

REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANO IV • NÚMERO 13  
JANEIRO – MARÇO 2013

# 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 IV • Número 13

janeiro – março 2013

**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 76-80

3000-167 Coimbra, Portugal

T: 239 851 904

F: 239 851 901

editora@almedina.net

www.almedina.net

**EXECUÇÃO GRÁFICA**

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Preço avulso desta Revista €25,00

Assinatura anual da Revista (4 números) €90 (desconto de 10%)

**MARÇO 2013**

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

## 17 DOUTRINA

19 Imelda Maher – *The New Horizontal Guidelines: Standardisation*

35 Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro – *Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams*

89 Stéphane Rodrigues – *Les services sociaux d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne*

107 Bernardo Feijoo Sánchez – *El Derecho Penal Español frente a fraudes bursátiles transnacionales – ¿Protege el derecho penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?*

137 Orlindo Francisco Borges – *Responsabilidade civil das sociedades de classificação por derrames petrolíferos causados por navios inspecionados: em busca de um claro regime entre o port state control e os contratos de classificação*

189 Tiago Geraldo – *A reabertura do inquérito (ou a proibição relativa de repetição da ação penal)*

233 André Paralta Areias – *O valor do princípio da presunção de inocência no novo regime da indemnização por indevida privação da liberdade*

## 267 LEGISLAÇÃO

### 269 Legislação nacional

269 Legislação nacional de regulação – janeiro a março de 2013

## 277 JURISPRUDÊNCIA

### 279 Comentário de Jurisprudência da União Europeia

279 Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência* – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais – Margarida Caldeira

### 303 Jurisprudência Geral

303 Jurisprudência nacional de concorrência – janeiro a março de 2013

305 Jurisprudência nacional de regulação (CMVM) – janeiro a março de 2013

307 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – janeiro a março de 2013

**311 BIBLIOGRAFIA**

**313 Recensão**

**313** Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio (coords.), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013 – Cristina Camacho

**319** **Novidades Bibliográficas** – janeiro a março de 2013

**321 ATUALIDADES**

**329 NOTAS CURRICULARES**

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

**337 Órgãos Sociais**

## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*João Espírito Santo Noronha  
Luís Silva Morais*

O N.º 13 da C&R dá continuidade à nossa política editorial de abranger tanto matérias de direito e política da concorrência como de regulação económica. Este número prossegue igualmente a nossa declarada orientação geral de coordenar matérias relevantes para a jurisdição portuguesa com matérias relativas à União Europeia, considerando o facto de o direito da concorrência e os desenvolvimentos regulatórios europeus serem decisivos para a dinâmica jurídica e económica nestas áreas.

Dada a diversidade de matérias cobertas em ambas as áreas, e a título excecional, este N.º 13 não inclui qualquer dossier temático – ao contrário do que sucedeu em todos os números anteriores da C&R –, projetando-se,

*No 13 of C&R pursues our editorial policy of covering both topics of competition law and policy and of economic regulation. It also follows our stated overall approach of combining topics relevant to the Portuguese jurisdiction with topics focused on the EU, given the fact that European competition law and regulatory developments are decisive for the legal and economic dynamics in these areas.*

*Given the diversity of topics covered in both areas, and quite exceptionally, this No 13 does not include any special thematic file – contrary to what has happened in all previous numbers – while we shall return to our usual*

em contrapartida, regressar à nossa habitual orientação editorial de incluir de um dossier temático no N.º 14 da Revista (com enfoque na questão da aplicação das regras da concorrência à internet e ao mundo digital, bem como em matérias respeitantes à regulação deste complexo e dinâmico domínio).

Os artigos incluídos na secção de doutrina geral deste número da C&R refletem alguns dos principais desafios e desenvolvimentos ocorridos nas áreas do direito da concorrência e da regulação económica (conjuntamente com direito penal e contraordenacional aplicável às infrações económicas) no período abrangido pelo mesmo número, o qual, de algum modo, correspondeu a uma fase de transição após ter sido aparentemente ultrapassada a fase mais aguda da crise económica. Em contrapartida, um apreciável grau de tensão tem continuado a registar-se na Zona Euro e dúvidas consideráveis têm persistido sobre a direção global e o ritmo da reforma da regulação do sector financeiro, o estabelecimento de uma União Bancária Europeia e, no domínio do direito da concorrência da União Europeia, sobre as condições de gradual afastamento dos regimes excecionais delineados para a aplicação de regras de controlo de auxílios de Estado às instituições financeiras.

Também em Portugal muito parece estar a fluir em termos de direito e política da concorrência e de regulação

*editorial policy of including a thematic file in No 14 of the Review (focused on issues of enforcement of competition rules to the internet and the digital world as well as in issues pertaining to the regulation of this complex and dynamic domain).*

*The articles included in this No of C&R in the section of General Doctrine duly reflect some of the major challenges and developments experienced in the fields of competition law and economic regulation (combined with penal law and various regimes of misdemeanours applicable to economic infractions) in the period covered by such number. Such period, in turn, somehow corresponded to a time of transition after the bulk of the economic crisis seem to have been overcome. Conversely, a significant degree of tension remained in the Euro area and considerable doubts persisted about the overall direction and pace of reform of financial regulation, the establishment of a European Banking Union, and, in the field of EU competition law about the conditions of phasing out of the exceptional regimes delineated for application of state aid rules to financial institutions. In Portugal a lot also seems to be in flux in terms of competition law and policy and economic regulation,*

económica, na sequência da reforma de 2012 do regime jurídico da concorrência – a que previsivelmente se seguirá uma nova fase de aplicação do direito da concorrência e de adoção de instrumentos complementares de “*soft law*”.

No que respeita aos artigos relativos ao direito e à política da concorrência, estes incidem sobre três áreas chave que correspondem à consolidação das perspetivas hermenêuticas decorrentes das Orientações da Comissão Europeia, de dezembro de 2010, aplicáveis à cooperação horizontal entre empresas, ao desenvolvimento potencial da aplicação numa esfera privada do direito da concorrência e ao enquadramento aplicável aos serviços de interesse económico geral (uma área crucial na sequência do Tratado de Lisboa e de um possível reajustamento dos modelos da economia social de mercado – “*Soziale Marktwirtschaft*” – na União Europeia).

Relativamente às Orientações aplicáveis à cooperação horizontal, o artigo de Imelda Maher versa os acordos de normalização ao abrigo destas Orientações, enfatizando que as mesmas parecem colocar em geral o enfoque num efeito pro-concorrencial dos acordos de normalização (“*standardization*”) (embora admitindo que o artigo 102.º do TFUE pode ainda desempenhar uma função útil neste domínio).

*after the 2012 reform of the national competition Act – that should predictably be followed by a new stage of enforcement of competition law and by the adoption of complementary soft law regimes.*

*Considering the articles that cover competition law and policy, these focus in three pivotal domains that correspond to the consolidation of the December 2010 European Commission Guidelines applicable to horizontal cooperation between undertakings, to the potential development of private enforcement of competition law and to the framework applicable to services of general economic interest (a crucial domain in the wake of the Treaty of Lisbon and of a possible rebalancing of the models of social market economy – “Soziale Marktwirtschaft” in the EU).*

*As regards the 2010 Horizontal Guidelines, the Article of Imelda Maher covers the treatment of standardisation agreements under these Guidelines, emphasizing that the Guidelines seem generally to focus on a pro-competition effect of standardisation agreements (while admitting that a role for Article 102 of TFEU remains). Given the economic importance of these standardisation agreements, this may represent an important element of*

Dada a importância económica destes acordos de normalização, tal enquadramento analítico geral pode representar um importante elemento de previsibilidade para as empresas, apesar de os casos aparentemente excecionais de aplicação problemática do artigo 101.º do TFUE ainda poderem representar uma significativa área de controvérsia.

O artigo de Leonor Rossi e Miguel Sousa Ferro corresponde à segunda parte de um estudo cuja publicação, dada a sua extensão, foi iniciada num número anterior da C&R. Este estudo faz parte de um amplo projeto de investigação que cobre vários Estados membros da União Europeia (coordenado por Barry Rodger e que previsivelmente conduzirá a interessantes conclusões). Tal estudo propõe-se clarificar o quadro legal de opções ao alcance dos lesados em resultado de infrações anticoncorrenciais, incluindo a avaliação de tais opções de uma perspetiva económica, tendo em consideração o histórico em Portugal nesta matéria (que é mais significativo do que poderia supor-se à primeira vista). Esta análise, e o amplo trabalho de pesquisa que lhe subjaz, é particularmente oportuna considerando as perspetivas em aberto no plano da União Europeia em termos de propostas normativas orientadas para facilitar ou promover a obtenção de indemnizações por

*predictability for undertakings, although the apparently exceptional cases of problematic application of Article 101 TFEU to such agreements can still represent a significant area of controversy.*

*The article of Leonor Rossi and Miguel Ferro corresponds to the second part of a global paper and study whose publication, given its length, has been initiated in a previous number of C&R. This global study is part of a comprehensive research project covering multiple Member States in the EU (coordinated by Barry Rodger and which will lead predictably to interesting conclusions in this domain). It purports to clarify the legal framework that governs the options offered to private parties that suffered damages as a result of antitrust infringements, including an assessment of the feasibility of those options from an economic perspective, taking into consideration the existing track-record in Portugal in this field (which is more significant than it could be supposed 'prima facie'). This analysis and the comprehensive line of research underlying it is particularly timely given the prospects opened at EU level in terms of normative proposals intended to foster private enforcement of competition law in the EU after a protracted period of*

danos resultantes de infrações anti-concorrenciais (as quais implicam um adequado e muito delicado equilíbrio entre as esferas de aplicação pública e de aplicação privada do direito da concorrência, em particular no que se refere à salvaguarda das condições de aplicação dos regimes de clemência, os quais têm sido decisivos nos últimos tempos para um efetivo escrutínio de cartéis na União Europeia).

O artigo de Stéphane Rodrigues, através do qual prosseguimos a nossa opção editorial de publicar textos, para além de inglês, também em língua francesa (na sequência, *v.g.*, da publicação de um artigo muito significativo de Laurence Idot sobre o tratamento das restrições verticais em França), analisa extensivamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa a atividades que podem ser caracterizadas como serviços sociais de interesse económico geral. O artigo analisa o campo altamente sensível de aplicação do par. 2 do artigo 106.º do TFUE (um campo em que ocorreram clarificações hermenêuticas decisivas nos anos mais recentes, mas que ainda gera um apreciável nível de controvérsia). Esta área interage também com o domínio da reforma global das regras de auxílios de Estado, o que aumenta o interesse da análise crítica feita por Stéphane Rodrigues.

Tomando em consideração, noutra plano, as matérias cobertas no campo

*discussion of the best options in this sensitive domain (that requires a proper and most delicate balance of the interplay of private and public enforcement, particularly as regards the safeguard of conditions for application of leniency regimes which have been decisive in recent areas for the effective antitrust scrutiny of cartels in the EU).*

*The Article of Stéphane Rodrigues, through which we further pursue our editorial option of publication of papers in French beside English (after, e.g., the publication of a highly significant paper of Laurence Idot on the treatment of vertical restraints in France), thoroughly analysis the case law of the Court of Justice of the EU on activities that may be characterized as social services of general economic interest. It accordingly deals with the highly sensitive field of application of par 2 of Article 106 TFEU (a field in which decisive hermeneutical clarifications have taken place in the course of recent years, but that still gives rise to an appreciable level of controversy). This area also interacts with the overall reform of the framework of state aid rules, something that enhances the potential interest of the critical analysis undertaken by Stéphane Rodrigues.*

da regulação económica e da aplicação do direito penal e contraordenacional às infrações económicas, um enfoque especial é colocado nos crimes financeiros e nos complexos e exigentes problemas analíticos que estes suscitam, dado a interação extremamente sensível entre os conceitos e princípios penais e o grau de conhecimentos especializados e 'know-how' ou tipo de informações subjacentes à investigação e prova de elementos chave destes crimes financeiros.

Nessa conformidade, o artigo de Bernardo Feijoo Sánchez versa o direito penal espanhol e ilustra de forma sugestiva as sérias dificuldades experimentadas ao nível dos sistemas penais nacionais para limitar e punir de forma efetiva a fraude transnacional envolvendo valores mobiliários (e desta forma proteger os mercados financeiros internacionais e os consumidores de serviços financeiros no contexto de um ambiente de mercado globalizado).

Continuando esta linha de análise largamente orientada para o crime financeiro, o artigo de André Paralta Areias pretende analisar criticamente, num contexto caracterizado pelo aumento da prática destes crimes, a aplicação do regime estabelecido no artigo 225.º do Código de Processo Penal português, que prevê a responsabilidade extracontratual do Estado por danos resultantes do exercício do poder judicial na área criminal

*Turning our attention to the topics covered in the field of economic regulation and of application of penal law and of various regimes of misdemeanours to economic infractions a special focus is placed on financial crimes and the challenging issues it raises, given the complex and rather intractable interaction between penal concepts and principles, the degree of specialized knowledge or know-how and data underlying the investigation and proof of key elements of those financial crimes.*

*Accordingly, the Article of Bernardo Feijoo Sánchez deals with Spanish penal law and suggestively illustrates the serious difficulties experimented at the level of national penal legal systems in order to effectively constrain and punish transnational securities fraud (and thus protect international financial markets and consumers of financial services confronted with a globalized market environment).*

*Pursuing such analytical line largely oriented towards financial crime, the Article of André Paralta Areias purports to critically analyse, in a context characterized by increased practice of these crimes, the fulfilment of the regime set out in article 225 of the Portuguese*

relacionada com a indevida privação da liberdade, tomando em consideração a Constituição portuguesa e a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (que tem consistentemente ganho relevância para efeitos de aplicação das regras de regulação económica e também de direito da concorrência, matéria a que concederemos especial atenção em números futuros da Revista).

Finalmente, também nesta área geral do direito penal e das contra-ordenações com relevância para a aplicação das regras de regulação económica, o artigo de Tiago Geraldo propõe-se apresentar uma visão geral do quadro jurídico aplicável à reabertura de procedimentos criminais, discutindo, em particular, o valor e efeito da decisão de arquivamento de um caso, a extensão e consequências do crucial princípio *ne bis in idem* neste contexto, ou o conceito de “novidade da prova” para efeitos de reabertura do inquérito, e as limitações gerais a este instituto.

Numa área diversa, o artigo de Orlando Francisco Borges aborda a questão da responsabilidade civil de sociedades designadas “sociedades de classificação”, que levam a cabo avaliações para a classificação ou certificação de navios com base em contratos privados ou associados a funções públicas no campo do controlo estadual das atividades portuárias. O papel

*Criminal Procedural Code that foresees the extra-contractual liability of the State for damages resulting from the exercise judicial power in the criminal area, related with the undue deprivation of liberty, taking into consideration the Portuguese Constitution and the case law of the European Court of Human Rights (which has been consistently gaining relevance for the purposes of enforcement of rules of economic regulation and also of competition law, something to which we shall turn our attention also in future numbers of C&R).*

*Finally, also in this general area of criminal and misdemeanours law relevant for the enforcement of rules of economic regulation, the article of Tiago Geraldo purports to present a comprehensive picture of the legal framework applicable to the re-opening of criminal proceedings, discussing, in particular, the value and effectiveness of the decision to close a case, the extent and consequences of the crucial *ne bis in idem* principle in such context, or the concept of new evidence required to re-open proceedings and the general restraints of this institute.*

*In a different domain, the article of Orlando Francisco Borges deals with issues of civil liability of companies*

destas sociedades é, de facto, crucial no campo – que tem vindo a ganhar contínua relevância – da litigância relativa à responsabilidade por poluição por derrames petrolíferos (e, logo, no domínio mais amplo da regulação do ambiente).

É possível antecipar desde já que 2014 venha a ser também um ano crucial em termos de concorrência e regulação económica. Em termos de aplicação do direito da concorrência da União Europeia, encontram-se em curso desenvolvimentos significativos no que respeita a casos envolvendo instituições financeiras (em especial no que se refere a acordos anticoncorrenciais de manipulação de taxas de juro) ou o mundo digital (neste caso, com a previsível conclusão do chamado “caso Google”, que deveremos abordar já no próximo N.º 14 da C&R através do dossier temático sobre internet e governação do mundo digital, a que já fizemos referência neste editorial).

No que respeita a desenvolvimentos previsíveis em Portugal, deverá ser concedida especial atenção à efetiva concretização das disposições resultantes do número 3 do artigo 7.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, sobre prioridades da política da concorrência a fixar anualmente e às políticas ou práticas de ‘enforcement’ resultantes das mesmas e envolvendo, enquanto tais, todos os ‘stakeholders’ relevantes

*designated as ‘classification companies’ which undertake surveys for the classification or certification of ships in the basis of private contracts or associated to public functions in the field of State control of port activities. The role of these companies is, in fact, crucial in the field – gaining continuous relevance nowadays – of litigation on liabilities for oil pollution (and therefore in the larger domain of environmental regulation).*

*2014 will also prove a crucial year in terms of competition and economic regulation. In terms of EU competition law enforcement, serious developments are underway as regards cases concerning financial institutions (especially as regards anticompetitive agreements on the manipulation of key interest rates) or the digital world (in this case with the foreseeable conclusion of the so called ‘Google case’ that we shall follow already in the next number of C&R through the aforementioned thematic file on internet and digital world governance).*

*As regards foreseeable developments in Portugal, attention should be given to the actual implementation of the provisions of par 3 of article 7 of Law N° 19/2012, of 8 of May on priorities of competition law and policy and to enforcement*

no domínio do direito e política da concorrência.

Como sempre sucede, a C&R assume perante os seus leitores o compromisso de acompanhar criticamente esses e outros desenvolvimentos quer no plano da União Europeia, quer no plano nacional.

*policies arising from it and involving, as such, all the stakeholders in the field of competition law and policy.*

*As always, C&R will make a point of critically following these and other relevant developments both at EU and national level.*



C&R

DOCTRINA



# THE NEW HORIZONTAL GUIDELINES: STANDARDISATION

*Imelda Maher*<sup>1</sup>

*ABSTRACT: This article provides an overview of how standardisation agreements are viewed under the European Commission guidelines as well as the Commission DG for Enterprise White Paper on standardisation of Information and Communication Technologies, the latter being a necessary part of the regulatory framework for standardisation agreements in the EU. It suggests that as the Guidelines see the pro-competition effect of standardisation agreements as the norm, A101 will not generally be applicable and the antagonistic interface of standardisation agreements and A101TFEU will be exceptional, but a role for A102TFEU remains.*

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. The Guidelines. 2.1. Overview. 2.2. Object or Effect of an Agreement. 2.3. Standard Terms. 2.4. Standard-setting Organisations (SSOs). 3. Standardisation Agreements: Safe Harbour. 3.1. Unrestricted Participation. 3.2. Transparency. 3.3. Alternative Standards. 3.4. FRAND. 3.5. IPR and Standard-setting. 3.6. A101(3). 4. Conclusions.

## 1. INTRODUCTION

Standardisation agreements are agreements that have as their primary objective the definition of technical or quality requirements with which current or future products, production processes, services or methods may comply.<sup>2</sup> This definition is provided by the Commission 2011 Guidelines on horizontal co-operation agreements which set out the principles for the assessment under A101TFEU of various categories of horizontal agreements, including standardisation

---

1 Sutherland Professor of European Law, UCD Sutherland School of Law, University College Dublin. An earlier version of this paper was presented at the Irish Society for European Law Competition Law Forum, A & L Goodbody, Dublin, 23 March 2011.

2 See paragraph 257, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements OJ C 11, 14.1.201, p. 1.

agreements, the focus of this article.<sup>3</sup> Standardisation agreements can both benefit and restrict competition and hence fall under the scrutiny of DG Competition and are discussed within the Guidelines. The Commission acknowledges that such agreements produce positive economic effects e.g. by improving market interpenetration and encouraging the development of new and improved products. Thus normally standardisation agreements increase competition and lower outputs and sales costs – benefitting the consumer.<sup>4</sup> Nonetheless, it notes that there are specific circumstances where such agreements can restrict competition through reduction of price competition, foreclosure of innovative technologies or exclusion or discrimination against firms who are denied access to an effective standard.<sup>5</sup> The fact the Guidelines see the pro-competition effect of standardisation agreements as the norm, suggests that A101 will not generally be applicable and the antagonistic interface of standardisation agreements and competition rules will be exceptional.

