igual. Significa, na verdade, que a própria democracia exige a proteção dos direitos à igualdade e liberdade negativa que é muitas vezes acusada de ameaçar.

Dworkin nega, por último, a existência de qualquer conflito entre a justiça e o direito, que surge apresentado como um ramo da moral política, por sua vez considerada um ramo da moral pessoal, sendo esta encarada como um ramo de uma teoria geral do que é viver bem. Não se julgue que as conceções políticas defendidas pelo autor se integram por via de um ajustamento à medida. Pelo contrário, Dworkin sustenta que «na moral política, a integração é uma condição necessária da verdade» (pp. 5-6).

A fim de fundamentar esta importante conclusão, Dworkin começa por efetuar uma precisão sobre a natureza dos conceitos que estão em causa quando discutimos a igualdade, a liberdade, a democracia e o direito. Não se trata, segundo o autor, de conceitos que partilhamos na exata medida em que estamos de acordo sobre os critérios a que recorreremos para identificar

exemplos dos mesmos. Nalguns casos, com efeito, o nosso desacordo sobre os conceitos resulta de usarmos diferentes critérios na identificação dos exemplos com que os ilustramos. Em tais casos, não existe propriamente desacordo sobre os conceitos. Já relativamente a alguns conceitos existe desacordo, muitas vezes profundo, sobre os conceitos para além do desacordo sobre os critérios. Trata-se dos conceitos que descrevem valores e em que o nosso desacordo diz respeito aos próprios valores e ao modo como devem ser expressos. A raiz do nosso desacordo reside aqui em interpretarmos as práticas em que figuram tais conceitos de modos diversos. Estamos assim perante desacordos de valor e não desacordos de facto ou desacordos relativos a significados convencionados. Desacordos que conduzem, em última análise, à adoção de diferentes concepções do mesmo conceito, como sucede quando alguns adotam uma concepção igualitária, e outros uma concepção libertária, do mesmo conceito de justiça.

Neste sentido, a moral política depende da interpretação, tal como esta assenta no valor. Não pode defender-se uma teoria da justiça sem se ser também levado a defender uma teoria da objetividade moral (p. 8). Dworkin defende «a independência metafísica do valor» (p. 9). Isto não significa que aceite a existência, para além das pretensões morais, de propriedades morais metafísicas, que designa como «morons». Não existe qualquer distinção significativa entre questões morais – como saber se a justiça exige um serviço de saúde universal – e questões sobre moral – tendentes a determinar se a pretensão de que a justiça exige um serviço de saúde universal é verdadeira ou apenas exprime uma atitude (p. 10).

Se não existem questões morais de «segundo grau», chamemos-lhes assim, a independência do valor estrutura-se sobre a interconexão entre os seus diferentes conceitos e departamentos. Isso acontece, desde logo, porque os conceitos de valor não se encontram «lá fora», à espera de ser encontrados, como os factos brutos, mas antes existem em práticas sociais que carecem de ser interpretadas.

Dworkin sustenta que nenhuma abordagem filosófica catalogada se ajusta ao seu modo de ver, porque nenhuma prescinde do falso pressuposto de que «existem importantes questões sobre valores que não devem ser respondidas através de juízos de valor» (p. 11). Os nossos juízos morais são interpretações de conceitos morais básicos e testamos essas interpretações ao colocá-las em quadros de valor mais amplos, de modo a apurar se se ajustam em conjunto e sustentam as melhores concepções dos conceitos envolvidos.

Com base nestes pressupostos, Dworkin desenvolve os dois princípios do individualismo ético, que descreve em outros contextos, designadamente na sua teoria da justiça, como sendo princípios políticos. O primeiro é um princípio de autorrespeito, de acordo com o qual cada pessoa deve levar a sua vida a sério, aceitando ser importante que essa vida seja um sucesso, em vez de uma oportunidade desperdiçada. O segundo é princípio da autenticidade: cada pessoa tem uma responsabilidade pessoal na identificação daquilo que vale como sucesso na sua própria vida (pp. 203-204). Dworkin discute estes princípios no contexto da ética, relativa ao estudo do viver bem, defendendo ainda uma visão «compatibilista» do determinismo e do livre arbítrio (p. 219 ss.). Seguidamente, passa à moral, respeitante ao estudo de como devemos tratar as outras pessoas, matéria em que trata, reconhecendo uma inspiração kantiana, os temas das condições em que é lícito causar um prejuízo a outrem, das promessas e obrigações, etc. Por último, fechando o círculo, Dworkin desenvolve uma teoria da justiça, cujos principais traços foram já expostos.

O «Baedeker» apresentado pelo autor, bem como o epílogo, fornecem ainda esclarecimentos sobre o lugar da argumentação por si desenvolvida na história intelectual. Depois de afirmar que a moral quer dos filósofos antigos, quer dos filósofos intoxicados por Deus da Idade Média, era uma moral da autoafirmação, Dworkin sustenta que «o novo regime epistemológico» das Luzes colocou um problema novo às convicções sobre o valor: desde então «não temos direito a pensar que as nossas convicções morais são verdadeiras a menos que consideremos tais convicções uma exigência da razão pura ou um produto de algo “lá fora” no mundo» (p. 16). Pois bem, é contra este «novo regime epistemológico» que Dworkin propõe a sua (re)leitura da lei de Hume: da posição por este assumida de que de nenhuma proposição sobre o que é se pode seguir uma proposição sobre o que deve ser, não devem retirar-se consequências céticas sobre o conhecimento moral, mas as consequências precisamente opostas, isto é, «a independência da moral como um departamento separado do conhecimento, com os seus próprios padrões de inquérito e justificação». Ao contrário do que se poderia pensar, e pensou, a lei, ou princípio, de Hume «exige-nos que rejeitemos o código epistemológico do Iluminismo para o domínio moral» (p. 17).