This article provides an overview of how standardisation agreements are viewed under the European Commission guidelines as well as the Commission DG for Enterprise White Paper on standardisation of Information and Communication Technologies.<sup>6</sup> The White Paper acknowledges that the discussions on ICT standardisation are subject to the competition rules but nonetheless, it is useful to have regard to it as part of the regulatory framework for standardisation agreements in the EU.

## 2. THE GUIDELINES

### 2.1. Overview

Consistent with the re-framing of the guidelines on horizontal co-operation<sup>7</sup>, chapter 7 on standardisation is more detailed than in the past. The wording

---

3 Ibid. Hereafter the Guidelines.

4 Guidelines, para. 263.

5 Guidelines, para. 264. Farrar notes that pricing is often discriminatory in standard-setting contexts where licensing negotiations are bilateral and the variation in firm's circumstances allow for discrimination – even within the terms of A101 i.e. sameness being treated differently and difference being treated the same. It is difficult in her view to disentangle the anticompetitive elements here and in the absence of clear criteria for distinguishing harmful from non-harmful discriminatory licensing; a careful case-by-case analysis is needed see Farrer, 2010.

6 EC Commission, 2009.

7 Van Bael & Bellis, 2011.

of A101 TFEU is followed closely. Those agreements that have as their object the restriction of competition are first analysed. Then criteria are provided which, if met, would place those agreements outside A101.<sup>8</sup> Most notably in the absence of market power<sup>9</sup> A101 is not applicable thus where there is a number of competing voluntary standardisation agreements, these will fall outside A101. Finally, there is a discussion of the A101(3) criteria in relation to standardisation.

## 2.2. Object or Effect of an Agreement

The guidelines state that agreements that use a standard as part of a broader restrictive agreement aimed at excluding actual or potential competitors are considered to restrict competition by object.<sup>10</sup> For instance, an agreement whereby a national association of manufacturers sets a standard and puts pressure on third parties not to market products that do not comply with the standard would fall into this category.<sup>11</sup> The guidelines then turn to those agreements that may have the effect of restricting competition. The Commission notes that where an analysis is made of the effect of an agreement regard must be had to the legal and economic context and the likely effects on the market concerned including the market shares of the goods or services based on the standard.<sup>12</sup> As van Bael and Bellis note, one of the difficulties with this categorisation is that it is difficult to draw a clear distinction between practices that have as their object the restriction of competition and those that have such an effect, in particular since the ‘object’ box is not yet closed.<sup>13</sup> The difficulties in categorisation can be seen in the GlaxoSmithKline case where the General Court was found to have erred in law on appeal to the EUCJ.<sup>14</sup> The case concerned dual pricing of parallel exports in pharmaceuticals. The GC required some disadvantage to final consumers in terms of price or supply for an agreement relating to parallel trade to be found to have as its

---

8 Section 7.3.3.

9 Paragraph 277.

10 Guidelines, para. 273.

11 Pre-insulated pipes Commission decision IV/35.691, OJ L 24, 30.1.1999, p. 1,

12 Guidelines, para. 296.

13 Van Bael & Bellis, 2011b.

14 Although the appeal was ultimately dismissed see Cases C-501/06P, C-515/06P and C-519/06P, GlaxoSmithKline Services Unlimited v. European Commission [2009] ECR I-9291. For the General Court judgment see Case T-168/01, [2006] ECR II-2969.

object the restriction of competition, contrary to Article 101(1). The EUCJ overruled this reasoning holding that there was no need to establish such a disadvantage to show an anticompetitive object, noting that the aim of A101 is not only to protect the interests of consumers and competitors but also the structure of the market.<sup>15</sup>

### **2.3. Standard Terms**

The guidelines include standard terms as well as standards to the extent that they establish standard conditions of sale or purchase between competitors and consumers for substitute products. The terms will be analysed in their economic context to evaluate their effect on competition. The general principle is that if the setting of the terms is unrestricted for competitors, the terms are non-binding and effectively accessible for anyone, and then there is unlikely to be an anticompetitive effect. The guidelines recognise that terms can be drawn up by trade associations or competitors so a functional analysis of the nature of the SSO is more important than form.

The two exceptions to the general principles identified are where the standard terms define the scope of the product sold to the end consumer (e.g. in insurance) because there may be a de facto alignment of terms between competitors, and where the standard terms are a decisive part of a transaction (e.g. on-line shopping and the need for secure payment systems) again they may become the de facto standard. Even if the terms are binding however, this is not necessarily fatal. However, any standard terms that contain provisions likely to have a negative effect on competition relating to prices (e.g. by defining the type of rebates to be given) will be likely to restrict competition within the meaning of Article 101(1) TFEU.

### **2.4. Standard-setting Organisations (SSOs)**

Standardisation bodies can be self-regulatory bodies that necessarily represent the interests of their members and aim to advance those private interests which may or may not be consistent with competition law. The Commission notes that standardisation bodies can be public bodies or consortia through to independent companies.<sup>16</sup> Thus both public and private

---

<sup>15</sup> At para. 63.

<sup>16</sup> Footnote 1 in the guidelines. For a discussion of the application of the competition rules to public or private standardization bodies, see Cafaggi, 2007:31.

arrangements are included in the Guidelines and EU standard-setting bodies are expressly included insofar as they are undertakings within EU competition law.<sup>17</sup> Where public bodies are acting in the interests of their members qua undertakings, then they are subject to competition norms. Where standardisation bodies are carrying out regulatory functions that are in essence public in nature, they are (or at least should be) subject to the sorts of constraints imposed on the exercise of public power viz. rule of law principles such as transparency, consistency, and accountability, and fall outside the scope of A101.<sup>18</sup> This means that the preparation and production of technical standards as part of the exercise of public powers are excluded as is the regulation of the liberal professions.<sup>19</sup>

The guidelines provide quite far-reaching recommendations on the internal procedures for standard-setting bodies<sup>20</sup> which may reflect the Commission's experience in Rambus, (a patent ambush case)<sup>21</sup> and Qualcomm (a non-FRAND licensing case<sup>22</sup>).<sup>23</sup> Koenig & Spiekermann note that more ad hoc private arrangements are favoured in the US while in the EU more uniform and formalised standardisation systems are chosen.<sup>24</sup>

### 3. STANDARDISATION AGREEMENTS: SAFE HARBOUR

DG Enterprise and the WTO see standardization agreements as characterized by four features: openness (of decision-making and membership for all

---

17 See Annex I of Directive 98/34EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations, [1998] OJ L 204/37, 21 July 1998, which lists the EU standard-setting bodies: CEN, CENELEC, and ETSI. A list of national bodies is provided in Annex II.

18 Scott, Caffagi, & Senden, 2011 and Harlow, 2006.

19 They have been subject to separate scrutiny by the Commission both through individual decision and through advocacy, with a report published on the liberal professions in 2004: see EC Commission, 'Report on Competition in Professional Services' COM(2004) 83 final, and the follow-up to it, 'Professional Services – Scope for more Reform' COM(2005) 405 final. Competition law constrains those professional activities that may have an effect on the market and are not ethical/ public law activities.

20 See the Guidelines paragraphs 280-286 in particular.

21 The case, brought under A102TFEU on the basis of abuse of dominance, was settled under an A9 Regulation 1/2003 commitment decision OJ L 1/1. See Commission decision Case COMP/38.636, 9.12.2009.

22 The investigation was based on A102TFEU and abuse of dominance through excessive pricing for patented technology incorporated into a standard but was subsequently dropped see European Commission Press Release MEMO/09/516, 24/11/2009.

23 I. Van Bael & Bellis, 2011a.

24 Koenig & Spiekermann, 2010.

interested actors), consensus (no particular stakeholder interest favoured), balance (participation is available at any stage in the decision-making process), and transparency.<sup>25</sup> These can be referred to as the golden rules of standard-setting processes.<sup>26</sup> The requirements of transparency and openness are also found in section 7.3.3 of the Guidelines and reflect the rule of law requirements that Harlow suggests should apply to private regulators carrying out what may be construed as a public function.<sup>27</sup>

The safe-harbour provided by the Guidelines specifies when such agreements may fall outside the A101(1) prohibition entirely, providing slightly different criteria.<sup>28</sup> The criteria in the Guidelines address process (unrestricted participation and transparency) which is the focus of the WTO and White Paper. It adds two criteria (alternative standards and licensing on the basis of FRAND), concerned with market foreclosure and discrimination – the two main issues of concern in the competition context.

The Guidelines note that failure to meet any of the criteria identified is not fatal given that there are different models for standard-setting – it just requires greater self-assessment under A101(1) and A101(3) in order to determine the effect of the agreement on relevant markets.<sup>29</sup> To determine whether or not the agreement falls within A101(1) the SSO would need to have regard to the market share of the goods or services that will be based on the standard; ensure that there was no discrimination against existing or potential members; whether participation in the standard-setting procedure is open to all market players; the possibility of the development of alternative standards by SSO members, accessibility of the standard; and the market shares of the goods or services based on the standard, and the ex ante disclosure of the most restrictive licensing terms.<sup>30</sup> Thus standard-setting organisations are free to establish their own rules even if they differ from those in the guidelines

---

25 See EC Commission, 'Modernising ICT Standardisation in the EU – The Way Forward', COM(2009) 324 final (2009) s. 2.1.

26 Koenig & Spiekermann, 2010, refer to the five golden rules. These map more or less onto the guidelines list but for the requirement that there be no pre-definition of a standard during the process of standard-setting.

27 Harlow, 2006.

28 Guidelines, para. 280.

29 Guidelines, para. 279.

30 Guidelines, para. 292-300.

provided they do not breach the competition rules. In other words, these criteria are sufficient but not necessary conditions.<sup>31</sup>

### **3.1. Unrestricted Participation**

The Guidelines state that access must be open and non-discriminatory for all competitors in the market affected,<sup>32</sup> identifying four potentially relevant markets: product/service markets to which the standard relates; where technology and/or IPR are involved, then the relevant technology market; the market for standard-setting if there are different standard-setting bodies involved and the market for testing and certification. Voting rights need to be allocated on an objective basis with objective criteria for technology selection, so no particular interest is favoured.<sup>33</sup> The guidelines note that the presence of competition between SSOs and standards may remove any restriction on competition even if participation is restricted.<sup>34</sup> Where it is necessary to restrict membership of the standard setting body in order to determine a standard, then keeping other stakeholders informed and consulting them may be sufficient.<sup>35</sup> This highlights the relationship between standard-setting and transparency.

### **3.2. Transparency**

In the White Paper, the suggestion is that standard-setting organisations should take account of all stakeholder interests – with the Guidelines noting that the greater the transparency the more likely that stakeholders interests will be considered.<sup>36</sup> This requires that standard-setting procedures are such that stakeholders can inform themselves of up-coming, ongoing and finalised standardisation work in good time. Then participation should be possible at any point in the process.<sup>37</sup>

---

31 Lévêque & Baron.

32 At para. 261.

33 At para. 281.

34 At para. 296.

35 At para. 295.

36 At para. 296.

37 At para. 282.

### 3.3. Alternative Standards

The Guidelines require that there should be no obligation to comply with the standard i.e. it is not mandatory for the product/service to appear on the market. This refers to full products and there is less concern about minor aspects of part of end products. If there is no alternative in relation to a relatively minor component this will be less significant than a standard that is a major and essential part of the product.<sup>38</sup> This encapsulates the notion of voluntariness which is important in relation to private or co-regulation. Scott notes<sup>39</sup> that the standards set by standardisation agreements may not allow for other standards. Compliance may be essential to achieve market participation raising questions as to market foreclosure. Thus voluntariness is a key consideration in evaluating the impact of such arrangements on competition.

### 3.4. FRAND<sup>40</sup>

The final condition set down in the guidelines for the agreement to fall outside A101(1), is that access to the standard must be on fair, reasonable and non-discriminatory terms.<sup>41</sup> FRAND is usually associated with the licensing of intellectual property rights (IPR) and hence will be discussed in that context, even though, as the Guidelines makes clear, access to a standard on a FRAND basis, may not involve IPR.

### 3.5. IPR and Standard-setting<sup>42</sup>

A recent study of the 11 most important SSOs found that that around 250 distinct standards had technologies covered by one or more declared IPRs, with patents being the most common but not the only IPR involved.<sup>43</sup> The same study found that the distribution of IPR among standards was skewed

---

38 Guidelines, para. 293.

39 Scott, 2010.

40 On a fair, reasonable and non-discriminatory basis. For a discussion on FRAND see for example, Chappatte, 2009; Gérardin & Rato, (2010: 129; Chappatte, 2010. RAND is also a commonly used term, the argument being that 'fair' necessarily implies reasonable and hence is unnecessary see Valimaki, 2008.

41 Guidelines, para. 280.

42 For a discussion of recent issues relating to standard-setting and patents written by DG Comp officials see Hellstrom & Kramler, 2012.

43 Blind, Bekkers, Dietrich, Iversen, Köhler, Müller, Pohlmann, Smeets & Verweijen, 2009.

with a small number of standards requiring many patents and ownership generally being limited to a small number of firms. Patents are particularly important in information and telecommunications technology where standard-essential patents are common.<sup>44</sup> Hence, SSOs need to have policies on patent disclosure and licensing of those patents on a FRAND basis should the patents be read onto the standard. This is to prevent patent ambushing of a standard after it has been adopted.

The Guidelines suggest that FRAND access to the standard will be more likely where the industry involved has a clear and balanced IPR policy adapted to its needs and those of the SSO.<sup>45</sup> This echoes the White Paper where the Commission noted in its reports on responses to consultation that the SSOs implement IPR policies that are clear, balanced, non-discriminatory and allow competition between different business models. Such an IPR policy would require participants to provide an irrevocable commitment in writing to license their IPR to all third parties on FRAND terms prior to the adoption of the standard.<sup>46</sup> The IPR holder could exclude specified technology from the standard-setting process provided that occurs at an early stage in the process. One issue here however is that it is not clear how an early stage is specified. Effectiveness also requires the commitment to remain binding on transfer of the IPRs to any buyer.<sup>47</sup> A clear and balanced IPR policy would also require good faith disclosure by IPR holders of IPR that might be essential<sup>48</sup> though the language in the Guidelines is not absolutely mandatory and the use of other disclosure models is expressly discussed in paragraph 298 noting a case-by-case analysis would be required, the test being whether an informed choice has been taken vis a vis technologies and associated IPRs. There is some discretion here – firms do not have to positively state that they have no IPR reading on the potential standard. A simple declaration that the firm is likely to have IPR claims will suffice.<sup>49</sup>

---

44 Dolmans & Ilan, 2012.

45 Guidelines, para. 283-284. Fair reasonable and non-discriminatory access goes beyond IPR of course see the Guidelines para 294, para. 297.

46 Such a commitment is not necessary where access is given on a royalty-free basis see Guidelines, para. 286.

47 Guidelines, para. 285.

48 Guidelines, para. 286.

49 Van Bael & Bellis, 2011a.

If the SSO's IPR policy provides for individual disclosure by IPR holders of their most restrictive licensing terms (including maximum royalty rates) prior to adoption of the standard then this will normally not lead to competition issues. This unilateral *ex ante* disclosure of most restrictive licensing terms, according to the Guidelines, is one way to ensure that the parties involved in the selection of a standard are fully informed not only as to the available technical options but also as to the likely cost of the IPR.<sup>50</sup> This goes some way to meet concerns about hold-ups where parties may be agreeing standards in dynamic scenarios where the market for standardised technology has not yet emerged.<sup>51</sup> However, where there are competing standards, then limitations on access may not produce restrictive effects on competition.

The guidelines discuss what constitute fair and reasonable fees.<sup>52</sup> The SSO does not have to verify whether the fee meets the FRAND commitment – that is for each participant. This is perhaps just as well, as Valimaki points out that many SSOs do not define what FRAND means in any detail and while the disclosure of licensing terms in advance can go some way to mitigating the acceptance of FRAND terms, it is not a perfect solution: technical discussion can get diverted into legal disputes on licensing, the licensor does not know what uses the licensees may have for the licensed product and may not want to be bound before so knowing. Even if there is disclosure of licensing terms when the standards are being agreed, they still bind newcomers.<sup>53</sup> One suggested means for assessing whether the fees bear a reasonable relationship to the economic value of the IPR is to compare the licensing fees charged before the standard was adopted (*ex ante*) with those charged after the industry has been locked in (*ex post*), although it is acknowledged that comparison may not be consistent or reliable.<sup>54</sup> Alternatively, an independent expert assessment could be made of the relevant IPR portfolio's "objective centrality and essentiality" to the standard at issue.<sup>55</sup> The guidelines are careful to note that these are by way of example only. And in practice, it may be difficult to value the quality

---

50 Paragraph 299.

51 Lévêque & Baron.

52 FRAND is also referred to in the Commission Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements OJ C 101/2, 27.4.2004 see para. 167 in relation to cross-licensing,

53 Valimaki, 2008.

54 Guidelines, para. 289.

55 Guidelines, para. 290.

and relevance of particular patents, and in fact, a flexible approach to FRAND may be the best, where it is supported by the non-discrimination principle.<sup>56</sup>

The guidelines seek to be pre-emptive by resolving the matter of IPR and standard-setting before it comes to individual negotiations on particular standards. Resolving these matters is complex. For example, the European Commission is currently concerned that FRAND requirements are being circumvented by the holders of standard-essential patents through the use of injunctions. Hence a Statement of Objections was issued against Samsung at the end of 2012 even though it had withdrawn its applications for injunctive relief that were pending in five Member States. The Commission has emphasised that patent holders should be able to use injunctions but that in the specific context of standard-setting and standard-essential patents, the use of injunctions to get around FRAND requirements may constitute an abuse of dominance contrary to A102.<sup>57</sup>

### 3.6. A101(3)

Even where an agreement may fall within A101(1), it may still benefit from an exemption under A101(3) where there are efficiency gains.<sup>58</sup> For example, standards that create compatibility on a horizontal level between different technologies are likely to give rise to efficiency gains.<sup>59</sup> Dissemination of how to apply the standard must be available to those wishing to enter the market – thereby avoiding market foreclosure.<sup>60</sup> The standardisation agreement must be indispensable with regard being had to the effect on the market and the scope of restrictions that go beyond achieving efficiencies.<sup>61</sup> Participation should be open, unless such openness can be shown to lead to inefficiencies. Standards are limited to no more than necessary and the Guidelines note that where there is only one technological solution, the standard must be set on

---

56 M. Valimaki, 2008.

57 On 18.10.13 the Commission decided to market test commitments proposed by Samsung, see OJ C 302/14.

58 Guidelines ch. 7.4. This section highlights the provisions relating to standardisation agreements.

59 Ch. 7.4.1. The use of standard terms is seen as facilitating comparability and hence of switching.

60 Para. 309. The Guidelines note that a logo can be used to show compliance, while recognising that certification and testing are usually separate agreements and markets, para. 310.

61 Guidelines ch. 7.4.2. In general standard terms cannot be binding, though the Guidelines note that such binding terms may in a specific case be indispensable see para. 320.

a non-discriminatory basis.<sup>62</sup> The Guidelines state that in principle, making a standard obligatory and binding is not indispensable.<sup>63</sup> Where a particular body is assigned to test and certify the standard, the exclusivity and fees charged have to be justified.

As well as being efficient and indispensable, the efficiencies must be passed onto consumers.<sup>64</sup> This is presumed where the standard facilitates interoperability or leads to competition between different products. Regard is also had to the procedures designed to protect the interests of users and end consumers. Finally, whether the standardisation agreement eliminates competition should be assessed having regard to the various sources of competition in the market, the level of competitive constraint that they impose on the parties and the impact of the agreement on that competitive constraint.<sup>65</sup>

#### 4. CONCLUSIONS

The fact that standardisation agreements need to meet certain criteria (or variations thereof) in order to fall outside A101 (1), suggests that the regulatory space they create is contested.<sup>66</sup> It is a regulatory space because it has rules governing membership, how rules are devised and how they are disseminated. Because the regulatory space is contested it cannot be exclusively self-interested but takes place in a wider context where competition law for example acts as a necessary constraint to which the private actors must have regard.

Challenges remain. It is not clear from the guidelines how differences as to fees for patent use will be resolved. The Guidelines support the idea of a wide membership of an SSO (pure innovator, pure manufacturers, vertically integrated firms and product buyers and sellers) or wide consultation. This has the consequence of bringing in a wide range of actors with different interests

---

62 Para. 317.

63 Para. 318.

64 Ch. 7.4.3. The Guidelines note that there is increased risk to competition where there is increased market share of firms and standard terms. At the same time, there are clear benefits (reduced costs, comparability, legal certainty) in using standard terms leaving it to a case-by-case analysis. This suggests that where there is high market share, it will be more difficult to show that standard terms allow those efficiencies to be passed onto consumers.

65 Ch. 7.4.4.

66 For a discussion of the concept of regulatory space, see Hancher & Moran 1989.

and views on what is FRAND, making it difficult to determine what FRAND is in any particular case.<sup>67</sup>

Standardisation also occurs in highly dynamic technical markets (some of the time at least) and it is not clear that full account has been taken of this in the guidelines. Over-declaring of ‘essential’ patents and patent stacking may become/remain features of standard-setting. There is a big debate in the literature as to the prevalence or otherwise of patent hold-ups.<sup>68</sup> Drexl et al suggest this will become more common as upstream firms only engage in technical R&D earning their money from licensing.<sup>69</sup> These firms will have less interest in patent pooling but such hold-ups are best addressed through A102 TFEU, and it is in the context of that other competition prohibition that the interaction of standard-setting and competition is most likely.

---

67 Gérardin, 2010: 5. For a recent discussion of FRAND in the context of A102TFEU and the Microsoft litigation (most recently T-167/08 Microsoft Corp v. European Commission, 27 June 2012) see M. Dolmans, Ilan & Colebrook, 2012.

68 See e.g. the discussion in Gérardin, 2010.

69 Drexl, Frueh, Mackenrodt, Ullrich, Picht & Pulyer, 2010.

## REFERENCES

- BLIND, K., BEKKERS, R., DIETRICH, Y., IVERSEN, E., KÖHLER, F., MÜLLER, B., POHLMANN, T., SMEETS, S. & VERWEIJEN, J.  
2009 *Study on the Interplay between Standards and Intellectual Property Rights (IPRs)*  
Tender No ENTR/09/015, OJEU S136, 18/07/2009.
- CAFAGGI, F.  
2007 “Self-Regulation in European Contract Law”, *European Journal of Legal Studies* 1.
- CHAPPATTE, P.  
2009 “FRAND Commitments - the Case for Antitrust Intervention”, 5 *European Competition Journal* 319.  
2010 “FRAND Commitments and EC Competition Law: A Rejoinder”, 6 *European Competition Journal* 175.
- DOLMANS, M. & ILAN, D.  
2012 “European Antitrust and Patent Acquisitions: Trolls in the Patent Thickets”, 8(2) *Competition Law International* 7.
- DOLMANS, M., ILAN, D. & COLEBROOK, M.  
2012 “European Antitrust and Patent Acquisitions: Trolls in the Patent Thickets: Postscript”, 8(2) *Competition Law International* 13.
- DREXL, J., FRUEH, A., MACKENRODT, M.-O., ULLRICH, H., PICHT, P. & PULYER, B.  
2010 *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the Draft Commission Block Exemption Regulation on Research and Development Agreements and the Draft Guidelines on Horizontal Cooperation Agreements*, November 1, IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, Forthcoming; Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No. 10-12, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1695421>.
- FARRER, A. L.  
2010 “Non-discriminatory Pricing: Is Standard Setting Different?”, 6(4) *Journal of Competition Law and Economics* 811.
- GÉRADIN, D.  
2010 “Reverse Hold-Ups: The (Often Ignored) Risks Faced by Innovators in Standardized Areas”, November 12, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1711744>.
- GÉRADIN, D. & RATO, M.  
2010 “FRAND Commitments and EC Competition Law: A Reply to Philippe Chappatte”, 6 *European Competition Journal* 129.

- HANCHER, L. & MORAN, M. J.  
 1989 “Organising Regulatory Space”, in L. Hancher & M. J. Moran (eds.), *Capitalism, Culture and Economic Regulation*.
- HARLOW, C.  
 2006 “Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values”, 17 *European Journal of International Law*, 187-214.
- HELLSTROM, P. & KRAMLER, T.  
 2012 “Competition, Standards, and Patents”, September 2 *CPI Antitrust Chronicle*.
- KOENIG, C. & SPIEKERMANN, K.  
 2010 “EC Competition Law Issues of Standard Setting by Officially-Entrusted versus Private Organisations”, 31(11) *European Competition Law Review* 448.
- LÉVÊQUE, F. & BARON, J.  
 2010 *Position Paper on the Revised rules for the Assessment of Horizontal Cooperation Agreements under EU Competition Law: Response to the Public Consultation of the European Commission*, DG Competition, available at: [http://www.cerna.ensmp.fr/images/stories/Cerna\\_Position\\_Public\\_Consultation.pdf](http://www.cerna.ensmp.fr/images/stories/Cerna_Position_Public_Consultation.pdf).
- SCOTT, C.  
 2010 “Regulatory Governance and the Challenge of Constitutionalism” in *The Regulatory State: Constitutional Implications*, eds. D. Oliver, T. Prosser & R. Rawlings.
- SCOTT, C., CAFFAGI, F. & SENDEN, L.  
 2011 “The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation”, 38(1) *Journal of Law and Society* 1-19.
- VALIMAKI, M.  
 2008 “A Flexible Approach to RAND Licensing”, *European Competition Law Review* 686.
- VAN BAEL & BELLIS  
 2011a “Commission updates guidance on standardisation agreements in new horizontal guidelines”, Mondaq, 12 Jan 2011.  
 2011b “Commission adopts new Framework for Assessment of Horizontal Agreements”, Mondaq, 13 Jan 2011.



# PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW IN PORTUGAL (II): *ACTIO POPULARIS* – FACTS, FICTIONS AND DREAMS

*Leonora Rossi*<sup>1</sup>/*Miguel Sousa Ferro*<sup>2</sup>

**ABSTRACT:** *This paper builds on the results of research carried out into the private enforcement of competition law in Portugal, published in a previous issue of this journal. Its goal is to clarify the legal framework that governs the options offered to private parties that suffered damages as a result of antitrust infringements, and to complete it with an assessment of the viability of those options from an economic perspective, depending on the characteristics of each case.*

**SUMMARY:** 1. Introduction. Private enforcement of competition law in Portugal: legal and historical introduction. 2.1. Common declaratory actions. 2.1.1. Legal framework. 2.1.2. Overview of precedents. 2.2. Popular actions. 2.2.1. Legal framework. 2.2.2. Overview of precedents. 3. Economic assessment. 4. Daring to dream.

## 1. INTRODUCTION

This paper builds on research into precedents of private enforcement of competition law in Portugal, published in a previous issue of this journal<sup>3</sup>.

Much has already been written concerning Portuguese collective redress mechanisms and the *Actio Popularis* Act (APA), in general<sup>4</sup>, covering a much

---

1 Professor at Nova School of Business and Economics. E-mail: [lrrossi@novasbe.pt](mailto:lrrossi@novasbe.pt).

2 Doctoral candidate at the University of Lisbon Law School. Counsel at Eduardo Paz Ferreira & Associados. E-mail: [miguel.ferro@eduardopazferreira.pt](mailto:miguel.ferro@eduardopazferreira.pt).

The authors would like to thank Prof. Miguel Teixeira de Sousa, João Frias Costa (Partner at Gouveia Pereira, Costa Freitas & Associados) and Filipe Fernandes for their kind contributions to discussions of the issues underlying this paper. All views expressed herein are strictly personal to the authors.

3 Rossi & Sousa Ferro, 2012.

4 For a summarised overview, in English, of the Portuguese legal system, in this regard, see, e.g.: Gouveia & Garoupa, 2012; and Sousa Antunes, 2007.

broader scope than that of the present paper. Several papers have also focused specifically on the popular action in specific contexts, such as within the scope of administrative law<sup>5</sup> or of securities law<sup>6</sup>. However, not much attention has been paid in Portuguese doctrine, as of yet, to popular action in the context of competition law<sup>7</sup>.

The discussion that follows shall focus exclusively on civil popular action, more specifically on actions aimed at obtaining compensation for damages arising from infringements of (EU and/or national) competition law. The objective is to fill what we perceive to be a gap in doctrine concerning this topic, by applying a Law and Economics approach to the assessment of the existing frameworks for the private enforcement of competition law in Portugal. Hopefully, this will provide a sounder basis for the assessment of the viability and usefulness of existing mechanisms, helping to chart a way forward.

The issue has far-reaching economic consequences. The reality is that, even though there have been a great number of decisions adopted by the Portuguese Competition Authority (PCA) and the European Commission concerning infringements of competition law in, or with effects on, Portuguese territory, none has led to follow-on actions. Thus, even when the authorities had already identified an antitrust infringement, and it was clear that such an infringement led to damages to consumers and clients, Portuguese courts have almost never been asked to compensate such damages<sup>8</sup>, by any of the procedural means available, and never through *actio popularis*.

There is, thus, a rather substantial gap between the theoretical possibilities presented by the Portuguese popular action mechanism, often singled out as an exceptionally pragmatic system within the EU<sup>9</sup>, and its use in practice.

---

5 See, e.g.: Fábrika, 2000; and Fábrika, 2003.

6 See, e.g.: Oliveira Ascensão, 2011.

7 As an exception, see: Sérvulo Correia, 2010.

8 As noted by one author: “Undoubtedly, the AdC has sanctioned various infringements of the competition rules that, without great effort, would provide the basis for damages actions” (see Coutinho de Abreu, 2011:112).

9 As one author noted: “The relatively broad role that Portuguese law reserves to the procedural principle of popular action (*actio popularis*) removes, in turn, a difficulty encountered in other national legal orders of the European Union. Thanks to popular action, it is possible to solve otherwise unsolvable problems regarding standing to sue in a common declaratory action when the interests prejudiced by the anti-competitive practices are not perfectly related to a specific case” (Sérvulo Correia, 2010: 111).

It has been estimated that, throughout the European Union (EU), over 20 billion euro per year in damages arising from competition law infringements go unrecovered<sup>10</sup>. Based on this figure, and on Portugal's proportion of the EU's GDP in 2011 (1,35%), a proportional and rough estimate suggests over 270 million euro of unrecovered antitrust damages in Portugal, per year. Some of these antitrust damages have even been quantified in PCA decisions (although these decisions, until very recently, were not made public)<sup>11</sup>.

There is an ongoing debate, at the EU level, that aims at arriving at common collective redress mechanisms for damages caused to consumers (not only from infringements of competition law). The European Commission has recently published a Proposal for a Directive on Private Enforcement of Competition Law. While obviously set in the framework of such debates, and taking contributions thereto into account, this paper is not concerned with the troublesome issues of harmonization raised by it, but instead focuses specifically on the reality of the Portuguese legal system.

Indeed, the situation in Portugal is, in some senses, quite distinct from that of other Member States. The main difference arises from the fact that Portugal has, in theory, an opt-out collective redress mechanism, even though it is scarcely used. Unlike other Member States, where consumer associations have been unable to initiate law-suits in representation of categories of consumers<sup>12</sup>, the Portuguese *actio popularis* mechanism has been successfully used (once) to represent all the clients of an undertaking accused of infringing, *inter alia*, competition rules.

That being said, the theoretical potential of the Portuguese *actio popularis* mechanism is clearly overshadowed by its outstanding failure in practice, at

---

<sup>10</sup> Kroes, 2008.

<sup>11</sup> An analysis by one author of cartels identified by the PCA (Coutinho de Abreu, 2011: 112) highlighted that, in some of the PCA's decisions, estimated damages to consumers, clients and the economy were quantified. Thus, as a result of a pharmaceutical cartel, "the [PCA] calculated damages in the sum of EUR 3,2 million in 2002 and 2003 in the hospital sector and up to EUR 10,4 million per year starting from when the rule fixing the price of the 'reactive strips' went into effect for sale to the public". An eight year long salt cartel allegedly caused damages to consumers and competitors amounting to 5,6 million. No damages actions were filed to follow-up on these decisions.

<sup>12</sup> Almunia, 2010: "In 2005, French mobile operators were found to have created a cartel that for two years overcharged as many as 20 million subscribers for their services. A French consumer association tried to represent a large group of these consumers in court but, owing to current French rules, they did not succeed. Two years later, Dutch brewers were found to operate a cartel which raised the price of beer for a great number of bars and cafés in the Netherlands. The establishments tried to bring the brewers to court through their association but, again, could not initiate a representative action under Dutch law".

least in so far as the enforcement of competition law is concerned. The purpose of this paper is to apply a Law and Economics approach to the identification of possible reasons for this failure, contrasting it to the characteristics and the actual use of other procedural means available to pursue the same goals, and, ultimately, to suggest improvements to the current legal framework so as to allow it to go beyond the mere letter of the law.

## 2. PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW IN PORTUGAL: LEGAL AND HISTORICAL INTRODUCTION

### 2.1. Common declaratory actions

#### 2.1.1. Legal framework

##### *(i) Common declaratory actions*

Designed to “remove clouds” from legal relations<sup>13</sup>, the common declaratory action is the most frequent route followed by claimants in order to secure judicial rulings that put an end to conflict, acknowledge invoked rights and ultimately serve as the basis of executive proceedings.

As we write (June 2013) a global amendment to the Code of Civil Procedure has just been approved. It is laid out in Act 41/2013 and will enter into force on 1 September 2013. This Act will implement a substantive revision of principles. We have opted, nonetheless, to write under the current framework, and where possible, to indicate proposed changes in the footnotes.

In Portugal, under the current framework<sup>14</sup>, there is no specialized court for private litigation and any judicial court of any local judicial circumscription (*comarca*) may be competent. National courts will apply the rules on tort liability set out in articles 483 *et seq* and 562 *et seq.* of the Portuguese Civil Code (hereinafter “CC”).

Active legitimacy is acknowledged to any individual or collective entity with legal personality and that holds an interest in the outcome of the case (respectively, articles 5 and 26 of the Portuguese Code of Civil Procedure hereinafter “CPC”<sup>15</sup>).

---

13 Borchard, 1943.

14 Data regarding this Section of the paper has principally mirrored the answers to the questionnaire submitted in Gorjão-Henriques & Sousa Ferro, 2012.

15 See articles 11 *et ss.* and 30 of the new CPC, adopted by Act 41/2013.

Declaratory proceedings are mainly governed by the Code of Civil Procedure, but also by the Civil Code and other disperse statutes. Their scope may be (i) of simple clarification (when the judicial decision simply holds that an invoked fact or a right exists or not); (ii) condemnatory (when the court issues a behavioral order *vis-à-vis* a party – *de facere* –, on the assumption that a certain right has been breached) or, finally, (iii) itself constitutive of rights or liabilities (when the court's decision alters the preexistent legal *status quo* – Article 4 CPC<sup>16</sup>).

In private litigation, in principle, the burden of proof is incumbent on the claimant (see article 342 CC) and, when in doubt, the judge will decide against the party who bears the burden of proof<sup>17</sup>. This may not be the case in contractual liability litigation, since there is a *juris tantum* presumption of fault of the debtor (see article 799 CC).

Thresholds of the value at stake (*alçada do Tribunal*) are extremely important since they determine what is known as the 'form' of proceedings<sup>18</sup>. The alternative is between the common form (*ordinário*) that governs claims in excess of 30.000 €, the summary form (*sumário*) that governs claims under 30.000€ but in excess of 5.000€ and, finally, the accelerated form (*sumaríssimo*) that governs claims up to 5.000€. Court jurisdiction as well as procedural rules and respective deadlines will all be affected by the value attributed to the claim by the claimant. For example the obligation of being represented by a lawyer may be foregone only in proceedings in which the value at stake is estimated to be under 5.000€.

The Code of Civil Procedure attempts judicial conciliation of the parties once all written pleading, replies and rejoinder have been submitted to the court. If that attempt fails, discussion will continue<sup>19</sup> to the appreciation of evidence that is mainly documentary, although statements of the parties may be considered (as confession), experts and witnesses may be heard and judicial inspections may be undertaken.

---

16 See article 10 of the new CPC, adopted by Act 41/2013.

17 There are, however, cases where a reversal of the burden of proof occurs, as, for example, in article 344 CC.

18 See article 24 of LOFTJ and article 462 CPC. These rules have been altered in the new CPC, adopted by Act 41/2013.

19 França Gouveia, 2007: 308.

Once a decision on fact is produced, a non-binding deadline of 30 days is in place for the decision on the merits. It should be noted that, in principle, the decision cannot address issues not raised by the claimant<sup>20</sup> or condemn the defendant in excess of what has been requested.

Within the common declaratory proceedings, the judge may also proceed to immediate “liquidation” of damages<sup>21</sup> (i.e. quantification) if that is considered possible and/or is requested by one of the parties. In other cases a separate, subsequent, phase of liquidation of damages may be necessary.

The relationship of common declaratory actions with executive proceedings has been a source of surprise and anguish to many claimants that, having seen their rights acknowledged by a court, fail to understand why it is also necessary to file executive proceedings in order to see that very judicial decision carried out. This is certainly not the place to spend more time on this issue but it is important to note that both the national and the EU legislator<sup>22</sup> are engaging in concrete efforts in order to, at the very least, qualify the ruling issued in the common declaratory action as *executive title* for the executive proceedings (article 46 CPC)<sup>23</sup>, in order to waive further re-discussion of fact and/or evidence in the subsequent action<sup>24</sup>.

(ii) *Discovery and interim relief*

On the issue of discovery, under the current framework, as a general principle, any party may request that the court orders the opposing party or any other person/entity to produce a document (see articles 528 and 531 CPC).

Interim or urgent relief is available *ex ante* in case of probable causation of serious harm by one party to another and/or *ex post* in case of improbable

---

20 On this point *infra* and regarding *Actio Popularis* proceedings, see SC, 7 October 2003, *in fine*, in which the SC states that, in particular, liquidation of damages/lump sum payment is not considered as it was not requested by the claimant.

21 See article 661(2) CPC in a harmonious reading with articles 378, 378-A, 379, 380 CPC and still 301-304 CPC.

22 Frias Costa & Cantista, 2011.

23 On this point see, *infra*, the contrast with *Actio Popularis* Proceedings, Supreme Court 7 October 2003, *in fine*, where it is hinted that it is uncertain, whether the claimant in the *actio popularis* is the (correct) entity that should require liquidation of a previous declaratory ruling. These rules in particular will undergo extensive change under the new framework expected to enter into force in September 2013 and will be re-numbered as article 703 *et seq* CPC.

24 On this point, for decisions issued by foreign courts see Regulation (EC) 805/2004; Regulation EC 1896/2006 and Regulation (EC) 44/2001.

capability of reparation of harm already caused by the perpetrator to the claimant (article 381 CPC). The freezing of assets (*arresto*, article 406 CPC), for example, is considered a specific form of interim relief appropriate for cases in which there is probable cause to fear that the debtor will squander assets. For those incidents the CPC departs from the principle *audi alteram partem*. It is probably the protective order most sought after by creditors.

Interim relief is necessarily based on a main action filed with the court, and while the particular measures sought take priority over non-urgent cases and are usually decided within two months of being lodged with the court, they will ultimately share the fate of the principal action<sup>25</sup>.