Se Hume é assim reinterpretado como o fundador da independência da moral em face dos demais domínios do conhecimento, Kant surge como o unificador da ética e da moral, ainda que essa unificação tenha de ser salva do horizonte metafísico em que a encerrou. Aquele que Dworkin designa

o «princípio de Kant», isto é, o princípio de que «uma pessoa pode alcançar a dignidade e autorrespeito indispensáveis a uma vida de sucesso apenas se mostrar respeito pela humanidade em todas as suas formas» é assumido como «um padrão para a unificação da ética e da moral» (p. 19). Essa unificação visa retomar o ideal da Grécia clássica, aparentemente abandonado pela filosofia moral moderna, segundo o qual a dimensão ética do viver bem é mais do que satisfazer o desejo de cada um e a dimensão moral da preocupação com as vidas dos outros é mais do que uma perspectiva instrumental.

O projeto de Dworkin abrange dois objetivos: estabelecer a independência do valor, mas também encontrar um padrão para a unidade do valor. A ambição do primeiro objetivo é bem demonstrada pelo modo como Dworkin o encara: a revolução de Galileu «fez o mundo do valor seguro para a ciência», ainda que cedendo à tentação de tornar o método da física numa metafísica totalitária; do que se trata agora é de saber como «pode fazer-se o mundo da ciência seguro para o valor» (p. 417). Por outras palavras, o projeto de Dworkin é encarado como uma libertação: «a ética e a moral são independentes da física e dos seus parceiros: o valor é do mesmo modo autossustentado» (p. 418).

Quanto ao segundo objetivo, Dworkin não deixa de ter consciência da diferença entre os dois ideais éticos: viver bem – isto é, com o mesmo respeito pela importância da vida dos outros e da sua responsabilidade ética que atribuímos à nossa própria vida – e ter uma vida boa (p. 419). Podemos viver bem, respeitando a nossa dignidade e a daqueles que nos rodeiam, sem ter uma vida boa, em virtude da má sorte, pobreza extrema, injustiça persistente, doença grave ou morte prematura. Aliás, uma riqueza injusta pode ser também um entrave a viver bem, na medida em que obriga a um maior envolvimento na vida política da comunidade, através do empenho em assegurar justiça para os seus restantes membros (pp. 421-422). Uma vida boa, por seu turno, é uma vida não trivial, não desperdiçada. Simplesmente, para além da distinção entre os parâmetros que permitem a cada um escolher uma vida boa – a sua cultura, meio social, talentos e gostos – e as limitações – doenças, deficiências físicas ou mentais, injustiça na distribuição de recursos – que impedem que se conduza uma vida segundo aqueles parâmetros, é da natureza do projeto de Dworkin que pouco mais possa ser dito sobre o conteúdo de uma vida boa (p. 195 ss.). Na realidade, os princípios do individualismo ético prendem-se sobretudo com o viver bem. Isso não exclui, porventura, a possibilidade de alguém levar uma vida boa sem a viver bem...

# NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS – julho a novembro de 2011

*elaborado por Catarina Anastácio*

- CLAUS-DIETER EHLERMANN/MEL MARQUIS (eds.) – *European Competition Law Annual 2009 The Evaluation of Evidence and its Judicial Review in Competition Cases*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2011.
- DOUGLAS BRODER – *U.S. Antitrust Law and Enforcement – A Practice Introduction*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2011.
- EINER R. ELHAUGE – *United States Antitrust Law and Economics*, 2.<sup>a</sup> ed., West: Foundation Press, 2011.
- EINER ELHAUGE/DAMIEN GERADIN – *Global Competition Law and Economics*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2011.
- ERIKA SZYSZCZAK – *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.
- FRANCESCO RUSSO/MAARTEN PIETER SCHINKEL/ANDREA GÜNSTER/MARTIN CARREE – *European Commission Decisions on Competition – Economic Perspectives on Landmark Antitrust and Merger Cases*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- FRANK WIJCKMANS/FILIP TUYTSCHAEVER – *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GEOFFREY A. MANNE/JOSHUA D. WRIGHT – *Competition Policy and Patent Law under Uncertainty – Regulating Innovation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- GTZ DRAUZ/CHRISTOPHER JONES (eds.) – *EU Competition Law: Volume II, Mergers and Acquisitions*, 2.<sup>a</sup> ed., Deventer: Claeys & Casteels Publishing, 2011.
- H. STEPHEN HARRIS/PETER J. WANG/MARK A. COHEN/YIZHE ZHANG/SEBASTIEN J. EVRARD – *Anti-Monopoly Law and Practice in China*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- INGE GOVAERE/REINHARD QUICK/MARCO BRONCKERS – *Trade and Competition Law in the EU and Beyond*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.

- JAN M. HEBLY – *European Public Procurement. Legislative History of the ‘Remedies’ Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.
- JAUNIUS GUMBIS/MARIUS JUONIS/LAURA SLEPAITE/KAROLIS KACERAUSKAS – *Competition Law in Lithuania*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.
- JOSEF DREXL/WARREN S. GRIMES/CLIFFORD A. JONES/RUDOLPH J.R. PERITZ/EDWARD T. SWAINE (eds.) – *More Common Ground for International Competition Law?*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.
- KIRSTY MIDDLETON – *Blackstone’s UK and EU Competition Documents*, 7.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2011.
- MARIO SIRAGUSA/CESARE RIZZA (eds.) – *EU Competition Law: Volume III, Cartel Law: Restrictive Agreements and Practices between Competitors*, 2.<sup>a</sup> ed., Deventer: Claeys & Casteels Publishing, 2011.
- MARK JEPHCOTT – *The Law of Cartels*, 2.<sup>a</sup> ed., Bristol: Jordan Publishing, 2011.
- MICHAEL FAURE/XINZHU ZHANG – *Competition Policy and Regulation: Recent Developments in China, the U.S. and Europe*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.
- PAUL NIHOUL/PETER RODFORD – *EU Electronic Communications Law: Competition & Regulation in the European Telecommunications Market*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- PHILIP CLARKE/STEPHEN CORONES/JULIE CLARKE – *Competition Law and Policy: Cases and Materials*, 3.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2011.
- R. IAN McEWIN (ed.) – *Intellectual Property, Competition Law and Economics in Asia*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2011.
- STEVEN ANDERMAN/ARIEL EZRACHI – *Intellectual Property and Competition Law: New Frontiers*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- SUZANNE KINGSTON – *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- THEMISTOKLIS K. GIANNAKOPOULOS – *Safeguarding Companies’ Rights in Competition and Anti-dumping/ Anti-subsidies Proceedings*, 2.<sup>a</sup> ed., The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.
- XIAOYE WANG/JESSICA SU – *Competition Law in China*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2011.