*(iii) Alternative dispute resolution*

For over a decade (Act 78/2001) Portuguese claimants have had at their disposal distinctive entities known as *Julgados de Paz* with competence in Civil Law proceedings. With the noteworthy exclusion of issues pertaining to Family, Inheritance, Labour law and actions of Eviction, proceedings valued under 5,000€ may be decided simultaneously at an increased pace and at a reduced cost. Although considered special ‘courts’, the justices are, in principle, not professional judges. Within this framework if attempts of mediation fail, the decisions rendered by the *Julgado de Paz* are subject to appeal at the Courts of First Instance, as long as the value of the claim is greater than 2,500€.

*(iv) Non-representative group litigation*

Collective claims may be put forward by any parties sharing the same cause of action, or when the decision of the case implies the analysis of the same facts, or the interpretation or enforcement of the same legal provisions, or of analogous contractual provisions, and as long as there are no circumstances that act as obstacles to such collective claims (see articles 30 and 31 of the CPC).

---

25 Sérvulo Correia, 2010: 107-108: “A declaratory action may be supported by interim protection proceedings and a follow-up action for the coercive enforcement of the declaratory judicial decision. In the interim protection proceedings, application may be made for anticipatory or maintenance measures specifically appropriate to assuring the effectiveness of the right under threat (...). A condemnatory decision in the declaratory action will serve, in turn, as a basis for the process of execution (coercive enforcement). In these cases, the purpose of the enforcement will be the payment of an exact amount or the provision of a positive or negative fact”. P. 111: “The way in which the Code of Civil Procedure formulates the common declaratory action seems to create no significant impediments to the private enforcement of competition law. All the remedies envisaged here fit into that action as a claim and as content of the judgment”. Again these rules are expected to be affected by the new framework of September 2013.

The courts may decide to join several and different cases, even in different moments of the proceedings (see articles 275 and 275-A CPC). Therefore, Portuguese Civil Law is familiar with forms of joinder (article 275 CPC) and aggregation (Decree-Law 108/2006 of 8 of May) as traditional forms of group litigation.

Joinder (*apensação*) means that certain actions that have been filed with the same court by different parties are decided together where instances of “*litisconsortium*, coalition, opposition or counterclaim are confirmed”<sup>26</sup>.

Aggregation (*agregação de ações*), is a different option offered to the judiciary and is resorted to when ‘total’ joinder of the fate of separate and multiple actions is not considered opportune or even appropriate by the judge. In fact, it allows a judge to perform a specific task only once while extending the effects of that incident to multiple actions. This has been described as the practice of “mass acts”<sup>27</sup> and, as mentioned above, is possible if, in spite of an existing connection between separate actions, the judge feels that joinder is of no ulterior usefulness.

#### (v) *Legal costs and funding*

Regarding the recovery of legal costs from an unsuccessful party, and more specifically court costs (excluding lawyer’s fees), they are initially borne by each party. However, at the end of proceedings and upon request, the “victor” has the right to recover at least a part of these from his “opponent”. In case the claimant is successful only in part, the costs are divided proportionately among the parties.

The fees of lawyers are, in principle, and to this date certainly in practice, borne by each party (see article 446 CPC and articles 25 and 26(3) of the Regulation of Procedural Costs introduced by Act 7/2012). However, a mitigation of this tradition seems to have been identified in the fact that, within certain limits, the “victor” may, within 5 days of the end of proceedings include – within stringent limitations – part of the lawyers’ fees in a document (*nota discriminativa e justificativa*) that must be remitted to the court and to his

---

26 Sousa Antunes, 2007: 4: “the procedural instrument is regulated in Article 6 of the statute. The intervention of the legislator was the result of an increase in the phenomena of mass non-compliance, with the intervention of the courts applying to a limited number of users, concentrated geographically according to their respective headquarters («small debts of communications companies, consumer credit, car leasing and, in general, all the natural litigation of a consumer society»)”.

27 Sousa Antunes, 2007.

“opponent”, according to which the “victor” will be reimbursed for a certain amount of all costs incurred with the litigation.

In Portugal there is no precedent, or for that matter any legal basis for third party funding of claims.

However it does not follow that such funding is forbidden. From the perspective of legal services, it is only forbidden for lawyers to share their fees with third parties that did not cooperate in advising the client.

*(vi) Provision regarding passing-on or indirect purchasers*

As the claimant can only recover the damages suffered as a result of the infringement, if the fact that some of the damages were suffered by a third person is proven, the court will not award the claimant “passed-on” damages.

On the other hand, if the requirements for civil tort liability are met (existence of illicit behaviour; proof of injury to the claimant; and the demonstration of a causal link between the unlawful conduct and the damage (article 483 CC) indirect claims are possible.

*(vii) Provision for follow-on actions*

To date, no specific provision regarding litigation between economic agents concerning competition damages arising from practices identified by a competition authority has been introduced into the Portuguese system<sup>28</sup>.

*(viii) Declaration of nullity and statute of limitations*

Requests for the declaration of nullity of an agreement can be brought at any time by an interested party and may be decided *ex officio* by the court (article 286 CC).

As regards statute of limitations (*prescrição*), there are several periods established in article 300 *et seq* of the CC. Article 309 lays down a general 20 year period for contractual liability with specifications in article 310 of a 5 year period and further cases of 6 months in article 316 CC and 2 years in article 317 CC.

---

<sup>28</sup> Concerning follow-on actions and the value of previous PCA or Commission decisions on the same practices - Gorjão-Henriques & Vaz, 2004: 640: “There is a real possibility of contradiction between decisions taken by our NCA and court judgments concerning the same competition issues”.

Regarding Tort – or extracontractual liability, as it is also called – actions for damages must be brought within three years from the date the claimant acquired knowledge of the right to make a claim (article 498 CC).

*(ix) Concluding*

It is into the framework described above that the *actio popularis* is grafted. If it is true that the system is familiar with certain forms of collective actions and among others, joinder, it is undeniable that *litisconsortium* was not designed to manage thousands or even millions of connected claims. Moreover if it is true that the system is familiar with the concept of tort liability, unjust enrichment looms up as an uncomfortable obstacle to the development of a clear definition of an autonomous framework to govern the lump sum award. In a certain sense, the CPC could be described as a straightjacket within which the *actio popularis* is still struggling. It is the hope of both authors of this article that discussing these issues will contribute to the finding of adequate solutions.

### 2.1.2. Overview of precedents

The precedents of private enforcement of competition law in Portugal, through common declaratory actions, have already been described in a paper published in a previous issue of this journal<sup>29</sup>. At this stage, we will highlight only those elements that may prove relevant to the assessment of the economic viability and justifiability of common declaratory actions in this area.

Between December 1983 and May 2012 (i.e. 28,5 years), we were only able to identify 37 cases where issues of competition law were raised in common declaratory actions. Even allowing for an imperfect sample, as a result of the difficulty in collecting relevant first instance judgments, this suggests an average of less than 2 private enforcement cases per year (1,3). We find no clear pattern of increase in the number of such cases in recent years.

Of those 37 cases, only 7 – i.e. 19% – were originated by a party seeking (*inter alia*, at least) damages as a result of competition law infringements. This is significant, as it shows how extremely rare (0,25 cases per year) it is for undertakings to decide to use common declaratory actions to obtain compensation for damages arising out of competition law infringements in Portugal.

---

<sup>29</sup> Rossi & Sousa Ferro, 2012.

What's more, none of the plaintiffs successful in their claims. Indeed, we were only able to identify one case in which a successful competition law argument led to a direct economic benefit for the respective party, in the context of a counterclaim. In *Carrefour v. Orex Dois*<sup>30</sup>, Carrefour was ordered to return 49.000 EUR in unlawfully imposed "referencing" and "opening rappel" charges (relating to the opening of new stores).

This being said, it is useful to analyse the circumstances behind the above mentioned 7 cases of actions for damages under the private enforcement of competition law.

In both *JSS et al v Tabaqueira*<sup>31</sup> and *JCG et al v. Tabaqueira*<sup>32</sup>, a group of tobacco retailers sued the national quasi-monopolist for refusing to continue to grant them preferential discounts, on the grounds that they had been rendered unlawful by competition law. The limited available details of these cases don't allow for a precise quantification of amounts at stake, but it would seem that the discounts in question amounted, depending on the product, to a profit margin of 0,75% or 0,5%. In the second case, six retailers were grouped together as applicants, apparently of their own initiative.

In *Júlio Canela Herdeiros v. Refrige*<sup>33</sup>, a wholesale distributor sued the national representative of Coca-Cola for damages arising from a refusal to supply. The damages were not specified.

In "*B*" & "*C*" v. "*D*"<sup>34</sup>, two importers of entertainment machines joined together to sue an Austrian manufacturer for alleged exclusionary practices, asking for compensation in the total amount of 155.000 EUR.

In "*G*" v. "*N*"<sup>35</sup>, a textile retailer sued a manufacturer for damages resulting from the cancellation of an order, seeking compensation in the value of 19.000 EUR.

---

30 Lisbon AC, 24 November 2005.

31 SC, 31 October 1991. Appeal from Lisbon AC, 6 March 1990.

32 SC, 8 July 1993. Appeal from Lisbon AC, 18 April 1991.

33 SC, 21 March 1996. Appeal from Évora AC, 23 February 1995. Appeal from the Santarém Judicial Court.

34 Oporto AC, 10 July 2006.

35 Lisbon AC, 12 September 2006.

The *Cleaning services association II*<sup>36</sup> case does not easily lend itself to this type of analysis, as the applicants' objective was to get their jobs back. In any case, it is worth noting that the suit was brought by a labour Union.

Finally, in *Automobile insurance*<sup>37</sup>, an automobile repair shop sued an insurance company for damages and sought an injunction against what it deemed to be an unlawful boycott of its services. It asked for compensation amounting to 40.000 EUR.

On average, from the first to the last instance, these cases lasted 5,5 years, the shortest lasting 4,5 years, and the longest 7 years.

There are 3 cases, apparently still pending before the courts, that are examples of a rather different type of antitrust suit. All three are suits for damages by medium-sized or large companies against large companies, involving very high amounts<sup>38</sup>:

- (i) TV TEL Grande Porto sued Portugal Telecom for damages of 15 million EUR resulting from an alleged abuse of dominant position (the same practices were subsequently the subject of a PCA decision, but which was overturned by the courts);
- (ii) Optimus initiated a follow-on action against Portugal Telecom for damages arising from an abuse of a dominant position identified by the PCA, asking for compensation in the amount of 11 million EUR. Oni subsequently joined the suit asking for 1,5 million EUR in damages; and
- (iii) Interlog, the former sole distributor of Apple products in Portugal, filed a 40 million EUR suit against the Ireland-based company, for alleged abuses of dominant position and of economic dependence.

## 2.2. Popular actions

### 2.2.1. Legal framework

The Portuguese legal framework for popular actions has drawn a great deal of international attention, in particular within the framework of the debate on the collective enforcement of competition law. It has been singled out as “the most extensive form of collective action based on the «opt-out» model

---

36 SC, 6 June 2007. Appeal from the Labour Court of Ponta Delgada.

37 Guimarães AC, 4 January 2011.

38 For further details on each case, see: Rossi & Sousa Ferro, 2012.

available in the EU<sup>39</sup>, and as being viewed, “in theory, as the most liberal [regime] in Europe”<sup>40</sup>.

The basis for civil popular actions in Portugal is found in article 52(3)(a) of the Constitution<sup>41</sup>, according to which:

“Everyone shall be granted the right of *actio popularis*, to include the right to apply for the appropriate compensation for an aggrieved party or parties, in such cases and under such terms as the law may determine, either personally or via associations that purport to defend the interests in question. The said right shall particularly be exercised in order to:

a) Promote the prevention, cessation or judicial prosecution of offences against public health, consumer rights, the quality of life or the preservation of the environment and the cultural heritage; (...).”

This constitutional right was implemented through Law 83/95, of 31 August (*Popular Action Act*, or PAA<sup>42</sup>). It should be noted that the PAA has a broad scope, encompassing both administrative and civil actions and, in the latter, being applicable to the protection of public, diffuse, collective and homogenous individual interests<sup>43</sup>. For the purposes of the present paper, our analysis shall focus on the regime relating to the protection of homogenous individual (also called “fragmented”) interests, since it is the compensation of these (mass damages) which is at stake in the reaction to damages arising from antitrust infringements<sup>44</sup>.

---

39 Leskinen, 2011: 91.

40 Delatre, 2011: 39.

41 For a description of the evolution of this constitutional provision, see, e.g.: Fábrika, 2000: 16-17.

42 As rectified by Rectification no. 4/95, of 12 October.

43 As summarised by Sousa Antunes: “it is common to distinguish the public interest, which is an interest of the State and other territorial beings, diffuse interest, meaning the sharing by each subject of interests that belong to the community, collective interest, identified by the joint purpose of persons joined together by a legal bond in the same group or class, and homogeneous individual interests, where the individual entitlement to a good shares questions of fact or law with other interests of that nature” (Sousa Antunes, 2007: 7). For a more in-depth discussion of the types of interests in question, see Teixeira de Sousa, 2003: 13-58. See also Monteiro & Júdice, 2012: 192.

44 The use of *actio popularis* to protect homogenous individual interests is also the one which is closest to, and clearly inspired by, common law class action suits (see, e.g., Fábrika, 2000: 17). As stated by one author, in the framework of securities law: “a popular action for the defense of investors need not always be based on the defense of investors’ collective interests. It may simply be based on the defense of individual

In two cases relating to damages suffered by clients of Portugal Telecom for breach of contract and for a breach of legal obligations, the Supreme Court has confirmed that this type of action, generally, aimed at the compensation of mass damages falls within the scope of the PAA, under the category of homogenous individual interests<sup>45-46</sup> (i.e. cases in which the members of the class hold diverse rights, but are dependent on a single factual or legal issue, all of them requiring a judicial solution of identical content<sup>47</sup>).

While certain branches of the law include special provisions concerning *actio popularis*<sup>48</sup>, the use of this mechanism for the enforcement of competition law is governed exclusively by the general provisions.

There was, at a time, a dispute in the Portuguese legal community concerning the nature of the *actio popularis*. In essence, this figure was perceived, by some, as a subjective right, an extension of the active legitimacy to resort to existing procedural means, and it was perceived, by others, as an autonomous procedure, in itself. For the purposes of the present paper, however, we believe this discussion is outdated and superfluous, given that, at least in what concerns civil proceedings, article 12(2) APA clearly

---

interests, as long as they are homogenous”, with the explicit objective of facilitating the enforcement of liability – Oliveira Ascensão, 2011 (our translation). On the boundaries of homogenous individual interests, see also: Lisbon AC, 5 June 2008.

45 See: SC, 23 September 1997 (“Within the homogenous individual interests encompassed by article 1 of [the PAA], a specific consumer right may be singled out, that of the right to compensation for damages”, our translation); SC, 7 October 2003. These cases were fundamental in setting aside a position that had been defended by some authors and which had already been upheld by the Lisbon Court of Appeal (and was overruled by the SC in the first case), according to which *actio popularis* would only be possible when a diffuse or collective interest was at stake. See also: SC, 17 February 1998; and SC, 1 July 2010 (in this last case, the courts refused the argument of one of the defendants that the individual nature of the rights in question excluded the use of *actio popularis*).

46 One issue that has not yet been clarified by the courts is where to draw the line in terms of a minimum number of injured parties. Clearly the protection of homogeneous individual interests through *actio popularis* was only meant for mass damages cases, and not, e.g., for compensating a very small number of customers. We believe the line should be drawn, in accordance with the *ratio legis*, at the point where it would not be economically viable for all parties injured by the behaviours in question to obtain compensation through common procedural mechanisms. This need not be as “massive” a number as one may, at first glance, assume, and will be dependent on the value of the individual claims. Thus, for example, if only 100 consumers suffered damages as result of an anticompetitive practice, but those damages were all under 200 euros, use of *actio popularis* would still be justified.

47 Grinover, quoted in SC, 23 September 1997.

48 The most important of such special regimes is the one foreseen in article 31 of the Securities Code. See also articles 13(b), 14 and 18(1)(l) of the Consumer Protection Act; and articles 2(1) and 40 of the Environment Framework Law.

states that “*civil popular actions may take on any form foreseen in the Civil Procedural Code*”<sup>49</sup>.

Although not unanimously accepted in doctrine, it now seems fairly settled that *actio popularis* may also be used to seek provisional measures and injunctions<sup>50</sup>. Less clear is the possibility of its use to seek judicial enforcement of a previous declaratory court ruling (“processo executivo”)<sup>51</sup>.

We would argue that access to these procedures is absolutely essential to guarantee the *effet utile* of the *actio popularis*. Thus, for example, if it is possible to use *actio popularis* to obtain a declaration that a company should pay compensation to a large group of consumers, but then it is necessary to resort to common proceedings to force the company to pay the amount owed, it will be easy enough for companies to avoid payment, as the enforcement proceedings will not be feasible in practice, for the same reasons that the common declaratory action was not feasible and was replaced by the *actio popularis*. If one accepts, in principle, that an executive *actio popularis* should exist, it should be kept in mind that the law itself generally provides the courts with the necessary leeway to adapt the applicable provisions, in so far as this may be required by the specific context<sup>52</sup>.

Article 1(2) presents a non-exhaustive enumeration of the interests which may be protected through popular action<sup>53</sup>. Competition is not included in this enumeration, which does mention consumer protection. However, the Supreme Court has already implicitly confirmed that *actio popularis* may also

---

49 In this sense, see, e.g.: Fábrika, 2003: 50 *et ss*; Otero, 1999:881. The Portuguese Supreme Court has already stated that *actio popularis* may be used, not only for declaratory, but also for condemnatory purposes, e.g. to order the termination of the infringement in question – see: SC, 7 October 2003.

50 Article 26-A of the CPC clarifies this by stipulating that the *actio popularis* encompasses procedures for provisional measures. See also: Monteiro & Júdice, 2012: 193; Sousa Antunes, 2007: 25; Mata de Almeida, 2002: 17. Confirming the possible use of *actio popularis* to obtain provisional measures: Lisbon AC, 26 November 2000; see also: SC, 24 January 2002.

51 Two leading authors on this subject express reluctance in accepting this possibility – see: Teixeira de Sousa, 2003: 134; and Payan Martins, 1999:122. The Supreme Court has hinted at being uncertain of standing for this purpose: SC, 7 October 2003.

52 Thus, for example, under article 265-A of the CPC, “[w]hen the procedure for consideration provided for in the law is not appropriate to the specific characteristics of the case, the judge, having heard the parties, should, officiously, order the practice of those acts that best suit the purpose of the case, and also the necessary adaptations”. In other words, if a specific aspect of a procedure, as foreseen in the general rules of the CPC, is not perfectly suited to a popular action, the judge may adapt the procedure in so far as necessary so that it becomes appropriate thereto.

53 See, e.g., Oliveira Ascensão, 2011; Teixeira de Sousa, 2003: 29; Marques Dias, 2009: 6.

be used to seek compensation for damages arising from infringements of competition law, at least when consumer protection is at stake<sup>54</sup>. Furthermore, since the list of interests to be protected, provided in the Constitution and in the PAA, is not exhaustive, it can be argued that promoting effective competition on the market is one of the interests which legitimises the use of *actio popularis*<sup>55</sup>, even when the specific law suit is meant at compensating, e.g., SMEs, especially when one considers that the ultimate beneficiaries of competition policy and of undistorted competition on the market are the consumers. In short, the protection of competition on the market is one of the public interests which may be pursued through *actio popularis*<sup>56</sup>.

Standing to initiate a popular action is granted to any citizen<sup>57</sup> and to any legally constituted association or foundation created for the defense of the relevant interests, regardless of whether or not they have a direct interest in the claim (article 2(1))<sup>58</sup>. Thus, as an example, any individual consumer or group of consumers may initiate a popular action to seek termination of and reparations for the infringement, but a company (e.g. a client of the

---

54 In SC, 7 October 2003, the Supreme Court referred specifically to competition law arguments raised by the applicant, and the admissibility of this claim was not challenged, nor was it raised of the court's own initiative.

55 Indeed, article 81(f) of the Constitution lists, as one of the priority tasks of the State, "to guarantee a balanced competition between enterprises, counter monopolistic forms of organisation and repress abuses of dominant positions and other practices that are harmful to the general interest".