C&R

ATUALIDADES



# ATUALIDADES

*elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral*

## EVENTOS E CONFERÊNCIAS

*Realizados*

### AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

#### **Seminário “Experiences of the Turkish Competition Authority with a Glance at Recent Cases”**

*Lisboa, 26 de setembro de 2011*

Em 26 de setembro de 2011, quatro especialistas em concorrência da Autoridade da Concorrência da Turquia – Rekabet Kurumu – realizaram um seminário aberto ao público nas instalações da AdC dedicado à experiência daquela Autoridade na aplicação do direito da concorrência. O seminário integrou-se no âmbito da segunda edição do Programa Internacional de Formação da Autoridade da Concorrência (AdC), que decorreu de 26 a 30 de setembro de 2011.

Com o intuito de aprofundar o intercâmbio de experiências e melhorar o conhecimento mútuo entre as duas jurisdições, os oradores, Cumhur Atalay Hatipođlu, Remzi Özge Aritürk, Çađlar Deniz Ata e Sinan Bozkuđ, realizaram uma apresentação sobre investigações recentes da Autoridade da Concorrência da Turquia no domínio das práticas restritivas da concorrência.

Mais informação disponível em: <http://www.concorrenca.pt/>.

#### **Seminário “Good Turnover and Bad Turnover: Entry Barriers, Survival Barriers, and Welfare”**

*Lisboa, 24 de novembro de 2011*

O Prof. Doutor Luís B. Cabral, da Leonard N. Stern School of Business e New York University, realizou um seminário nas instalações da AdC, no qual apresentou uma versão atualizada do seu estudo dedicada ao tema “*Good Turnover and Bad Turnover: Entry Barriers, Survival Barriers, and Welfare*”. Uma versão anterior deste estudo havia sido apresentada num seminário da AdC em janeiro de 2011.

O estudo visa compreender o fenómeno das taxas de rotatividade das empresas e os fatores que as influenciam, como as barreiras à sobrevivência. Além disso, foi delineada uma distinção da boa rotatividade das empresas, observada na Nova Zelândia, da má rotatividade, visível em Marrocos. Através da utilização de métodos de simulação, foram ainda estimados os efeitos no bem-estar das barreiras à entrada por um lado e das barreiras à sobrevivência por outro.

Mais informação disponível em: <http://www.concorrenca.pt/>.

#### **IDEFF**

#### **Seminário Internacional “Jogos de Azar na UE – Liberdade de Prestação de Serviços, Harmonização de Regulações Nacionais ou Monopólios Naturais?”**

*Faculdade de Direito de Lisboa, 15 de junho de 2011*

Interveio o Professor Torsten Stein, Professor de Direito Europeu e Direito Internacional e Diretor do Instituto de Estudos Europeus da Universidade de Saarland. A Apresentação inicial do Tema Geral do Seminário e do Orador coube ao Professor Doutor Luís Silva Morais (Professor Associado da Faculdade de Direito de Lisboa, Vice-Presidente do IDEFF e do Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IE)).

#### **Conferência Internacional “Perspetivas de Reforma da Regulação Bancária”**

*Fundação Calouste Gulbenkian, 1 de julho de 2011*

Integrada no Curso de Pós-Graduação relativo à Reforma da Regulação Financeira e tendo por promotores o IE, o IDEFF e o Instituto Superior de Gestão Bancária (Associação Portuguesa de Bancos), contando ainda com apoio do Banco de Portugal e do Instituto de Seguros de Portugal.

Foram oradores nesta Conferência os Professores Doutores Pedro Duarte Neves (Vice-Governador do Banco de Portugal), António de Sousa (Presidente da Associação Portuguesa de Bancos), Charles Goodhart (London School of Economics) e Peter Nyberg (Diretor-Geral de Mercados Financeiros do Ministério das Finanças da Finlândia, Coordenador da recente “Comissão de Investigação sobre o Sector Bancário na Irlanda” e ex-consultor do FMI). A apresentação do Tema e dos Oradores coube ao Professor Doutor Luís Silva Morais.

## **Conferência Internacional “Perspetivas de Reforma da Regulação e Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões”**

*Instituto de Seguros de Portugal, 28 de outubro de 2011*

Integrada no Curso de Pós-Graduação relativo à Reforma da Regulação Financeira e tendo por promotores o IE, o IDEFF e o Instituto Superior de Gestão Bancária (Associação Portuguesa de Bancos), contando ainda com apoio do Banco de Portugal e do Instituto de Seguros de Portugal. Coordenadores Científicos: Professores Doutores Luís Morais e René Smits (Professor da Universidade de Amesterdão – Centre for Law and Economic).

A abertura da Conferência coube ao Professor Doutor Eduardo Paz Ferreira (Presidente do IE e do IDEFF) e teve por oradores Gabriel Bernardino (Presidente da Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reformas – EIOPA), Dario Focarelli (Chief Economist – Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici – Professor Univ. La Sapienza Roma) e Fernando Nogueira (Presidente do Instituto de Seguros de Portugal). A apresentação do Tema e dos Oradores coube ao Professor Doutor Luís Silva Morais.

*A realizar*

*Nacionais*

### **Atividades do IDEFF na área da Concorrência e Regulação – Iniciativas em curso**

Em áreas próximas ou relevantes no domínio da Concorrência e Regulação, estão já a decorrer as seguintes Pós-Graduações:

1. III Curso de Pós-Graduação de Especialização em Mercados Financeiros, sob Coordenação do Professor Doutor Eduardo Paz Ferreira;
2. II Curso Pós-Graduado de especialização “O Direito Europeu em Ação – A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia”, sob Coordenação do Professor Doutor Eduardo Paz Ferreira;
3. Curso de Formação em Aspetos Jurídicos e Fiscais do Contrato de Seguro e da Atividade Seguradora, sob Coordenação da Professora Doutora Nazaré da Costa Cabral e do Mestre Guilherme W. d’Oliveira Martins.

Mais informações sobre estas iniciativas podem ser encontradas em [www.ideff.pt](http://www.ideff.pt).

### *Internacionais*

#### **Antitrust International Cartel Workshop**

*Vancouver, 1 – 3 de fevereiro de 2012*

O *workshop* é organizado bianualmente pela American Bar Association, privilegiando uma abordagem prática através de casos hipotéticos. Além disso, serão também abordados novos desenvolvimentos na legislação e prática dos programas de clemência a nível internacional.

Mais informação disponível em: <http://www2.americanbar.org/calendar/at12021-antitrust-international-cartel-workshop/Pages/default.aspx>.

#### **European Competition Forum 2012**

*Bruxelas, 2 de fevereiro de 2012*

A Comissão Europeia organiza pela primeira vez este Fórum que pretende reunir ministros, parlamentares, peritos em política de concorrência e os media, com o objetivo de debater a atualidade e perspetivas futuras da aplicação do direito da concorrência.

O Fórum está estruturado em três sessões, dedicadas à política de concorrência e competitividade, controlo de auxílios de Estado e o modelo europeu de concorrência.

Mais informação disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/information/european\\_competition\\_forum\\_2012/index.html](http://ec.europa.eu/competition/information/european_competition_forum_2012/index.html).

#### **New Frontiers of Antitrust – 3rd International Concurrences Conference**

*Paris, 10 de fevereiro de 2012*

Na sua terceira edição, esta Conferência organizada pela Concurrences conta com a presença de prestigiados oradores, como o Comissário Europeu responsável pela concorrência, Joaquin Almunia, e os Presidentes de várias autoridades da concorrência europeias. Entre os temas debatidos encontram-se os programas de “compliance”, autonomia processual e objeto e efeito restritivo da concorrência.

Mais informação disponível em: <http://nfa2012.eventbrite.com/>.

**IP and Technology 2012**

*Londres, 14 de março de 2012*

A Global Competition Review organiza esta conferência dedicada à aplicação do direito da concorrência aos mercados das tecnologias de informação, quer no que respeita a práticas restritivas da concorrência, quer no atinente ao controlo de operações de concentração entre empresas. As diferenças entre os sistemas na Europa e nos EUA serão igualmente abordados, entre outros temas.

Mais informação disponível em: <http://www.globalcompetitionreview.com/events/1342/ip-technology-2012/>.





## NOTAS CURRICULARES

### ALEXANDER ITALIANER

Antes de tomar posse como Diretor-Geral da Concorrência da Comissão Europeia, em 18 de fevereiro de 2010, Alexander Italianer era Secretário-Geral Adjunto responsável pelo “Programa Legislar Melhor” e Presidente do Comité das Avaliações de Impacto, desde 2006. Licenciado em Econometria e Doutorado em Economia pela Universidade de Groningen (Países Baixos), foi investigador associado na Universidade Católica de Lovaina (*Katholieke Universiteit Leuven* – KUL), antes de ingressar na Comissão Europeia, em 1985. Após 10 anos na Direção-Geral dos Assuntos Económicos e Financeiros, trabalhou sucessivamente nos Gabinetes do Presidente Santer, Comissário Verheugen, Comissário Telička e Presidente Barroso, com uma curta interrupção de 2002 a 2004 como Diretor para os Assuntos Económicos e Financeiros Internacionais.

*Prior to becoming Director General for Competition of the European Commission on 18 February 2010, Alexander Italianer was from 2006 Deputy Secretary General in charge of the Better Regulation Agenda and Chairman of the Impact Assessment Board. He holds a graduate degree in econometrics and a Ph.D. in economics from the University of Groningen (the Netherlands), and was a research associate at the Catholic University of Leuven (KUL) before joining the European Commission in 1985. After 10 years in its Directorate General for Economic and Financial Affairs, he worked successively in the cabinets of President Santer, Commissioner Verheugen, Commissioner Telička and President Barroso, interrupted by a brief spell, from 2002–2004, as Director for International Economic and Financial Affairs.*

### ANA AMANTE

Licenciada em Economia pela Faculdade de Ciências Económicas e Empresariais da Universidade Católica Portuguesa (1998), onde também concluiu o

Mestrado em Estudos Europeus (2006). De 1999 a 2004, foi economista da Autoridade Nacional de Comunicações, no Departamento de Preços e Interligação. De 2004 a 2010, foi economista na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Mercados Regulados (2004-2008) e no Gabinete de Estudos Económicos e de Acompanhamento de Mercados (2008-2011). Desde janeiro de 2011, desempenha funções na Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia, em Bruxelas.

*Ana Amante is a Graduate in Economics from the School of Business & Economics of the Portuguese Catholic University (1998), where she also concluded her Master's degree in European Studies (2006). From 1999 until 2004, she was an economist at the Portuguese National Regulatory Authority for Telecommunications. From 2004 until 2010, she was an economist at the Portuguese Competition Authority in the Department of Regulated Markets (2004-2008) and in the Bureau of Economic Studies and Market Monitoring (2008-2011). Since January 2011, she is a case-handler at the Directorate General for Competition of the EU Commission in Brussels.*

#### **ANA PAULA MARTINEZ**

Ana Paula Martinez foi Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica e Secretária Adjunta da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (2007-2010). É bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Mestre por Harvard Law School e pela USP e Doutoranda em Direito Penal Econômico pela USP. É sócia de Levy & Salomão Advogados e consultora da UNCTAD e do Governo da Colômbia para temas de concorrência.