56 And will be legitimately pursued in this manner, even if the claimants do not explicitly refer to the protection of this public interest, but merely to the homogenous subjective rights encompassed therein – see: SC, 20 October 2005.

57 It has not yet been clarified whether "citizen" includes citizens of other States (including, with specific legal issues, citizens of other EU Member States) and stateless persons. While this broad interpretation may appear to run counter a common-sense approach to the letter of the law, one author has persuasively argued in favour of it, on the basis that the constitutional right of access to the courts exists independently of Portuguese nationality (see Teixeira de Sousa, 2003: 178; see also Marques Dias, 2009: 17-18). Another important issue is that, while it may seem a disproportionately permissive reading of the law, considering the limitation of standing imposed on legal persons, the fact is that neither Art. 52(3)(a) of the Constitution, nor Art. 2(1) of the PAA, impose any requirement of material connection between the citizen that initiates the action and the infringement in question (meaning, e.g., that a citizen need not have personally suffered damages as a result of the antitrust infringement in order to have standing to initiate an *actio popularis*).

58 In the context of the protection of a public interest, the Supreme Court has rejected, as a matter of principle, that such standing may be set aside on the basis on an abuse of legal rights – see: SC, 28 May 2009.

company responsible for the infringement) may not do so<sup>59</sup>, even if it is an SME<sup>60</sup>.

Given that many antitrust infringements whose effects are felt in Portugal involve undertakings with headquarters in other States, it should be stressed that the PAA merely regulates active legitimacy. In what concerns the courts' international competence and issues of passive legitimacy, general rules must be applied, which means that the PAA may have extraterritorial consequences<sup>61</sup>.

The application is subject to a preliminary assessment and should be dismissed by the judge if it is concluded that its success is “manifestly unlikely”<sup>62</sup>.

If the action proceeds beyond this preliminary assessment, the claimants shall be deemed to represent<sup>63</sup>, “with no need for mandate or express

---

59 In what concerns legal persons, standing is granted only to the associations and foundations that meet the above mentioned requirements, with the additional condition that they must not carry out any professional activities in competition with undertakings or liberal professions (article 3), which makes it clear that the legislator intended to exclude the use of *actio popularis* by any legal person that carries out an economic activity. This is not to say that their activities must have no economic relevance (e.g. they can and should be seeking economic compensation), but they must not have a profit motive (see: Teixeira de Sousa, 2003: 189; Marques Dias, 2009:20).

Also, companies are not, in practice, absolutely prevented from giving rise (albeit indirectly) to popular actions – quite simply, they must do so through individuals or through associations (e.g. an association created to protect the interests of the respective economic sector, as long as its object can be deemed to include the protection of interests encompassed by the PAA). It should be noted that the PAA does not stipulate any additional requirements concerning, e.g., the number of persons represented by the association or foundation in question, the holding of the status of public utility, or any minimum period of existence of the legal person prior to the initiation of the popular action (see: Teixeira de Sousa, 2003: 184; Sousa Antunes, 2007: 16).

60 The extension of collective litigation rights to Small and Medium Enterprises has often been suggested. In Portugal, ANACOM has expressed its belief that there is no significant difference between the obstacles faced by natural persons and SMEs, so that no difference need be established between the mechanisms available to them and to consumers (ANACOM, 2011: 1, 6 and 10). The Portuguese Government has expressed a more cautious position (MNE, 2011:5 and 9).

61 In this regard, see: Sérvulo Correia, 2010: 114. There have, indeed, been several civil popular actions that involved foreign defendants, as described in Tortell, 2008: 10.

62 Article 13 of the PAA. It should also be kept in mind that the court should, of its own initiative, qualify an action as a popular action or a common action, even if the parties were not clear in that regard – see: SC, 20 October 2005.

63 Some authors argue that this is not, technically speaking, a true case of “representation”, but rather a situation of “exceptional legitimacy” – see, e.g.: Oliveira Ascensão, 2011: 6. Others stress that, at least in what concerns representation, the “prerequisites for a class action in Portugal are therefore very mild” (Gouveia & Garoupa, 2012). For further analysis, see: Lebre de Freitas, 1998: 800 *et ss.*; Ferreira Enriquez, 2002: 11-13; Duarte, 2002: 53 *et ss.*; SC, 27 October 2009. We would clarify that the Portuguese popular action falls both within the category of “representative actions” and in that of “collective actions”, as they tend to be used in international doctrine.

authorization”, all the holders of the rights or interests in question who do not opt-out<sup>64</sup>. In other words, the association, consumer or client who initiates an *actio popularis* against a company, seeking compensation for a specific antitrust infringement, shall represent, before the court, all the consumers/clients who suffered damages as a result of that infringement. Only those who opt out shall not be deemed to be represented<sup>65</sup>.

One of the legally disputed aspects of the representation inherent in the *actio popularis* is the extent of the effect of *res judicata*<sup>66</sup>. As a rule, any person who does not opt-out is bound by the effects of the rendered judgment (*erga omnes* effects). Only two exceptions are foreseen – there shall be no *erga omnes res judicata* effect: (i) when the action was unsuccessful due to insufficient evidence; and (ii) when the court should decide differently, considering specific characteristics of the case in question<sup>67</sup>.

These are two very important restrictions. The first guarantees, e.g., that, even if a claimant is incapable of producing sufficient evidence to persuade the court, in an *actio popularis*, of the existence of an infringement, of damages or of the causal link between the two, other claimants may subsequently still attempt to do so. The second is a sort of catch-all provision, which allows the courts enough leeway to exclude *res judicata* when faced with specific circumstances that justify it (which the legislator could not hope to foresee exhaustively).

Additionally, it should be kept in mind that the *res judicata* effect does not prevent courts from being confronted with several suits initiated, more or less simultaneously, by natural and legal persons under the common declaratory

---

64 Article 14 of the PAA.

65 Article 15 of the PAA requires the court to notify (by edicts or through the media) all the holders of the interests at stake in the popular action who have not already gone before the court, so that they may intervene or opt-out within a determined deadline. This notification need not personally identify the persons concerned. Similarly, under article 19(2) of the PAA, and in light of the *erga omnes* effects of judgments in an *actio popularis*, judgments must also be publicised. However, as was stressed in Gouveia & Garoupa, 2012, it should be noted that “poster or press may not be the best way to notify potentially interested parties when those interests might be diffused (specifically for well-defined homogeneous groups of individuals)”. All those who may be represented in a popular action have, thus, 3 options: to do nothing and be represented; to intervene in the proceedings; or to opt-out. For a deeper view into the legal discussions around this issue, see, e.g.: Duarte, 2002.

66 For a more in-depth analysis, see, e.g.: Ferreira Enriquez, 2002. See also: Figueiredo Dias, 1999.

67 Articles 15 and 19 of the PAA. Some doctrine has argued that some interpretations of these provisions may be unconstitutional and that only favourable results should have *res judicata erga omnes* – see Lebre de Freitas, 1998: 809.

procedure<sup>68</sup>. Nor is there any special provision in the PAA concerning what to do in case of initiation two or more simultaneous popular actions concerning the same subject matter. Thus, when faced with such issues, courts will have to resort to the general rules of the CPC<sup>69</sup>.

Aside from its usual competencies, the Public Prosecutor's Office may, in the context of an *actio popularis*, decide to take over the action, replacing the claimant(s), if the latter withdraws from the lawsuit or proposes a settlement or adopts other behaviours which would be damaging to the interests at stake<sup>70</sup>.

A popular action is further subject to special procedural rules concerning the collection of evidence (the judge acts on his own initiative, instead of being bound by the initiatives taken by the parties)<sup>71</sup> and the suspensory effect of appeals (generally absent, this effect may be granted by the court when necessary to avoid harm which would be impossible or difficult to repair)<sup>72</sup>.

Another, extremely significant, difference between popular actions and common declaratory actions concerns court costs. The claimants in an *actio popularis* are exempt from payment of initial court costs<sup>73</sup>. As for final court costs, the claimants will also be exempt from their payment if they are at least partly successful, and, if their claim is wholly unsuccessful, they shall be ordered to pay an amount to be determined by the court, in between 10% and 50% of the normally applicable costs<sup>74</sup>.

As for payment of attorney fees<sup>75</sup>, the rule stipulated in the PAA is that the court decides on these fees, in accordance with the complexity of and the amounts at stake in the case<sup>76</sup>. It should be noted that this article

---

68 On this issue, see, e.g.: Amado Gomes, 2005: §4.

69 One author has suggested that a mechanism could be introduced analogous to that of the "mass actions" foreseen in article 48 of the CPAC – see Sérvulo Correia, 2010: 117.

70 Article 16(3) of the PAA. For more on this, see, e.g.: Teixeira de Sousa, 2003: 124-125.

71 Article 17 of the PAA. As stressed in Sérvulo Correia, 2010: 112, by introducing this provision, "the lawmakers sought to offset, at least in part, the usual difficulties of producing evidence in this type of action".

72 Article 18 of the PAA.

73 Monteiro & Júdice, 2012: 198.

74 Article 20 of the PAA. In determining the percentage of costs to be paid in a claim that is entirely unsuccessful, the court should take into account the financial situation of the claimants and the reasons (substantial or procedural) which led to the dismissal of the action.

75 Since the PAA is silent on the issue of access to legal aid, general rules must be applied.

76 Article 21 of the PAA.

was introduced at a time when it was a more favourable solution than that which was in force for common declaratory actions. Following the revision of the CPC by Decree-Law 34/2008, of 26 February, and specifically the introduction of article 447-D<sup>77</sup>, we believe the spirit of the law and the succession of laws (as well as the fact that the PAA must be complemented with the general rules of civil procedure) requires that, to the extent that the rules in force for common declaratory actions<sup>78</sup>, in this regard, are more favourable than those stipulated in the PAA, they should be applied. However, if the claimants in an *actio popularis* are unsuccessful, the court may, under article 21 of the PAA, decide not to order the payment of the winner's lawyer fees (in part or in full), based on a reasoning analogous to that found in article 19 of the PAA.

If the claimants in a popular action are successful, the next – rather complex – step is how to handle the issue of compensation. There are two options: (i) the claimant and the company found liable for the antitrust infringement reach an agreement; or (ii) the court issues a ruling on compensation.

In the first case, the fact that the claimants represent all injured persons (who did not opt-out) may raise significant problems. These are, however, mitigated by two factors. First, as mentioned before, the Public Prosecutor's Office may step in and take over the case if it believes the proposed settlement is not equitable. Second, the court also has a role to play in assessing the fairness of a proposed settlement<sup>79</sup>.

In the second case, there are, at present, more doubts than certainties about how compensation is to be decided and paid out. Indeed, if up to this point the legal framework is extremely favourable to the pursuit of popular actions, the doubts that subsist concerning the interpretation of the PAA's provisions on compensation are such as to potentially jeopardise any and all practical use of this instrument as a means of obtaining compensation for mass damages.

It would seem that the options open by the PAA have not yet been fully accepted by Portuguese legal doctrine. Some authors seem to straight out exclude the use of *actio popularis* to obtain compensation for damages that

---

77 See article 533 of the new CPC, adopted by Act 41/2013.

78 See article 447-D of the CPC and articles 25-26 of the CCR.

79 As a result of a joint reading of the PAA and article 300(3) of the CPC (corresponding to article 290(3) of the new CPC, adopted by Act 41/2013). According to Sousa Antunes, 2007: 24: "the court may refuse to approve the settlement if the representation has not been exercised with the aim of satisfying the interests in question".

can be individualized<sup>80</sup>, even though, given the letter of the law, this seems to be more of a criticism than a proposed interpretation. Others seem to arrive at more or less the same result indirectly. One thing is certain: as one author put it, “there is a shocking absence of criteria relating to the awarding and effective distribution of compensation to the holders of interests who were not individually identified”<sup>81</sup>.

In order to better understand the possibilities presented by the law, and the consequences of the different interpretations thereof, one should keep in mind the three different scenarios which may arise in the context of a popular action to obtain compensation for mass damages caused by an infringement of competition law: (i) all injured parties are individually identified during the proceedings; (ii) only some of the injured parties are individually identified; or (iii) no injured parties are individually identified.

It should also be kept in mind that the popular action need not immediately determine the compensation to be awarded (be it globally or individually). This is a matter that may be left for an ulterior moment, during the execution of the judgment – the so-called liquidation phase<sup>82</sup>. Indeed this has been the option (validated by the Supreme Court) in previous civil popular actions<sup>83</sup>. However, this merely postpones the moment when the court will be confronted with the issue.

Let us begin by assessing the scenario in which all or some of the injured parties have been identified.

It seems to be settled, in the courts and in the vast majority of doctrine, that a popular action may and should lead to the ordering of compensation for the damages of injured parties who are individually identified during the proceedings and that, in these cases, general liability rules apply. This means that, aside from proving the unlawful behaviour in itself, the specific damage must be identified and quantified and the causal link must be established.

As a rule, the claimant in an *actio popularis* will, *ab initio*, not be in possession of sufficient information to individually identify all the injured

---

80 Pereira da Silva, 2000:50. See also Figueiredo Dias, 1999: 58, according to whom: “even if the holders of substantive legal positions are not denied the right to resort to popular action in order to have access to the courts, we see this situation as atypical, certainly not being the type of case which the legislator had in mind” (our translation).

81 Oliveira Ascensão, 2011: 6.

82 See articles 378 to 380-A of the CPC (or article 358 *et ss.* of the new CPC, adopted by Act 41/2013).

83 See, e.g.: SC, 7 October 2003; and SC, 7 January 2010.

parties. However, procedural law allows the court, upon request<sup>84</sup> or on its own initiative (given its extended powers under article 17 of the PAA), to require the defendant to produce the documents and information necessary to individually identify the injured parties, as long as this is necessary to prove a fact which has been alleged (e.g. that certain damages were caused to a group of identifiable persons)<sup>85</sup>. But how helpful would this be, in reality?

In some cases (and, once again, considering the possibility of requiring the production of documents and information by the defendant), this may be a rather simple matter. For example, if the anticompetitive behaviour was an agreement to raise prices from A to B, and the product/service in question was provided at a homogenous price to all clients, who, by the very nature of things and circumstances, purchased only one unit<sup>86</sup>, than the causal link will be clear and the damage will correspond to the difference between the prices before and after the increase agreed upon.

But one should expect the reality of the vast majority of mass damages antitrust cases to be far more complex and heterogeneous. The bottom-line is that, very often, it would be virtually impossible for the court to control that liability requirements have been met for each individualized injured party and to assign each of them their respective compensation. In other words, in a great number of cases, it will simply not be rational to even attempt to take the option of individual identification of injured parties.

The main issue, then, becomes: what to do about cases when injured parties have not been individually identified?

Here, there would seem to be, essentially, two schools of thought in Portuguese legal doctrine.

---

84 See articles 519(1) and 528 of the CPC (or articles 417(1) and 429 of the new CPC, adopted by Act 41/2013).

85 Under articles 533 and 519(3) of the CPC (or articles 434 and 417(3) of the new CPC, adopted by Act 41/2013), the defendant will only be able to refuse the production of such documents and information if it can base its refusal on one of the motives foreseen in the law. An issue that should be expected to be debated is whether the production, before a court of law, of information which allows for the individualization of customers, without their prior consent, would be in breach of personal data protection law. However, it may be argued (namely by analogy with the provisions of article 519-A of the CPC, or of article 418 of the new CPC, adopted by Act 41/2013) that no such infringement would occur as long as guarantees are put in place to ensure that this information is requested and used only for the purposes of the action in question, and is necessary thereto.

86 This is not a purely academic example. Such a situation (or at least rather close to it) was identified by the PCA in June 2011. Seven driving schools in Madeira were found to have agreed on prices for a period of four months.

Article 22 foresees two types of compensation, which may be awarded upon request or on the court's own initiative<sup>87</sup>:

- (i) Individual compensation: “the holders of interests who are identified are entitled to the corresponding compensation in accordance with the general rules of civil liability” (Art. 22(3)); and
- (ii) Global compensation: “compensation for a violation of the interests of parties who are not individually identified is set globally” (Art. 22(2)).

One school of thought argues that both Art. 22(2) and (3) may be applied to homogenous individual interests, meaning that a mass damages popular action may lead to the payment of both individual compensation, for those injured parties who have been individually identified, and of global compensation, for the remainder<sup>88</sup>.

Another school of thought argues, in essence, that the choice between individual and global compensation depends solely and necessarily on the type of interests at stake. Global compensation would be reserved for diffuse or collective interests, “which are not to be individualized”, and individual compensation would be reserved for homogenous individual interests (those for which “individualization is indispensable”)<sup>89</sup>. However, it would seem that the thesis of the author who is deemed to be the initial proponent of this approach has been misinterpreted, since he himself argues that homogenous individual interests may, under certain conditions, lead to the granting of global compensation, and that the holders of such interests must be given access to a part of that global compensation<sup>90</sup>.

It so happens that the Supreme Court seems to have taken up the second school of thought. In its 2003 judgment on the mass damages claim of *DECO v. Portugal Telecom*, even though it admitted that the interpretation of these

---

87 In this sense, see, e.g.: Marques Dias, 2009: 33

88 See Payan Martins, 1999: 117 *et ss.* – this author warned that the drafting resulted from the merging of opposing views during the legislative process and that courts might come to interpret this provision in such a way as to, effectively, restrict *actio popularis* to the status of an instrument useful only to protect diffuse interests, but stated that such an interpretation would not be consistent. Other authors also do not seem to exclude global compensation for homogenous individual interests – see: Oliveira Ascensão, 2011: 6; and Sérvulo Correia, 2010: 112-113.

89 Doctrine that refers to this school of thought generally quotes Teixeira de Sousa, 2003: 171-174.

90 In accordance with the clarifications provided by Prof. Teixeira de Sousa in a meeting in February 2013.

legal provisions “raises many doubts”, the Supreme Court said it “seemed certain” that this type of case (homogenous individual interests) calls for the payment of individual compensation, global compensation being excluded<sup>91</sup>. The Court was well aware that there “may be difficulties in implementing its judgment” (i.e., in injured parties actually being compensated), but ascribed this to the “manifest technical imperfections” of the PAA. Another mass damages popular action also led (at least potentially) to individual compensation<sup>92</sup>, and we are unaware of any example of global compensation being provided in a popular action relating to homogenous individual interests.

A possible explanation for the judiciary’s favouring of this position is that it is more harmonious with the general theory of civil liability, the application of which the courts are more familiar with. Ironically, the right of popular action was created precisely as an exception to the general rules of civil liability, and in trying to interpret it within the framework of these general rules, courts will effectively deny a large part of its usefulness for mass damages actions.

However, since no value is ascribed to judicial precedent in the Portuguese legal order, courts remain free to interpret the provisions of the PAA, in future cases, in accordance with the first school of thought. And this, we believe, they should do, namely because it is the most appropriate interpretation, based on the literal, systemic and teleological elements, and the only one which prevents a violation of the constitutional right of access to justice and of the constitutional right of *actio popularis* in itself<sup>93</sup>.

From a *literal* approach to interpretation, it must be recognised that Art. 22(2) and (3) make no distinction between the types of interests at stake, assigning individual or global compensation exclusively on the basis of whether the holders of the interests “are identified” or “are not individually identified”<sup>94</sup>.

---

91 SC, 7 October 2003.

92 SC, 1 July 2010.

93 As highlighted in Otero, 1999: 878 (referring, also, to the opinion of Gomes Canotilho and Vital Moreira), the right of *actio popularis* “is not foreseen in the Constitution as an exceptional institute, but rather it expresses an actual fundamental right” (our translation). As it does not have an exceptional nature, restrictive interpretations become all the more sensitive.

94 It should be recalled that, under the general principles of interpretation of the Portuguese legal system, the interpreter may not arrive at a result which “has not even a minimum of verbal correspondence in the letter of the law, even if imperfectly expressed”, which is arguably the case with the interpretation proposed by the second school of thought.