*Ana Paula Martinez was Director of the Department for Protection and Economic Defence and Deputy Secretary of the Secretariat of Economic Law of the Ministry of Justice (2007-2010). She has a degree in Law by the University of São Paulo Law School (USP), Master by Harvard Law School and USP, and PhD candidate in Economic Penal Law by USP. Partner at Levy & Salomão Advogados law firm and consultant of UNCTAD and the Government of Colombia for Competition issues.*

#### **CARLOS EMMANUEL JOPPERT RAGAZZO**

É Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Ministério da Justiça, professor adjunto da FGV Direito Rio e integrante do Centro de Pesquisas em Direito e Economia (CPDE/FGV). Licenciado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de

Janeiro (PUC/RJ), é ainda Mestre em Direito da Concorrência e Regulação de Mercados (LL.M) pela *New York University School of Law* (NYU), Mestre em Direito Civil e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). A experiência profissional anterior iniciou-se no escritório Pinheiro Neto Advogados, no Rio de Janeiro, tendo passado pela *Federal Trade Commission* (FTC), em Nova Iorque, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, local em que ocupou o cargo de Coordenador Geral de Defesa da Concorrência (COGDC).

*Carlos Ragazzo is a Commissioner of CADE, Brazil's Antitrust Authority, Adjunct Professor at FGV Direito Rio and researcher of Centro de Pesquisas em Direito e Economia (CPDE/FGV). He obtained his law degree at Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro (PUC/RJ). He has an LL.M in Antitrust Law and Trade Regulation at the New York University School of Law (NYU). He also holds a LL.M and a Ph.D. from the University of the State of Rio de Janeiro (UERJ). His previous professional experience started at Pinheiro Neto Advogados, a law firm in Rio de Janeiro. He also worked for the Federal Trade Commission, at its Regional Office in New York, and for the Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), a branch of the Ministry of Finance in Brazil, where he was General Coordinator for Antitrust.*

#### **DANIEL VIEIRA BOGÉA SOARES**

Licenciado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasil (2010). Atualmente, é aluno no curso de Pós-Graduação em Direito Público no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, em Brasília. É membro da Ordem dos Advogados do Brasil. É advogado do escritório brasileiro Veirano Advogados desde 2011, nas áreas de Direito da Concorrência e Direito Regulatório.

*Daniel Soares is law graduate from the Centro Universitário de Brasília, Brasil (2010). He is currently pursuing a Post-Graduate degree in Public Law at the Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, in Brasília. He is a member of the Brazilian Bar Association. He is an attorney at the Brazilian law firm Veirano Advogados since 2011, in the areas of Competition Law and Regulatory Law.*

#### **DIOGO R. COUTINHO**

Professor associado de direito econômico na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Licenciado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), em 1997. Obteve o título de *MSc Regulation* na *London School*

*of Economics and Political Science (LSE), Reino Unido, em 2002. Doutorou-se em Direito pela USP, em 2003. É livre-docente em Direito Econômico pela USP (2010) e pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap). Suas linhas de pesquisa são Direito, desenvolvimento e políticas públicas, regulação econômica e defesa da concorrência.*

*Diogo R. Coutinho is Professor of economic law at the University of São Paulo Law School (USP). He is Law graduate from the University of São Paulo Law School (USP), 1997. MSc Regulation from the London School of Economics and Political Science (LSE), England, 2002. Doctor in Law from the USP, 2002. He is Professor of economic law at USP (2010) and researcher at Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap). His fields of research are law, development and public policies, economic regulation and competition law.*

#### **FELIPE HOCHSCHEIT KREUTZ**

Licenciado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil. Mestrando em ciências criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, Brasil (desde 1998). Trabalhou como advogado no Brasil e como professor na Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Brasil.

*Felipe Kreutz is law graduate from the Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil. Student of master degree in criminal science, University of Lisbon Law School, Portugal. Prosecutor in the state of Rio Grande do Sul, Brazil (since 1998). He worked as a lawyer in Brazil and as a professor at School of the Public Ministry of Rio Grande do Sul, Brazil.*

#### **FERNANDO HERREN AGUILLAR**

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu e Professor do Curso de Gestão de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1998). Mestre em Direito pela *Académie Européenne de Théorie du Droit*, de Bruxelas (1993). Advogado de Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques, em São Paulo, Brasil. É autor de vários livros na área do Direito Econômico.

*Dean of the Law School of University São Judas Tadeu (São Paulo) and Professor at the School of Public Policies Management at the University of São Paulo. Doctor of Juridical Science (J.S.D.) from the University of São Paulo*

(1998). *LL.M in Legal Theory from the European Academy of Legal Theory, Brussels* (1993). *Lawyer at Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques, in São Paulo, Brazil. Author of several books on Economic Law.*

### **JOÃO VAREDA**

Terminou o seu Doutoramento em Economia, em 2008, na Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa. Desde 2007, desempenha funções na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Mercados Regulados (2007-2008) e no Gabinete de Estudos Económicos (2008-2011). Entre 2002 e 2008, foi assistente convidado na Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa. Tem como interesses de investigação Microeconomia, Economia Industrial e Regulação e Concorrência. Tem publicado trabalhos em diversos jornais académicos internacionais e apresentado os seus artigos em diversas conferências internacionais.

*João Vareda has finished his Ph.D. in Economics in 2008 at Nova School of Business and Economics. Since 2007, he works at the Portuguese Competition Authority in the Department of Regulated Markets (2007-2008) and in the Bureau of Economic Studies (2008-2011). From 2002 until 2008, he was a teaching assistant professor at Nova School of Business and Economics. His research interests are Microeconomics, Industrial Economics, Competition Policy and Regulation Economics. Recently, he has published in several scientific international journals, and he has also presented his research in several international conferences.*

### **LEONARDO MANIGLIA DUARTE**

Licenciado em Direito pela Faculdade Municipal de Direito de Franca, Brasil (2001), Mestre (LL.M) em Direito Comparado, com concentração em Direito da Concorrência, pela Faculdade de Direito da Universidade de Miami, Estados Unidos da América (2003) e Pós-Graduado em Direito da Concorrência e da Regulação pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal (2009). É membro da Ordem dos Advogados do Brasil (Comissão de Defesa da Concorrência), da Ordem dos Advogados em Portugal (inscrição suspensa) e da *American Bar Association – ABA* (Secção de Direito da Concorrência). É advogado sênior do escritório brasileiro Veirano Advogados desde 2003, nas áreas de Direito da Concorrência e Direito Regulatório.

*Leonardo Duarte is law graduate from the Faculdade Municipal de Direito de Franca, Brazil (2001). He holds a Master of Laws (LL.M) degree in Comparative Law from the University of Miami School of Law, United States*

*of America, with concentration in Antitrust Law, and a Post-graduate degree in Competition Law and Regulatory Law from the University of Lisbon Law School, Portugal (2009). He is a member of the Brazilian Bar Association (Competition Law Commission), of the Bar Association in Portugal (membership suspended) and of the American Bar Association – ABA (Section of Antitrust Law). He is an attorney at the Brazilian law firm Veirano Advogados since 2003, in the areas of Competition Law and Regulatory Law.*

### **LUÍS GRECO**

Licenciado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil (1978). Concluiu seu LL.M em 2003 e seu doutorado em 2008, ambos na Universidade de Ludwig Maximilian, Munique (Alemanha), sob a orientação do Prof. dr. dr. h. c. mult. Claus Roxin. Sua tese de doutorado sobre “*Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*” (“O vivo e o morto na teoria da pena de Feuerbach”) foi publicada em 2009 na coleção *Strafrechtliche Abhandlungen*, da editora Duncker & Humblot, e agraciada com o Prêmio Max Weber, da *Bayerische Akademie der Wissenschaften*, em 2011. Luís Greco é assistente científico junto à Cátedra do Prof. dr. dr. h. c. Bernd Schünemann desde 2004, sob cuja orientação está concluindo a habilitação sobre o tema “O princípio do *ne-bis-in-idem* no Direito Processual Penal”.

*Luís Greco is law graduate from the Federal University of Rio de Janeiro, Brazil (1978). Dr. Iur. (2008) and LL.M (2003), Ludwig Maximilian's University, Munich, Germany, under the supervision of Professor dr. dr. h. c. mult. Claus Roxin. His Ph.D. thesis on “Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie” (“The Living and the Dead in the Theory of Sanction of Feuerbach”) was published in 2009 in the series Strafrechtliche Abhandlungen from the editor and publisher Duncker & Humblot, and received the award Max Weber from the Bayerische Akademie der Wissenschaften, in 2011. He is Research Assistant to Chair Professor Dr. iur. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann since 2004, under whose supervision is concluding his Postdoctoral Research on the topic “The ne bis in idem principle in Penal Procedural Law”.*

### **MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA**

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), em 2011. Mestranda na mesma Faculdade. Colaboradora na Paz Ferreira & Associados, desde setembro de 2011. Assistente convidada na FDUL (2011/2012). Recebeu, no curso de licenciatura, diversas bolsas e pré-

mios, entre os quais bolsas de estudo por mérito atribuídas pela Universidade de Lisboa por aproveitamento escolar excepcional (anos letivos 2007/2008, 2008/2009 e 2009/2010); prémio de melhor aluno do 2.º ano atribuído pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da FDUL, nas cadeiras de Direito Administrativo I e II, Direito Internacional Público e Direito da União Europeia (2008/2009); 1.º lugar no Prémio em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda (2010).

*Madalena Perestrelo de Oliveira is law graduate from the University of Lisbon Law School. Currently attends the LL.M at the same University. Of Counsel at Paz Ferreira & Associados since September 2011. She is Teaching Assistant Professor at the University of Lisbon Law School. Recipient of several scholarships and academic merit prizes: Lisbon University Academic Excellence Scholarship Award in academic years 2007/2008, 2008/2009 and 2009/2010; 2<sup>nd</sup> Year Top of the Class Student Award granted by the Institute of Law and Political Science of Lisbon University School of Law for the grades achieved in the following courses: Administrative Law I & II, International Public Law and European Union Law (2008/2009); 1<sup>st</sup> prize in the Professor Jorge Miranda Academic Merit Award (2010).*

#### **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 atividade 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 Ph.D. He has published several books and articles in the areas of Constitutional Law and Political Philosophy.*

#### **NUNO CUNHA RODRIGUES**

Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1995), onde obteve o grau de Mestre em Direito (2003). Encontra-se a preparar o Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas. É Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde lecionou as disciplinas de Direito Financeiro, Direito Fiscal, Relações Económicas Internacionais, Direito da Economia; Direito da Economia II; Direito da União Europeia e Direito Comunitário II. Advogado. Foi consultor, adjunto para a área eco-

nómico-financeira, adjunto principal e Chefe de Gabinete do Ministro da República para a Madeira. Foi Assistente, no Departamento de Direito e no Departamento de Relações Internacionais da Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Secretário-executivo da Pós-graduação em regulação e concorrência do Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDEFF). Secretário do Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa (IE). Coordenador científico da Pósgraduação em jurisprudência da União Europeia. Membro da comissão de redação da Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal.