Furthermore, Art. 22(4) stipulates that the right to compensation becomes time-barred 3 years after the judgment becomes *res judicata*, and Art. 22(5) stipulates that the “amounts corresponding to time-barred rights shall be surrendered to the Public Prosecutor’s Office” (to pay attorney fees and fund access to the courts and other popular actions). Under the second school of thought, Art. 22(5) becomes entirely senseless. Indeed, if only those interests “which are not to be individualized” can lead to a global compensation, there would never be any determined compensation amount that could become time-barred and thus be surrendered to the Public Prosecutor’s Office<sup>95</sup>.

From a *systemic* approach to interpretation<sup>96</sup>, it should be recognized that, while the PAA is admittedly flawed, many of those flaws (in this context) derive precisely from the fact that it establishes a single legal regime for the compensation of different types of interests. That being said, the Portuguese legal order contains one example of special rules for civil popular action aimed at the compensation of homogenous individual interests in a specific field, that of securities<sup>97</sup>. And these special rules confirm that the legislator allows for the possibility of global compensation in the case of homogenous individual interests, at least in that case, setting aside the argument that there is some overriding general principle of liability in our legal order that requires the courts to follow the second school of thought.

Under Art. 31(1) of the Securities Code, a popular action may be initiated to protect the collective or homogenous individual interests of (certain) investors. If the application is successful, the “conviction obtained should indicate the entity in charge of the receipt and management of the indemnity due to those shareholders not individually identified [i.e. their part of the global compensation], designating, according to the circumstances, sinking funds, associations for the defense of investors or one or various shareholders

---

95 A global compensation could never be broken down into individual compensations that could be claimed by individuals, so there would be no individual rights that could become time-barred. And individual compensations would only be quantified following a specific action by the holders of the respective individual rights, so that: (a) either they would initiate these actions before the 3 years deadline, and then the right would not be time-barred; or (b) they would not initiate these actions before the deadline, and the right would become time-barred without the court ever having quantified how much compensation was owed.

96 Under article 9(1) of the Civil Code, interpretation of the law should, among other factors, “mostly keep in mind the unity of the legal system”.

97 Art. 31 of the Securities Code. This provision has been described as a “significant deepening of the regime relating to the reparation of damages” resulting from article 22 PAA (our translation) – Mata de Almeida, 2002: 39.

identified in the action”<sup>98</sup>. And any “indemnities that are not paid, due to being time-barred or the impossibility of identifying the respective shareholders, should revert to” the respective sinking fund or to the investors’ compensation system<sup>99</sup>. The parallel with what happens to compensations not claimed within the deadline, under Art. 22(5) of the PAA, is obvious.

From a *teleological* approach to interpretation<sup>100</sup>, it should be highlighted that the PAA implements the constitutional right of popular action, foreseen in article 52(3)(a) of the Constitution. This constitutional right includes “the right to apply for the appropriate compensation for an aggrieved party or parties”, and while the provision allows for the terms in which this is to occur to be determined by law, the law cannot breach the limits imposed by the constitutional provision. It is clear that the right of popular action, as foreseen in the Constitution, includes the right to obtain “appropriate compensation”. This is an expression of the fact that this right ultimately seeks to overcome, in so far as possible, a shortcoming of the legal system, that leads to situations of mass damages (involving small claims) being deprived of any viable means of judicial enforcement, in breach of the constitutional right of access to justice. Furthermore, *actio popularis* allows for the pursuit of the public policy objective of dissuading illegal behaviours<sup>101</sup> and of finding economically efficient and rational ways of enforcing the law.

Thus, if two interpretations of the PAA’s provisions on compensation are possible, one leading to an effective (even if imperfect) mechanism of compensation that also has the desired dissuasive effect, and another leading to the absence of any feasible mechanism of compensation of injured parties (and the absence of dissuasive effect), the first interpretation must be chosen as the only one which does not contradict the constitutional provision in question and pursues the *ratio legis* of the PAA.

Indeed, the end result of the second school of thought is that popular actions will never (or almost never) be capable of leading to any form of actual

---

98 Art. 31(2) of the Securities Code. Confirming that this global compensation is available for actions in defense of individual homogenous interests: Oliveira Ascensão, 2011.

99 Art. 31(3) of the Securities Code.

100 Under article 9(1) of the Civil Code, interpretation of the law should, among other factors, “reconstitute the legislative mindset”.

101 Sérvulo Correia, 2010: 113, noted that the “possibility of fixing the compensation on an overall basis means that the perpetrators can be prevented from gaining advantage from the damage even when it is not possible to establish the exact extent of the individual damage suffered”.

compensation of mass damages, as only individual compensation can be used, which requires the use of general liability rules. But the extension of the right of popular action to the protection of homogenous individual interests was meant, precisely, to create a mechanism for the compensation of damages that cannot be compensated through the common procedures and general liability rules.

It seems hard to imagine any scenario where it might prove economically rational for claimants who suffered damages in the amount of 5 euros to go through the steps required to individualize their specific damages and causal link<sup>102</sup>. And from the macroeconomic perspective, the cost of assessing each of such claims individually would be absurdly disproportional. The potential total utility deriving from the popular action would be completely outweighed by the costs to the injured parties and courts.

Finally, the interpretation proposed by the second school of thought violates the principle expressed in article 9(3) of the Civil Code<sup>103</sup>, as it rests on the assumption that the legislator meant to say something other than he really said.

Granted, the first school of thought raises some problems (as does the second), given the PAA's lack of detail about how global compensation is to function, in practice. But that is a legal lacuna which must be filled in accordance with the methods foreseen for that purpose in our legal order<sup>104</sup>.

How would one go about quantifying a global compensation for homogenous individual interests?

Generally, a global compensation can be determined:

- (i) By the court: when quantifying the global compensation, the Court would resort to equity criteria, in accordance with article 566(3) of the Civil Code<sup>105</sup>, and would consider the global damage caused

---

102 It should also be noted that the Supreme Court has expressed doubts about who would have standing, following a declaratory popular action, to seek compensation for individualized damages (SC, 7 October 2003), which might constitute a further obstacle to obtaining compensation as a result of a popular action.

103 Under this provision, in "determining the meaning and scope of the law, the interpreter shall presume that the legislator foresaw the best solutions and was able to express his thoughts adequately".

104 This, of course, until the legislator sees fit to clarify the legal framework.

105 This is one point on which doctrine seems to be unanimous – see, e.g.: Sêrvulo Correia, 2010: 113; Teixeira de Sousa, 2003:166. This author also notes that "the applicant need not quantify this compensation in a precise amount, since article 569 of the Civil Code dispenses the person requesting compensation from defining the exact value it ascribes to the damages and article 471(1)(a) of the CPC (or article 556(1)(a) of the new CPC, adopted by Act 41/2013) allows for the formulation of a generic request when it not yet possible to determine, definitively, the consequences of the unlawful fact" (idem, our translation). For guidance on the manner of quantification of antitrust damages, specifically, see: European Commission, 2011.

- by the practice in question, subtracting the value of individualized compensations already (or simultaneously) awarded and the damages caused to parties who exercised the right to opt-out<sup>106</sup>;
- (ii) By the applicant and defendants, through a settlement: such a settlement would be subject to control by the court and the Public Prosecutor's Office (as explained above);
  - (iii) By an arbitral tribunal: in 1999, Payan Martins had already suggested, *de jure condendo*, that a solution for these situations would be to organize payments exclusively through a simplified arbitration procedure<sup>107</sup>. Subsequently, the CPC was revised so that it now allows for liquidation through (voluntary) arbitration<sup>108</sup>.

How would one manage the distribution of the general compensation among the injured parties who might come forward following its awarding<sup>109</sup>? Unlike Art. 31 of the Securities Code, Art. 22 of the PAA does not seem to allow for the transfer of the management of this distribution to another entity, so that this management would remain with the court.

The procedure to have access to a part of the global compensation cannot imply demonstrating individualized damages and specific causal link, or we'll be right back to the situation of denial of justice and compensation because of the economic irrationality of processing each request individually. While there is very little to go on to build a reply to this question, we would suggest that an equitable solution might be for the judgment that sets the global compensation to determine, at the same time, a simplified procedure and criteria for injured parties to have access to a pre-determined part of the compensation<sup>110</sup>.

---

106 In this sense, see Payan Martins, 1999: 119. The approach herein suggested also avoids turning a global compensation into a punitive measure, dissociating it from the reality of compensating actual damages caused to fragmented interests – the ultimate goal is not to punish, but to compensate injured parties, in so far as possible.

107 Payan Martins, 1999: 122.

108 See article 380-A of the CPC (or article 361 of the new CPC, adopted by Act 41/2013).

109 And what if the amount of damages of the injured parties who come forward exceeds the total amount of the global compensation? Some authors argue that, because of the *res judicata* effect associated to popular action, the right to effective and full compensation requires that, if the global compensation awarded proves to be insufficient to cover all damages, those who were not fully compensated may still initiate separate court proceedings to rectify this situation (for a description of this position, see: Marques Dias, 2009: 33).

110 A similar - but not entirely identical – approach to that which is here described was suggested by Prof. Teixeira de Sousa in a meeting in February 2013.

Staying close to the letter of Art. 22(4) APA, the court could, e.g., determine that a certain part of the compensation would be awarded to all injured parties that come forward within the 3 year deadline and simply demonstrate that they meet the subjective qualifying requirements (such as having bought the products in question from the defendants during the relevant period). This may be made simpler by requiring the defendant to identify all its clients who meet those requirements (i.e., who are “injured parties”, for the purposes of that popular action), the court needing merely to verify if the person is included in the list provided and to control cases of inconsistencies<sup>111</sup>. The part of the compensation to which each injured party would be entitled would be based on the court’s estimate of the amount of injured parties and damages, which could also be formed on the basis of documents and information that the defendants would be compelled to provide<sup>112</sup>.

And what happens to the part of the global compensation that is not claimed? The answer to that question is explicitly provided for in Art. 22(5) of the PAA: it is turned over to the Public Prosecutor’s Office which will deposit it in a special account and will use it to pay attorney fees, when applicable, to support access to the courts and to provide financial aid to the promoters of popular actions that require it with due justification.

---

111 The non-indication by the defendant of some of the clients who met the subjective qualifying requirements (and who subsequently come forward and prove that they meet those requirements) could constitute a breach of a court order and the provision of false information to the court, with the normal legal consequences associated thereto.

112 To provide a hypothetical example of this approach, let us imagine that a monopolist that provides certain services abuses its dominant position by imposing, during the year 2012, an access fee that is not justified by costs associated to granting such access, expressed as a percentage of business volume (i.e. a variable fee per client). A court that finds that competition law was thus infringed could ask the company to provide it with the total number and identify of its new clients during the year 2012, to whom such a fee would have been imposed, as well as the total amount of access fees charged. It would then calculate the fixed amount of the global compensation as the total amount of access fees charged in 2012, and stipulate that each injured party would be entitled to a pre-determined part of that global compensation (corresponding to the total amount divided by the total number of new clients). Subsequently, it would order that any injured party (already identified by the defendant or mistakenly omitted from the list provided to the court) could come before the court and ask that their portion of the global compensation be paid to them, by merely identifying themselves as one of the injured parties and expressing that intention. After 3 years, whatever amount of the global compensation would be left over would be surrendered to the Public Prosecutor’s Office, in accordance with article 22(5) of the PAA.

An alternative, already mentioned above, the viability of which would namely be dependent on the number of injured parties, would be for the court to order the defendant to provide it with enough information to determine individual compensations. In this situation, that would require the defendant listing each new client in 2012 and the precise amount of the access fee charged to each.

An important aspect to keep in mind is that the PAA establishes the liability of the infringing person for damages caused to “the injured party or injured parties”<sup>113</sup>. Crucially, therefore, while companies may not initiate an *actio popularis* themselves, they are seemingly entitled to compensation if they can be identified as having suffered damages as a result of the unlawful behaviours identified by the court<sup>114</sup>. This is an issue that must still be tested before the courts.

In certain cases, however, care must be had to avoid imposing double compensation, specifically when compensation is to be paid both to final consumers and to intermediary undertakings, when the latter have fully passed on to consumers the costs associated to the unlawful behaviours. This same issue must be pondered when establishing the causal link between the unlawful behaviour and the damages argued by the claimants. It is unclear how the courts would react, for example, to a popular action aimed at compensating (exclusively) consumers for antitrust infringements carried out by a company on an upstream market, whose consequences were passed on to them by intermediary undertakings. The spirit of the law would seem to be favourable to such a proposition, as consumers would be protected and the intermediary undertakings would, in such a case, already have passed on the damages to their clients. And yet, the establishment, in such a situation, of a causal link with the original anticompetitive behaviour may depend on the nature and characteristics of that behaviour.

Finally, under article 26 of PAA, the PCA is obliged to cooperate with the courts and the intervening parties in a popular action relating to a competition infringement. These may, namely, require information and copies of documents in the possession of the PCA to be produced before the court. Only the due protection of legally mandated confidentiality can justify a refusal to provide such information or documentation.

---

113 Article 22(1) of the PAA.

114 It would be a rather inequitable restrictive interpretation of the law if only consumers were allowed to be compensated for infringements, e.g., by an electronic communications service provider, while other legal persons, such as SMEs, which had suffered similar damages, at the same level (i.e., as final users of that service) would not have access to compensation. Furthermore, it would significantly diminish the deterrence effect of popular actions.

### 2.2.2. Overview of precedents

Despite the extensive debate around collective private enforcement, there is a striking lack of thorough empirical studies available<sup>115</sup>.

In Portugal, the *actio popularis* mechanism is often used, by single individuals, in cases relating to public roads or accesses<sup>116</sup>. There is, to our knowledge, no collected statistical information on civil popular actions<sup>117</sup>. In so far as we could determine, although theoretically available, no civil popular action has claimed non-material damages<sup>118</sup>.

After researching the case-law of the Supreme Court, SOUSA ANTUNES has noted that: “it seems fair to conclude that the law of popular action has been applied very scarcely, whether due to the fact that the intervention of civil society is still in its early stages, or due to the prohibition on *quota litis* agreements or to the doubts that the application of Law 83/95 has raised”<sup>119</sup>. If this is already true of civil popular actions, in general, the outlook for civil popular actions specifically concerning competition law is, by far, bleaker.

There has been only one civil popular action aimed at enforcing, *inter alia*, competition law. Following the introduction of an allegedly unlawful “activation charge” by Portugal Telecom in 1998 and 1999, the Portuguese Consumer Protection Association (DECO) sued the telecom incumbent, on behalf of all of its clients<sup>120</sup>. A total of approximately two million Portugal Telecom customers were represented in the case concerning the 1999 charge, and only five persons opted out. A separate popular action ran concerning the same charge in 1998, but did not raise antitrust issues.

In the case relating to 1999, the application was successful, but on grounds that had nothing to do with competition law, these arguments never having

115 See, as a notorious exception (relating to Japan): Vande Walle, 2011.

116 See, e.g.: SC, 14 February 2012; SC, 9 February 2012; SC, 13 July 2010; SC, 23 December 2008; SC, 13 January 2004.

117 The same is stated in Sousa Antunes, 2007:20. This author further provides the following information concerning administrative popular actions, between 1991 and 2003, based on data provided by the Ministry of Justice’s Office of Planning and Legislative Policy: “The number of cases brought by a popular action claimant was at its highest in 1991 (73) and lowest in 2002 (9). These represent a particularly small percentage of the total number of administrative cases considered (between 0.2 % and 4%)”.

118 Tortell, 2008: 3.

119 Sousa Antunes, 2007: 20.

120 SC, 7 October 2003. Appeal from Lisbon AC, 12 November 2002. See, further: Rossi & Sousa Ferro, 2012.

been discussed by the courts. However, since the Supreme Court referred specifically to competition law as one of the arguments raised by the applicant, and the admissibility of this claim was not challenged, it can be argued that, implicitly, this judgment confirmed that the PAA may be used in antitrust private enforcement cases.

The case took approximately 4 years, from the first to the last instance. The claimant did not ask the court to rule on compensation, nor did it attempt to demonstrate that the requirements for liability were met. Following this judgment, DECO and Portugal Telecom arrived at a settlement, for the estimated value of 120 million EUR (i.e. 60€ per client)<sup>121</sup>. This amount was paid out, not in direct payments, but in free national calls for all Portugal Telecom customers on 14 consecutive Sundays. It has also been noted that “PT also agreed to reimburse any customer who makes a claim for his portion of the 1998 call set-up charges”<sup>122</sup>, but no further information is available in this regard.

Although not an antitrust private enforcement case, it seems appropriate to briefly mention a more recent civil popular action case, for the value of the clarifications it brings. In a case concerning credit contracts associated to language schools, concluded by a Supreme Court judgment in 2010. In this case, in which an estimated 1.200 to 1.500 people were represented (with no opt-outs), DECO was not only successful in obtaining a declaration of the nullity of those contracts, but the court further ordered the defendants to return to the represented consumers the amounts paid under those contracts, to be liquidated following the judgment (which was to be publicized in accordance with Art. 19(2) of the PAA)<sup>123</sup>. Although no precise follow-up information is available, information provided by DECO suggests that the injured parties in this case were notified of the possibility of obtaining compensation, and that all those who, by their own initiative and means, asked the defendant to return the respective amount were duly compensated.

---

121 However, it must be noted that this is merely an estimate of potential value to customers of the possibility of free calls on certain days open to clients. It is unlikely that this actually corresponded to an accrued number of calls on the designated days based on this possibility, and it should also be kept in mind that, in any case, the cost of such calls for Portugal Telecom is quite different from their price for consumers. In other words, the figure in question is likely to be highly inflated in terms of the real economic cost of the settlement for Portugal Telecom.

122 See Mulheron, 2008: 77-78.

123 SC, 1 July 2010.

### 3. ECONOMIC ASSESSMENT

It is, seemingly, uncontroversial to state that large undertakings are far more likely to seek compensation of antitrust damages through private enforcement than SMEs and consumers<sup>124</sup>. While legal, cultural and contextual issues certainly play an important role in explaining this reality, the premise that market agents make essentially rational options – even if limited by the information available to them – would suggest that an economic explanation for this reality may be found.

Could it indeed be true, as suggested by Sêrvulo Correia, that “the Portuguese civil procedure provides the conditions of practicability (...) for the private enforcement of the competition rules”<sup>125</sup>, and that it is only reasons beyond the legal framework that explain the scarce resource to antitrust private enforcement in Portugal? We have already seen that this does not seem to entirely hold true. Even if a solution may be found within the possible interpretations of the law, the interpretation that was expressed by the Supreme Court raises serious obstacles for the last, crucial, step of a popular action – the actual compensation of the damages suffered by the injured parties –, that jeopardise the usefulness of this mechanism as a whole, within this context.

In any case, understanding the extent to which the reduced (virtually inexistent) use of *actio popularis* for antitrust private enforcement is explained by economic factors (and, specifically, by microeconomic factors), or, in other words, understanding the causes and precise limits of “rational disinterest”, is

---

124 According to one author: “When the victims of illegal practices – say, a cartel – are large companies, they would always bring a lawsuit to obtain compensation. (...) But when the victims are consumers and small businesses, they would not go to court if their losses do not justify the costs of litigation and the uncertainty of the outcome. They often receive no compensation for the harm they suffer” – Almunia, 2010.

125 Sêrvulo Correia, 2010: 113. The same author, however, also indicates that the explanations for the limited extent of private enforcement include: “the unsuitability of the legal system as a whole for the solution of this kind of dispute” (p. 114). Other authors have pointed out that: “We should not jump to the conclusion that just because we do not observe too many class actions, the legal framework and the procedural rules are improper. The reasons for the apparent lack of interest by the citizens for class actions in Portugal could lay elsewhere” (Gouveia & Garoupa, 2012). The PCA itself has expressed that it believes that: “the Portuguese legal order is, generally, well equipped to answer the issues that arise in the framework of [private enforcement], even if it should be admitted that the introduction of a few special rules could facilitate the success of such actions. Within the issues identified by the European Commission, the PCA considered particularly relevant those relating to access to evidence (...), and the indispensable coordination between so-called public and private enforcement, including the safeguard of the leniency regime” (PCA, 2007:25, our translation). The PCA had previously adopted an internal document wherein it expressed an opinion on the required reforms of collective private enforcement of competition law in Portugal (PCA, 2005:54), but the document is not publicly available (Botelho Moniz & Rosado da Fonseca, 2008: 765 noted that the proposal included in this document “was never adopted by the Government and it is not envisaged to be adopted in the future”).

a crucial step to allow for a pondered reconsideration of the legal framework, so as to increase incentives – or decrease disincentives – for the private enforcement of competition law.