*Nuno Cunha Rodrigues is law graduate from the University of Lisbon Law School (1995), where he also concluded his Master in Law (2003). He is doctoral student at the same Law School in the field of economic law. He is Teaching Assistant Professor at the University of Lisbon Law School, where he teaches Financial Law, Tax Law, International Economic Relations, Economic Law and EU Law. He was consultant, member of the Cabinet and Chief of the Cabinet of the Republic Minister to Madeira Autonomous Region. He was a Teaching Assistant Professor at the Law Department and International Relations Department of Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). He is executive secretary of Post-graduate courses on regulation and competition of the Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDEFF). He is Secretary of the European Institute of the University of Lisbon Law School (IE). He is member of the Editorial Commission of the Public Finance and Tax Law Journal.*

#### **PAULO DE SOUSA MENDES**

Licenciado em Direito (1981), Mestre em Direito (1987) e Doutor em Direito (2006). Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ensina Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Probatório e Criminologia. Diretor do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. Membro da Direção do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais (IDPCC). Foi professor na Academia Militar (2006-2009). Foi membro do Conselho de Fiscalização dos Serviços de Informação da República Portuguesa (1998-1999). Foi membro do Conselho da Unidade de Missão para a Reforma Penal (2005-2007). Foi jurista na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) (1998-2006).

*Paulo de Sousa Mendes is graduated in Law (1981), Master in Law (1987) and Doctor in Law (2006) from the University of Lisbon Law School. He is*



*Professor at the University of Lisbon Law School, where he teaches Criminal Law, Criminal Procedural Law, Criminology and Evidence Law. He is Director of the Legal Department of the Portuguese Competition Authority. He is Member of the Board of Directors of the Portuguese Institute of Penal Law and Criminal Sciences. He has taught at Military Academy. Former Member of the Parliamentary Supervision Committee for the Portuguese Intelligence Service, (1998-1999). Former Member of the Portuguese Committee for the Reformation of the Penal Code and the Penal Procedural Code (2005-2007). Former Jurist of the Portuguese Securities Market Commission (1998-2006).*

### **PAULA VAZ FREIRE**

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na área de Ciências Jurídico-Económicas. Autora de livros e artigos nas áreas do Direito Económico da União Europeia, Economia Política e do Direito da Concorrência. Neste domínio publicou trabalhos sobre restrições verticais, argumentos de eficiência e defesa da concorrência, fundamentos do Direito da Concorrência, Direito Administrativo da Concorrência, obrigação de facultar acesso a recursos produtivos essenciais, análise económica e avaliação dos auxílios estatais.

*Paula Vaz Freire has a Ph.D. in Law from the University of Lisbon Law School. She is Professor at the University of Lisbon Law School, in the area of legal-economic sciences. She is author of books and articles in European Economic Law, Political Economy and Competition Law. The works she has published in Competition Law regard vertical restraints, efficiency considerations in competition rules, origins of competition law, competition administrative law, essential facilities doctrine and the obligation to supply competitors, and economic analysis of State aids.*

### **PEDRO COSTA GONÇALVES**

Professor da Faculdade de Direito de Coimbra. Diretor Executivo do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) e Advogado. Diretor da Revista de Contratos Públicos e Subdiretor da Revista de Direito Público e Regulação On Line. Autor de várias obras e textos sobre temas de Direito Administrativo, em particular, nas áreas da regulação pública e dos contratos públicos.

*Pedro Costa Gonçalves is Professor at the University of Coimbra Law School. He is Executive Director of the Center for Studies in Public Law and Regulation*

*(CEDIPRE) and Lawyer. He is the Director/Editor-in-Chief of two Law Journals: Revista de Direito Público e Regulação On Line (Public Law and Regulation Review On Line) and Revista de Contratos Públicos (Public Procurement Review). He is also the author of an extensive number of books and publications on Public Law, Administrative Law, Public Regulation and Public Contracts Law.*

#### **PETER FREEMAN CBE, QC**

Licenciado pelas Universidades de Cambridge e de Bruxelas. Recentemente desempenhou funções dirigentes na Administração Pública e é atualmente consultor sénior nos escritórios de Londres da sociedade de advogados internacional *Cleary Gottlieb Steen and Hamilton*. De 2005 a 2011, foi Presidente da *Competition Commission* do Reino Unido, tendo sido Vice-Presidente desde 2003. Anteriormente, integrou a sociedade de advogados internacional *Simmons & Simmons* durante 30 anos, 25 dos quais como sócio, responsável por um grande departamento e liderando a área de Direito Comunitário e de Concorrência. Em 2011, tornou-se membro do *Competition Appeal Tribunal* do Reino Unido. Até 2007 foi Presidente e é atualmente *Distinguished Fellow* do *Regulatory Policy Institute*, Oxford, e escreveu e foi orador em numerosas ocasiões sobre Direito da Concorrência e Regulação. É membro do Conselho Consultivo do Centro de Investigação ESRC para política de concorrência da Universidade de East Anglia, do Forum Internacional de Concorrência, Universidade de S. Gallen, do *Competition Law Journal*, Londres, e do Conselho Científico da Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa.

*Peter Freeman CBE, QC is a graduate of the Universities of Cambridge and Brussels. He has recently held senior posts in government service and is now a senior consultant in the London office of the international law firm Cleary Gottlieb Steen and Hamilton. From 2005–2011 he was Chairman of the UK Competition Commission, having been a Deputy Chairman since 2003. Prior to that he spent 30 years in the international law firm Simmons & Simmons, 25 of them as a partner, managing a large department and heading the EC and Competition law practice group. In 2011 he became a member of the UK Competition Appeal Tribunal. He was until 2007 Chairman and is now a Distinguished Fellow of the Regulatory Policy Institute, Oxford, and has written and spoken widely on competition and regulatory law. He is a member of the Advisory Boards of the ESRC Research centre for Competition Policy at the University of East Anglia, the International*

*Competition Forum, University of St Gallen, and the Competition Law Journal, London and of the Scientific Board of the Competition and Regulatory Review, Lisbon.*

#### **RICARDO MEDEIROS DE CASTRO**

Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, atuante no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) desde junho de 2006. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito Internacional pelo PPGDIR/UFRGS. Bacharel em Direito pela UFRGS. Advogado. Membro do Grupo Técnico de Métodos em Economia (GT N.º 3).

*Ricardo Castro is an expert on Public Policies and Government Management and works in CADE since June 2006. Master in International Relations by the Federal University of Rio Grande do Sul (UFRGS). Expert on International Law by PPGDIR/UFRGS. He has a Degree in Law by UFRGS. Lawyer. Member of the Technical Group on Methods in Economics (GT No 3).*

#### **VICENTE BAGNOLI**

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde é Professor Adjunto da Faculdade de Direito, consultor não-governamental da Rede Internacional de Concorrência (ICN), membro da *Academic Society of Competition Law* (ASCOLA), autor de livros e artigos e sócio do escritório Vicente Bagnoli Advogados.

*Vicente Bagnoli is Ph.D. in Philosophy and in General Theory of Law from the University of São Paulo, Master in Political and Economic Law from the Mackenzie Presbyterian University, where he is Teaching Assistant Professor at the Law School. He is Non-Governmental Advisor to the International Competition Network (ICN), member of the Academic Society of Competition Law (ASCOLA), author of books and scientific papers and partner of the law firm Vicente Bagnoli Advogados.*

#### **VICTOR CALVETE**

Licenciado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), em 1985. Completou na mesma Faculdade o Mestrado em Integração Europeia, em 1998. Está a terminar o doutoramento. Exerceu sucessivamente a docência na Universidade Livre, no Centro de Estu-

dos e Formação Autárquica e nas Universidades Católica, da Ásia Oriental (Macau) e Autónoma de Lisboa, mantendo sempre a ligação à FDUC. Desempenhou funções como assessor do Secretário Adjunto para os Assuntos de Justiça e a Administração Local do Governo de Macau, do Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros, do Gabinete dos Juizes do Tribunal Constitucional e do Presidente da República. Foi vogal do Conselho da Concorrência entre 1994 e 2003. É o atual Presidente da Comissão Executiva da Taguspark – Sociedade de Promoção e Desenvolvimento do Parque de Ciência e Tecnologia da Área de Lisboa, S.A.

*Victor Calvete has Law (1985) and Master's (1998) degrees from the University of Coimbra Law School. While teaching in the University of Coimbra Law School, he lectured in several Portuguese Universities. He also has taught in Macau's East Asia University, where he started his counsel career as advisor to the member of Government with the Local Administration and Justice Affairs portfolio. He moved back to Portugal as Legal Advisor to the Secretary of State for the Presidency of the Council of Ministers, and from there to the Constitutional Court and then to the Civil House of the Presidency of the Portuguese Republic. He was Member of the Board of the Competition Council (1994–2003). He is the CEO of Taguspark – Science and Technology Park of Lisbon, S.A.*

#### VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO

Vinícius Marques de Carvalho é bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), doutor em Direito Comercial pela mesma universidade e em Direito Comparado pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne). É Secretário de Direito Econômico (SDE). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental desde 2006, foi conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) até março de 2011, tendo exercido anteriormente as funções de chefe de gabinete da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e de assessor da presidência do CADE.

*Vinícius Carvalho has a Degree in Law by the University of São Paulo (USP), Ph.D. in Commercial Law by the same University and in Comparative Law by the University of Paris I (Panthéon-Sorbonne). He is the Secretary of Economic Law (SDE). Expert on Public Policies and Government Management since 2006, he was Commissioner of CADE until March 2011. Previously, he was Head of Cabinet of the Special Secretariat for Human Rights of the Presidency of the Republic and adviser to the Presidency of CADE.*

*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 excecionais, 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 eletrónico.
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 eletrónico [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt).
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico [revista@concorrencia.pt](mailto: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 eletrónico por si indicados, para revisão.

*Collaboration with*

## REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, 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

### DIREÇÃO

João Espírito Santo Noronha/Luís Silva Morais

### CONSELHO CIENTÍFICO

**Presidentes:** Eduardo Paz Ferreira/Manuel Sebastião

### **Membros:**

António Avelãs Nunes	José António Veloso
António Menezes Cordeiro	José Danilo Lobato
Augusto Silva Dias	José Luís da Cruz Vilaça
Barry Hawk	José de Faria Costa
Bernardo Feijóo Sánchez	José de Oliveira Ascensão
Bo Vesterdorf	José Lobo Moutinho
Carlos Pinto Correia	José Manuel Sérvulo Correia
David Berger	Jürgen Wolters
Diogo Rosenthal Coutinho	Keiichi Yamanaka
Donald Baker	Klaus Rogall
Douglas Rosenthal	Laurence Idot
Eleanor Fox	Luís Cabral
Fernando Borges Araújo	Luís Greco
Fernando Herren Aguillar	Manuel da Costa Andrade
Floriano Marques	Manuel Lopes Porto
François Souty	Marco Bronckers
Frederic Jenny	Maria Fernanda Palma
Geraldo Prado	Mark Zöller
Gerhard Dannecker	Miguel Moura e Silva
Germano Marques da Silva	Miguel Nogueira de Brito
Giorgio Monti	Miguel Poiares Maduro
Harry First	Nicolas Charbitt
Heike Schweitzer	Oswald Jansen
Ioannis Kokkoris	Patrick Rey
João Ferreira do Amaral	Paulo Câmara
Jorge Braga de Macedo	Paulo de Pitta e Cunha
Jorge de Figueiredo Dias	Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos  
Pedro Pitta Barros  
Peter Freeman CBE, QC  
Philip Marsden  
Piet Jan Slot  
René Smits

Richard Wish  
Rosa Greaves  
Vasco Pereira da Silva  
Vito Tanzi  
William Kovacic  
Wouter Wils

## CONSELHO REDATORIAL

**Presidente:** Paulo de Sousa Mendes

### **Comissão Coordenadora:**

Ana Perestrelo de Oliveira	Francisco Costa Cabral
André Forte	Helena Gaspar Martinho
Catarina Anastácio	Nazaré da Costa Cabral
Cristina Camacho	José Renato Gonçalves
Fernando Pereira Ricardo	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 contraordenacional 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 eletrónicas*

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 proteção 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