It may generally be assumed that the choice to proceed with litigation aimed at obtaining compensation for damages arising from infringements of competition law is grounded in an economical assessment of certain and uncertain (potential) costs and benefits.

That being said, it must be kept in mind that an abstract assessment by consumers and SMEs of the level of damages that would justify litigation is not likely to correspond to the level that the same persons would find motivating enough, when faced with the detailed costs and benefits assessment of a concrete litigation scenario. For this reason, the usefulness of previously carried out studies that rest on such abstract assessments is limited<sup>126</sup>.

The diversity of possibly relevant factors and their inherently subjective assessment by different economic agents makes it extremely difficult to arrive at a uniform description of the conditions that need to be met in order for it to be economically advantageous to initiate such legal proceedings.

In what concerns costs, for example, the decision to initiate a suit taken by a consumer association that has on-staff lawyers is grounded in a significantly different assessment than that of a group of consumers or small companies who would have to take into account the legal fees of external counsel<sup>127</sup>. Private enforcement between undertakings in a vertical relationship may also raise the prospect of costs connected to the breach of business relations with the counterparty, as well as to negative effects on business relations with other companies.

In what concerns benefits, some companies may find sufficient motivation in the impact that a competition suit would have to its competitor's public image, or in causing financial difficulties for a competitor by forcing it to shoulder the burden of legal fees and to provision the amount of the claim in its budget.

---

126 See, e.g., Civic Consulting, 2008. While half of the respondents to a study “expressed the view that it was not worth going to court for less than 200 euros” (ANACOM, 2011: 1), it can safely be assumed that only a significantly higher amount would actually justify the expense and time involved in proceeding with litigation in a specific situation.

127 However, this factor should not be overestimated, as the “on-staff” lawyers will hardly ever be specialized in competition law, and often specialist knowledge is deemed to be essential for the successful private enforcement of competition law.

Furthermore, the factors that go into the decision of initiating a law suit are not the same that are pondered in the context of counterclaims, wherein the larger part of the associated costs already derive from the required defense in the main suit.

All this being said, it is possible to generally identify the main factors of costs and benefits in any law suit aimed at the private enforcement of competition law, abstracting from variables that may alter motivations and conclusions in marginal cases.

The weighing of these costs and benefits is based on risk assessment criteria, which will vary most significantly in function of whether the suit is “stand-alone” or “follow-on”. In the latter case, the burden of proof is eased in practice, and will tend to focus on the quantification of damages and the establishment of a causal link<sup>128</sup>.

### *Costs*

The main costs to be considered are: court costs, lawyer fees, time and organizational costs, and possible retaliations.

At the outset, in principle, the decision to initiate a private suit for the enforcement of competition law carries the certainty of costs (lawyer fees, court costs – at least transitionally – and time), while presenting no guarantee of benefits.

Court costs vary significantly between common declaratory actions and popular actions.

In popular actions, there are no initial costs and, if the case is successful, the applicants will not have to pay for any costs whatsoever. If they are not successful, they will have to pay a much smaller percentage (between 10% and 50%) of normally applicable costs. That being said, these may not be negligible.

As for common actions, the amounts vary drastically depending, namely, on the number of plaintiffs and value of the action. Crucially, such costs are substantially higher than in popular actions and grow in direct proportion to the number of applicants.

Lawyer fees (including expenses) may be assumed to be identical for the two types of actions, especially considering that the average duration and number of documents to be produced in the context of litigation is very similar for both types of cases and that the knowledge of substantive law required is the

---

128 See: Sérvulo Correia, 2010: 115-116.

same. Although legal aid is theoretically available, it is highly unlikely that, in its current format, it could ever play a role in popular actions<sup>129</sup>, or even in common declaratory actions.

Lawyer fees vary significantly depending on whether one resorts to specialists or to non-specialist lawyers. As would be expected, the available precedents suggest that the majority of private enforcement cases are handled by non-specialist lawyers, intervention by specialists tending to be limited to cases with very high claims. There is insufficient data to conclude whether resorting to specialist lawyers increases, in practice, the chances of success (even though that seems to be the generalized perception).

To arrive at an approximate estimate of lawyer fees per case, for the purposes of the present paper, based on our knowledge of the market, we estimated an average hourly fee of 60€ for non-specialist lawyers, and of 150€ for specialist lawyers. Given an average duration of 5,5 years per case<sup>130</sup>, and assuming the need for an application, a reply and a trial, in the first instance, as well as the corresponding steps in the second instance, we arrived at a working estimate of an average number of billable hours per case of *circa* 250 hours. Further considering the usual practice of capping fees at a predetermined maximum level, it would seem that a reasonable (possibly low-balled) working estimate of average lawyer fees per such case may be of 15.000€ for non-specialist lawyers, and 37.500€ for specialist lawyers.

However, it must be kept in mind that, under both common declaratory actions and popular actions, a successful applicant may expect to see at least part of its lawyer fees borne by the losing party. This means that a degree of risk assessment is required in the inclusion of these costs in the initial decision to litigate.

---

129 As noted in Tortell, 2008: 6-7: "Although a *pro bono* system exists in Portugal, such specific cases are unlikely to take advantage of that system, which officially involves the random allocation of a lawyer for particular cases".

130 It has been suggested that popular actions may be faster, but it is not possible to arrive at such a conclusion, for Portugal, based on a single precedent of a popular action relating to competition enforcement in which, all the more, competition law was not discussed. That being said, one author's empirically analysis led to the conclusion that the average length of civil popular actions is 5 to 7 years (Tortell, 2008: 7), i.e. the same average we identified for common declaratory actions. For these reasons, we believe it justified to use the same estimated average duration for popular actions as the one identified for common declaratory actions. We would note that this implies a significant difference in relation to American class action suits, which tend to take considerably longer (see Keske, 2009: 106). Also, the Portuguese Government has expressed a willingness to consider adopting shorter procedural time limits at various stages of collective redress actions (MNE, 2011: 6).

Furthermore, it should be borne in mind that, even in a hypothetical scenario of assured victory, there is a quantifiable economic cost associated to paying portions of the lawyer fees throughout the period of litigation, which will not be reimbursed. Thus, for example, in a case lasting 5,5 years, assuming that the above mentioned amounts are paid in 6 equal parts (one per year), and assuming a remuneration rate of 5% if the amounts in question were otherwise invested throughout the same period, funding an action with non-specialist lawyers (even in case of success) costs 2.795€, and funding an action with specialist lawyers costs 6.980€.

While the Portuguese legal system does not allow lawyers to propose “no win, no fee” scenarios, or to collect a percentage of the damages awarded to the claimants (*quota litis*)<sup>131</sup>, it does allow for an initial low fee to be topped off by a “success fee”, which would reduce the amount of lawyer fees that must be born (even if just temporarily, in case of success) by the applicants, and, therefore, also the above mentioned “funding” cost.

The costs associated with time and organization of the file relate, in essence, to organizational expenses such as mailings and processing plaintiff documents, and to the value attributed to all the time expended with the organization of the case that is not already covered by lawyer fees (“opportunity cost”). In common actions, a great deal of “organizational” effort is required during an initial phase (e.g. identifying plaintiffs and gathering powers of attorney), but every step of the procedure will continue to imply important costs, as all clients must be consulted whenever any important decision needs to be taken. Such costs must be multiplied by the number of plaintiffs, and thus will tend to become prohibitive, in themselves, after a certain number (considering the law of increasing marginal costs). Organizational costs in popular actions are much lighter, and may, indeed, be almost negligible from the perspective of the applicant. Additionally, it should be kept in mind that those wishing to initiate any such law suit will often have to dedicate a significant amount of time to collecting information, in particular given the information asymmetries infamously identified in antitrust enforcement.

---

131 Monteiro & Júdice, 2012: 198, single out prohibition of contingency fees as possible main reason for the failure of popular action in practice. Leskinen, 2011, makes a strong case for the need for some form of contingency fees, as a requirement to make collective antitrust private enforcement viable.

Finally, a rather significant factor that tends to be left out of the equation is the fear of retaliation. For companies pondering a common action, this may frequently prove to be a decisive obstacle, based on the possible severing of commercial relations with the company in question, or the perception that the action will be assessed as a negative factor by other companies when deciding to become (or continue as) clients or suppliers. On the other hand, for consumers, retaliation will not often be a relevant concern, which suggests that it is not a factor, at all, in popular actions.

### *Benefits*

The main benefits to be considered are: compensation for damages and dissuasion of future infringements.

Given the absence of punitive damages in the Portuguese legal system, potential economic benefits are limited to the quantification of damages arising from the infringement in question (even though these are not restricted to patrimonial damages). As is demonstrated by the available national precedents, damages to be claimed, per person, can run from under 100 euros to several million euros.

The benefits arising from the dissuasive effect may weigh heavily at the level of public policy, but will not be relevant for the vast majority of potential plaintiffs' decision to initiate a specific antitrust suit. Even consumer associations seemingly tend to base their decision to litigate a specific case based on a costs and benefits assessment mostly limited to the universe of that case, and not to potentially generalized effects (even if its preliminary decision to attempt to identify antitrust private enforcement cases for it to pursue might have the general dissuasive effect in mind).

Excluding (to some degree) the perspective of the motivation of not-for-profit organizations such as consumer associations, it is crucial to stress that if a popular action is to be prosecuted by a lead plaintiff, in the decision to initiate the suit, the leader's costs are weighed only against his potential benefits, and not the potential benefits of all those represented<sup>132</sup>.

It has often been pointed out that lawyers themselves may take a lead role in the promotion of the private enforcement of competition law. With this in

---

<sup>132</sup> Keske, 2009: 106, who also points out that spreading the costs among those represented does not seem possible outside mandatory schemes.

mind, market forces may be sufficient to push forward private enforcement, even when the compensation for damages, in itself, would not justify the law suit (or, at least, would not justify the decision to proceed, given the associated risk assessment), if lawyers are willing to finance the litigation, postponing a large part of their remuneration, with the expectation that the counterparty will, in the end, be sentenced to pay their attorney fees. In this perspective, it is the benefits to lawyers which are weighed against the costs. However, a specific manifestation of the “fear of retaliation” should be considered here, and may explain the failure of popular actions (and, specifically, of lawyer-led entrepreneurial litigation) in the private enforcement of competition law in Portugal: specialized lawyers may fear that their active promotion of popular actions may be damaging to their careers and, specifically, generate animosity among potential large clients<sup>133</sup>.

Doctrine has tended to divide consumer claims into two groups, depending on whether it would be economically justified to proceed with individual or aggregated litigation (“group A” consumer claims or “Positive Expected Value” claims), or not (“group B” consumer claims or “Negative Expected Value” claims). It has been suggested that EUR 2.000 could function as an upper limit for the dividing line between the two groups, but that, particularly for antitrust private enforcement, a lower figure may be appropriate<sup>134</sup>. Crucially, however, the vast majority of imaginable consumer antitrust private enforcement cases would involve damages far below that figure, not exceeding a few hundred Euros<sup>135</sup>. The same may not always be true for antitrust private enforcement by SMEs.

There seems to be a general conviction that the *actio popularis* mechanism is a viable and more efficient manner of seeking compensation for a plurality of injured parties than that of common declaratory actions, even though there

---

133 This concern has already been expressed in Sêrvulo Correia, 2010: 114. It should not be underestimated in the Portuguese context, where the market for specialized competition litigators is quite small. That being said, Sousa Antunes, 2007: 22, believes that “Portuguese law is compatible with entrepreneurial litigation, notwithstanding the prohibition on *quota litis*”.

134 See, e.g.: Ioannidou, 2011: 69 *et ss*. This author has noted that, in antitrust private enforcement, “it seems unlikely for consumers to bring claims exceeding several hundred Euros and in any case damage flowing from a competition”.

135 Ioannidou, 2011: 71.

is little empirical evidence to support this conviction<sup>136</sup>. While the previous analysis certainly confirms that this procedure is economically more efficient, it is not clear whether it may truly be called “viable”.

Considering the estimates made above, it would seem to be economically irrational for even the most optimist of claimants to proceed with a popular action to seek damages for antitrust infringements in Portugal unless the expected benefits exceeded, at the very least, EUR 3.000 (or, in the case of a group of claimants, that each person’s share of those costs exceeded his/her share of the expected benefits). In many cases, that figure may be substantially higher, especially when complex substantive issues arise that require the intervention of a specialist. Common actions also do not seem viable below that threshold (except, possibly, if they are pursued through alternative dispute resolution mechanisms).

But more in-depth study and simulations are required to determine precisely what level of damages justifies such actions, especially considering that it is incorrect to simply divide the total costs by the total number of claimants, as the actual economic costs of a law suit in common proceedings grow in proportion to the number of claimants.

The viability of popular actions as an effective means of arriving at compensation for damages arising from anticompetitive practices is put in question, or perhaps even effectively prevented (considering the absence of precedents), by the following factors:

- (i) Imperfections and lacunae of the existing legal framework, together with restrictive judicial interpretations, which may make it impossible, in practice, to arrive at individual compensation in mass damages cases and to enforce declaratory judgments;
- (ii) Need for a person or persons wishing to shoulder the burden of costs arising, in the most optimist of scenarios, to at least EUR 3.000, with no expected return beyond any damages it may, itself, be entitled to;
- (iii) Limited financial resources of consumer associations;

---

136 In this sense, see Sousa Antunes, 2007: 31-32: “In the absence of statistical data, it can be pointed out that, from a pragmatic point of view, there is ample and significant legal theory which accepts that the use of the collective action motivated by the impulse of one representative for all the interested parties is a more advantageous solution than opting for the more traditional means of combining the interests of various parties in a single action”.

- (iv) Limitation of entrepreneurial litigation by lawyers, derived from the prohibition of *quota litis* agreements and the fear of “retaliation”;
- (v) Length of judicial proceedings (which becomes more and more dissuasive the smaller the claim);
- (vi) Lack of knowledge and experience of lawyers and judges with popular actions; and
- (vii) Cultural barriers (lack of litigation culture in Portugal)<sup>137</sup>.

#### 4. DARING TO DREAM

As we have seen, the existing legal framework already provides for a theoretically adequate instrument for the private enforcement of competition law, even in cases with a very large number of plaintiffs, each with very little damages. To go from theory to practice, only a few steps are required. Some may achieve the desired result by themselves, but most will only do so when combined with others. Some are simple, almost expectable, others bold and rather unlikely.

##### *Changing mindsets*

We would argue that there are two groups of stakeholders whose attitudes must change before (successful) mass damages actions become a reality in the Portuguese legal order. Ironically (or not), it is not the victims who can play a lead role here, given that, in the case of small claims, their apathy will continue to be rational in the absence of punitive or exemplary damages.

First, judges must accept that *actio popularis* was (also) meant, and can indeed be used, for the compensation of antitrust mass damages, and that it is up to them to fill the lacunae left by the legislator, particularly in what concerns the means of calculating and distributing global compensation. This would seem to be more a matter of shedding ways of thinking framed in the general theory of liability and in a pre-PAA mentality, as the courts have tended to be generally amicable to popular actions.

Also, subject to the appropriate arguing of facts by the applicant, courts may play a crucial role by using their powers of directing the production of evidence to require the defendants to provide the information required to

---

137 On this issue, one author noted: “Although the corporate-fascist regime of the «industrial conditioning», etc., has been extinguished, the (anti-) judicial-economic culture has been around for almost four decades and the general culture of competition law and civil liability has still not been properly established in a country that many say has «weak customs»” (Coutinho de Abreu, 2011: 113).

identify the persons who suffered damages (or, at least, their number) and to quantify those damages. In so doing, the courts would effectively force a partial internalization of the costs that had been illegally externalized to the injured parties, as well as creating an economic incentive for the defendants to reach a settlement or to agree to arbitration.

Second, specialized antitrust lawyers must become more familiar with the brave new world of possibilities opened up by the PAA<sup>138</sup>, and a few, at least, must develop the entrepreneurial spirit (and, perhaps, the willingness to risk alienating possible clients) required to actively promote popular actions<sup>139</sup>. A good sign that this shift may soon be upon us is that, for the first time, the Portuguese market is showing signs of a possible excess supply of lawyers specialized in competition law.

### *Changing administrative practice*

The European Commission has taken it upon itself to include a call for private enforcement in all its press releases announcing decisions finding infringements of articles 101 and 102 TFEU. Similarly, the PCA, in furtherance of its role of promoting competition culture in Portugal, could include in its press releases concerning relevant decisions a message aimed at consumers, clients and competitors, clarifying their right to seek compensation for damages arising from the practices in question, and the manner in which such compensation may be sought<sup>140</sup>. Other measures could also be taken by the PCA to actively promote private enforcement, namely adopting a clarified and simple procedure for accessing case-file information for the purpose of follow-on actions, and a predisposition to act as *amicus curiae* in such cases<sup>141</sup>.

---

138 Sérvulo Correia, 2010: 117, suggested lawyer training initiatives in partnerships between the PCA, the Bar Association and law schools.

139 As stressed in Delatre, 2011: 41: “the use of the popular action mechanism rests on the dedicated time and effort of experienced lawyers”.

140 Suggesting, in general terms, such an approach: CACCL, 2011: 4. See also MNE, 2011: 6 and 8; and ANACOM, 2011: 7.

141 Sérvulo Correia, 2010: 117: “If the cooperation provided for in Article 15 of Regulation No. 1/2003 is not to remain almost always a dead letter, it would be fitting for the lawmakers to establish a simple and practical procedure mechanism that delineates the contact between the various institutions in order for the Commission or the Competition Authority to provide information and opinions to the courts and produce written or oral observations”.

*Changing the law*<sup>142</sup>

The following improvements to the existing legal framework would significantly increase the odds of *actio popularis* becoming an effective instrument for the private enforcement of competition law<sup>143</sup>: (i) clarifying access to compensation; (ii) increasing economic incentive for entrepreneurial litigation; (iii) ending the *quota litis* prohibition; (iv) centralizing jurisdiction; and (v) introducing PCA notification obligation.

First, the current level of legal uncertainty concerning the possibility of actually obtaining compensation through a popular action does not bode well for the future of this constitutional right. Even though the courts can use general techniques of legal interpretation to fill the law's lacunae, it would be useful if the PAA were revised (or, alternatively, if special rules were added to the Competition Act itself) so as to clarify:

- (i) that *actio popularis* may be used to obtain individual and global compensation in mass damages cases (and, specifically, damages arising from antitrust infringements);
- (ii) that individual compensation should be decided and awarded, on the basis of general liability rules, to all injured parties who have been individually identified;
- (iii) that global compensation is to be calculated based on equity and on information (which the court may order the defendant to provide) concerning the number of injured parties and the average amount of damages caused by the infringement;
- (iv) that global compensation is to be distributed in equal parts to all persons who so request, within 3 years, and can prove that they meet the class (or injured party) criteria defined by the court; and

---

142 As this paper was being finalized, the European Commission published its Proposal for a Directive on Private Enforcement of Competition Law. While it would be premature to analyze the contents of this proposal at length, it should be stressed that it has focused on several issues that are discussed herein as useful improvements to the legal framework, including: (i) providing greater ease of access to evidence; (ii) making NCA and Commission decisions constitute full proof of infringements before civil courts (to facilitate follow-on actions); (iii) clarification that victims are entitled both to actual loss suffered and to lost profits; (iv) allowing for the awarding of damages in "passing on" scenarios; (v) establishing a presumption that cartels cause harm; and (vi) clarifying the repartition of liability towards the victims between a group of infringers.

143 A carefully presented and justified call for a review of the PAA, globally, can be found in Payan Martins, 1999: 128.

- (v) that the right of *actio popularis* extends to the enforcement of a declaratory judgment (*processo executivo*), and that this right can be exercised by the initial applicants or by anyone with a direct interest in the judgment's enforcement.

It should be noted that the frailties of the PAA in what concerns calculation and distribution of compensation and enforcement may, in practice, be partly compensated by companies' approach to business and public relations. Thus, for example, the mere fact that a judgment declaring an infringement can be obtained through popular action, together with its expectable publicity in the media (namely, but not only, thanks to Art. 19(2) of the PAA), may be enough to pressure a company to reach a settlement on compensation<sup>144</sup>, or to agree to arbitration in the liquidation phase. And, in cases where each injured party's damages are quantified by, or clearly quantifiable as a result of, the terms of the judgment itself, defendants may comply with the court's decision and compensate all those clients that fall within the class and contact them for that purpose, without it being necessary to resort to judicial or to arbitral liquidation<sup>145</sup>.

Second, it seems to be the case that the existing framework does not provide sufficient economic incentive for lawyers and consumer associations to actively promote the private enforcement of competition law through popular actions. Presently, at best they can expect to be refunded for legal fees and to be compensated for damages if they themselves were injured parties. For organizations with very limited resources, the potential benefits of promoting a popular action will, thus, rarely outweigh the costs associated thereto. The Portuguese legal order has already found a way of creating the needed added economic incentive in the field of securities law.

Indeed, under article 31(2) and (3) of the Securities Code<sup>146</sup>:

"2. The conviction obtained [in a popular action] should indicate the entity in charge of the receipt and management of the indemnity due to those shareholders not individually identified, designating, according to the circumstances, sinking

144 As the 2003 *DECO v. Portugal Telecom* case more or less demonstrates.

145 As apparently happened following SC, 1 July 2010.

146 These provisions were described as a "significant deepening of the regime relating to the reparation of damages" resulting from article 22 PAA (our translation) – Mata de Almeida, 2002: 39. On the lacunae of these provisions, see Oliveira Ascensão, 2011: 12.

funds, associations for the defense of investors or one or various shareholders identified in the action.

3. Indemnities that are not paid, due to prescription or the impossibility of identifying the respective shareholders, should revert to:

- a) The sinking fund relating to the activity giving rise to the indemnity;
- b) In the absence of the sinking fund described in the previous sub-article, the investors' compensation system".

In other words, adapting this system to the private enforcement of competition law, the full amount of the global compensation determined by the court would be paid to the applicant(s) (e.g. the consumer association), who would be responsible for distributing the compensation among injured parties, as determined by the court, and would be entitled to keep the amount not claimed within 3 years<sup>147</sup>.

This solution has two added advantages. On the one hand, it eliminates the essentially crippling doubts as to how the Public Prosecutor's Office is to manage funds left over from global compensations, under the existing rules of the PAA. On the other hand, it provides a more realistic approach to compensation. It has been pointed out that it is, in practice, impossible to achieve full compensation for damages caused to individual consumers within the context of antitrust private enforcement in group B claims<sup>148</sup>. Indeed, even if a popular action is successful, and even if collective compensation is paid out, e.g., to a fund that is then responsible for distributing it among the injured parties, there is likely to be a number of them who are too passive to do whatever it may take to obtain their part of the compensation. Thus, it has been argued, as a matter of public policy, we should focus on protecting the "collective consumer interest", with popular actions being perceived as a means not only to achieve (partial) compensation of victims, but also as an instrument of deterrence and of competition policy itself<sup>149</sup>.

---

147 Care would have to be taken to ensure adequate publicity and simplicity of access, so as to combat the incentive of the applicant for apathy in actively promoting the distribution of the global compensation.

148 Ioannidou, 2011: 73 and 83.

149 Ioannidou, 2011: 74. This solution is, therefore, recommended by Ioannidou, as the most likely to make popular actions a viable instrument: "As long as priority is given to individual consumers to claim their respective damages, no violation of the compensatory principle can be established, where consumers did not claim individually, thereby allowing the damages to be retained by the consumer organisation" – Ioannidou, 2011: 83.

Third, ending the *quota litis* prohibition would eliminate the inevitable financial burden of funding legal fees and facilitate the entrepreneurship of specialized lawyers. This is a reform, however, which would have to encompass all legal practice, framing it in a much broader discussion and making it a very unlikely (and not an essential) development.

Fourth, it would be very helpful, allowing for the avoidance of typical mistakes of generalist courts, if the private enforcement of competition law – regardless of the procedure adopted – were to be centralized in a specialized court, just as appeals relating to PCA decisions have been centralized in the Competition, Regulation and Supervision Court (and, before its creation, in the Lisbon Commercial Court)<sup>150</sup>.

Finally, under article 75(1) of the Criminal Procedural Code, when the investigating authorities become aware of possible injured parties, they are obliged to “inform them of the possibility to submit a request for civil compensation within the criminal procedure and of the formalities to be observed”. While granting the PCA the power to include in its administrative procedure the compensation of injured parties would likely meet serious constitutional obstacles, there is nothing to prevent, and much to gain from, the revision of the Portuguese Competition Act so as to oblige the PCA, whenever possible, to personally notify injured parties of their right to initiate autonomous private enforcement actions, whenever (some or all of) these parties have been identified in the course of the adoption of the PCA’s decision.

It certainly seems to be the case, as has been argued, that the current situation “*will take time to change*”<sup>151</sup>. And yet, we will surely be forgiven for daring to dream that the change is coming sooner, rather than later, and that the required conditions for taking several steps forward are already present.

---

150 See: Sérvulo Correia, 2010: 110, 114 (“the application of competition law is highly complex: it involves possessing extensive legal knowledge and permanently monitoring developments in the case-law of the European Courts and practice of the Commission and Competition Authority”) and 117. This author has also highlighted that the dispersion of jurisdiction for these actions throughout all civil courts also leads to a dispersal of financing of antitrust training, which must be made available to all civil court judges. Indeed, it seems to be a common opinion among Portuguese competition practitioners that the enforcement of competition law by Portuguese courts “*falls short of expectations since Portuguese judges seldom have the skills to deal with economic issues*” (Gorjão-Henriques & Vaz, 2004: 638; quoted and reaffirmed in: Botelho Moniz & Rosado da Fonseca, 2008: 763-764).

151 Gorjão-Henriques & Vaz, 2004: 638.

## REFERENCES

## CASE-LAW

## ÉVORA APPEAL COURT (ÉVORA AC)

23 February 1995 Judgment of 1995/02/23, *Júlio Canela Herdeiros v. Refrige* (case no. 452/94)

## GUIMARÃES APPEAL COURT (GUIMARÃES AC)

4 January 2011 Judgment of 2011/01/04, *"A" v. "B"* (case no. 3164/08.1TBVCT. G1)

## LISBON APPEAL COURT (LISBON AC)

6 March 1990 Judgment of 1990/03/06, *JSS et al v. Tabaqueira* (case no. 2426)

18 April 1991 Judgment of 1991/04/18, *JCG et al v. Tabaqueira* (case no. 4202)

26 November 2000 Judgment of 1997/09/23, *EPUL* (case no. 0091106)

12 November 2002 Judgment of 2002/11/12, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 3724/02-7)

24 November 2005 Judgment of 2005/11/24, *Carrefour v. Orex Dois* (case no. 6882/2005-8)

12 September 2006 Judgment of 2006/09/12, *"G" v. "N"* (case no. 2721/2006-7)

5 June 2008 Judgment of 2008/06/05, case no. 2927/2008-7

## OPORT APPEAL COURT (OPORTO AC)

10 July 2006 Judgment of 2006/07/10, *"B" & "C" v. "D"* (case no. 0653357)

## SUPREME COURT (SC)

31 October 1991 Judgment of 1991/10/31, *JSS et al v. Tabaqueira* (case no. 079744)

8 July 1993 Judgment of 1993/07/08, *JCG et al v. Tabaqueira* (case no. 081441)

21 March 1996 Judgment of 1996/03/21, *Júlio Canela Herdeiros v. Refrige* (case no. 087823)

23 September 1997 Judgment of 1997/09/23, *ACOP v. Portugal Telecom* (case no. 97B503)

17 February 1998 Judgment of 1998/02/17, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 97A725)

24 January 2002 Judgment of 2002/01/24, case no. 01A3241

7 October 2003 Judgment of 2003/10/07, *DECO v. Portugal Telecom* (case no. 03A1243)

13 January 2004 Judgment of 2004/01/13, case no. 03A3433

- 20 October 2005 Judgment of 2005/10/20, case no. 05B2578
- 26 January 2006 Judgment of 2006/01/26, case no. 05B3661
- 6 June 2007 Judgment of 2007/06/06, *Trabalhadores de Serviços de Portaria, Vigilância, Limpeza, Domésticas e Atividades Diversas v. Câmara de Comércio e Indústria de Ponta Delgada et al* (case no. 06S4608)
- 23 December 2008 Judgment of 2008/12/23, case no. 08B4107
- 28 May 2009 Judgment of 2009/05/28, case no. 08B2450
- 27 October 2009 Judgment of 2009/10/27, *APAVT v. DLA* (case no. 9812/03.2TVLSB.L1.S1)
- 1 July 2010 Judgment of 2010/07/01, case no. 08B3798
- 13 July 2010 Judgment of 2010/07/13, case no. 135/2002.P2.S1
- 9 February 2012 Judgment of 2012/02/09, case no. 1007/03.1TBL.SD.P1.S1
- 14 February 2012 Judgment of 2012/02/14, case no. 295/04.OTBOFR.C1.S1

## BOOKS AND ARTICLES

ALMUNIA, J.

- 2010 “Common standards for group claims across the EU University of Valladolid”, Speech at the School of Law Valladolid, 15 October 2010, available at <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/554>.

AMADO GOMES, C.

- 2005 “Não pergunte o que o ambiente pode fazer por si; pergunte-se o que pode fazer pelo ambiente. Reflexões breves sobre acção pública e acção popular na defesa do ambiente” in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. III, Coimbra: Almedina, p. 207.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (PCA)

- 2005 Activity Report and Accounts.
- 2007 Activity Report and Accounts.

AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES (ANACOM)

- 2011 Reply to the European Commission’s Public Consultation “Towards a coherent European approach to collective redress”.

BOTELHO MONIZ, C. & ROSADO DA FONSECA, M.

- 2008 “Portuguese Report to FIDE Congress XXIII – The modernization of European competition law – first experiences with Regulation 1/2003”, in APDE, *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE – Relatórios Portugueses 1990–2008*, Principia, 2009, p. 736.

BORCHARD, E.

- 1943 “Challenging Penal Statutes by Declaratory Action”, 52 *Yale Law Journal* 445.

## CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DE LISBOA (CACCL)

2011 Reply to the European Commission's Public Consultation "Towards a coherent European approach to collective redress".

## CIVIC CONSULTING

2008 *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, Final Report prepared for DG SANCO, 26 August 2008.

## COUTINHO DE ABREU, J. M.

2011 "Private enforcement of competition law in Portugal", in Velasco San Pedro, L. A., *et al* (eds.), *Private enforcement of competition law*, Valladolid: Lex Nova, p. 101.

## DELATRE, J. G.

2011 "Beyond the White Paper: rethinking the Commission's proposal on private antitrust litigation", *The Competition Law Review*, Vol. 8, Issue 1, p. 29.

## DUARTE, R. P.

2002 *Citação e auto-exclusão na acção popular portuguesa*, Masters paper presented at the Lisbon University School of Law.

## EUROPEAN COMMISSION

2011 Draft guidance paper: Quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Public Consultation), June 2011.

## FÁBRICA, L. M. C. S.

2000 "A acção popular no projecto de código de processo nos tribunais administrativos", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, vol. 21, p. 16.

2003 "A acção popular já não é o que era", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, vol. 38, p. 35.

## FERREIRA ENRIQUEZ, S. I.

2002 *Os limites subjectivos do caso julgado na lei de acção popular*, Masters paper presented at the Lisbon University School of Law.

## FIGUEIREDO DIAS, J. E.

1999 "Os efeitos da sentença na lei de acção popular", *Revista do Centro de Estudos do Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Vol. II, p. 47.

## FRANÇA GOUVEIA

2007 "Chapter 22 (Civil Procedure)" in *Portuguese law – an overview*, Universidade Nova de Lisboa Law School, p. 308.

## FRIAS COSTA, CANTISTA

2011 "Portugal, all options open", IFLR.com, 1 May 2011.

GOUVEIA, M. F. & GAROUPA, N.

2012 “Class actions in Portugal”, in Backhaus, J. G., Cassone, A. & Ramello, G. B. (eds.), *The law and economics of class actions in Europe: lessons from America*, Cheltenham/Southampton: Edward Elgar, p. 342.

GORJÃO-HENRIQUES, M. & VAZ, I.

2004 “Portuguese Report to FIDE Congress XXI – Competition law and competition policy in the European Union: the reorganization of the competition law application system, may it prosper?”, in APDE, *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE – Relatórios Portugueses 1990-2008*, Principia, 2009, p. 621.

GORJÃO-HENRIQUES, M. & SOUSA FERRO, M.

2012 Portuguese report in *The International Comparative Legal Guide to Competition Litigation 2012, A practical cross-border Insight onto competition litigation work*, Global Legal Group.

IOANNIDOU, M.

2011 “Enhancing the consumer’s role in EU private competition law enforcement: a normative and practical approach”, in *The Competition Law Review*, Vol. 8, Issue 1, p. 59.

KESKE, S. E.

2009 *Group litigation in European competition law: a law and economics perspective*, doctoral dissertation presented at Erasmus Universiteit Rotterdam.

KROES, N.

2008 “Collective redress in Europe”, Address at panel discussion organised by DHIK at the Representation of the Free State of Bavaria to the EU, Brussels, 10 December 2008, available at <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/700&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

LEBRE DE FREITAS, J.

1998 “A acção popular ao serviço do ambiente”, in Antunes Varela (org.), *Ab Vno Ad Omnes: 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 797.

2003 “A acção popular no direito português”, in *Sub Judice*, Vol. 24.

LESKINEN, C.

2011 “Collective actions: rethinking funding and national cost rules”, *The Competition Law Review*, Vol. 8, Issue 1, p. 87.

MARQUES DIAS, V. E.

2009 *A acção popular civil para a tutela de interesses difusos*, Masters paper presented at the Lisbon University School of Law.

MATA DE ALMEIDA, T.

2002 *A acção popular no âmbito do direito dos valores mobiliários*, Masters paper presented at the Lisbon University School of Law.

MATOS, A. A.

1999 *A lei de acção popular e os fins da responsabilidade civil*, Masters paper presented at the Lisbon University School of Law.

MINISTÉRIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS (MNE)

2011 Reply to the European Commission's Public Consultation "Towards a coherent European approach to collective redress".

MONTEIRO, A. P. & JÚDICE, J. M.

2012 "Class actions & arbitration in the European Union", in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Coimbra: Almedina, p. 189.

MORAIS, L. S.

2011 "Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law - Legal and Jurisdictional Issues", paper presented at the 16th Annual Competition Law and Policy Workshop (European University Institute, Florence), 17/18 June 2011, available at: [http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/16\\_th\\_Annual\\_Competition\\_Law-LMORAIS-DRAFT-14-6-2011-v-2.pdf](http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/16_th_Annual_Competition_Law-LMORAIS-DRAFT-14-6-2011-v-2.pdf).

MULHERON, R.

2008 "Competition law cases under the opt-out regimes of Australia, Canada and Portugal", Research Paper, available at: <http://www.bis.gov.uk/files/file49008.pdf>.

OLIVEIRA ASCENÇÃO, J.

2011 "A acção popular e a protecção do investidor", in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, vol. 11.

OTERO, P.

1999 "A acção popular: configuração e valor no actual direito português", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. 59, Issue 3, p. 871.

PAYAN MARTINS, A.

1999 *Class actions em Portugal?: para uma análise da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto: Lei de participação procedimental e de acção popular*, Lisboa: Edições Cosmos,.

PEREIRA DA SILVA, V.

2000 *Verdes são também os Direitos do Homem: responsabilidade administrativa em matéria de ambiente*, Lisboa: Principia.

ROSSI, L. & SOUSA FERRO, M.

2012 "Private enforcement of competition law in Portugal (I): An overview of case-law", *Revista de Concorrência e Regulação*, No. 10, april-june 2012, pp. 91-141.

SÉRVULO CORREIA, J. M.

2010 “The effectiveness and limitations of the Portuguese system of competition law enforcement by administrative and civil procedural means”, in Mateus, A. & Moreira, T. (eds.), *Competition law and economics: advances in competition policy enforcement in the EU and North America*, Cheltenham/Southampton: Edward Elgar, p. 85.

SOUSA ANTUNES, H.

2007 “Class actions, group litigation and other forms of collective litigation: Portuguese report”, paper presented at the Conference “Globalisation of Class Actions”, Oxford, 13–14 December 2007.

TEIXEIRA DE SOUSA, M.

2003 *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, Lisboa: Lex.

TORTELL, L.

2008 “Country report: Portugal”, in Alleweldt, F., Kara, S., Osterloh, M. & Béteille, R. (eds.), *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, Civic Consulting.

VANDE WALLE, S.

2011 “Private enforcement of antitrust law in Japan: an empirical analysis”, *The Competition Law Review*, Vol. 8, Issue 1, p. 7.

## LEGISLATION AND OTHERS

Decree-Law no. 78/87, of 17 February, as last revised by Law no. 26/2010, of 30 August (Criminal Procedure Code, or CPP)

Decree-Law no. 329-A/95, of 12 December, as last revised by Law no. 60/2012, of 9 November (Civil Procedure Code, or CPC)

Decree-Law no. 486/99, of 13 November, as last revised by Decree-Law no. 85/2011, of 29 June (Securities Code)

Decree-Law no. 34/2008, of 26 February, approving the Court Costs Regulation, as last revised by Law no. 66-N/2012, of 31 December (Court Costs Regulation, or CCR)

European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013)404 final, 11 June 2013 (Proposal for a Directive on Private Enforcement of Competition Law)

Law no. 11/87, of 7 April, as revised by Law no. 13/2002, of 19 February (Environment Framework Law)

Law no. 83/95, of 31 August, on the right of procedural participation and popular action (Popular Action Act, or PAA)

Law no. 24/96, of 31 July, as last revised by Law no. 10/2013, of 28 January (Consumer Protection Act)

Law no. 3/99, of 13 January, as last revised by Law no. 46/2011, of 24 June (Act regarding the Organization and Functioning of Judicial Courts, or LOFTJ)

Law no. 15/2002, of 22 February, as last revised by Law no. 63/2011, of 14 December (Code of Procedure of Administrative Courts, or CPAC)

Law no. 19/2012, of 8 May, approving the new competition act (Portuguese Competition Act)

Law no. 41/2013, of 26 June, approving the Code of Civil Procedure (new CPC)



# LES SERVICES SOCIAUX D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE\*

*Stéphane Rodrigues*

**ABSTRACT:** *Cet article analyse la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne applicable aux activités susceptibles d'être qualifiées de services sociaux d'intérêt général (SSIG) au sens de la doctrine de la Commission européenne. Il en ressort que si la finalité sociale d'une activité ne la fait pas échapper au droit de l'Union européenne, dès qu'est en jeu une activité économique, la Cour sait prendre en considération les objectifs d'intérêt général poursuivis par cette activité pour faire application du régime particulier de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (SIEG).*

**SOMMAIRE:** Introduction. I – Les SSIG en tant qu'activités tantôt économiques tantôt non économiques: l'application du droit commun. II – Les SSIG en tant qu'activités d'intérêt général: l'application du régime de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

## INTRODUCTION

*«La construction d'un cadre européen adéquat pour la protection et la promotion des Services Sociaux d'Intérêt Général touche, de manière centrale, à ce que certains appellent une société de bien-être, un Etat-providence actif». C'est en ces termes ambitieux que Monsieur Vladimir Spidla, membre de la Commission européenne chargé de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances concluait en septembre 2007, à Lisbonne, le premier Forum interinstitutionnel*

---

\* Le présent article a été publié dans l'annuaire social 2013 de Caritas-Luxembourg (*Sozialalmanach* 2013, pp. 183-195) et se base sur une actualisation de l'article co-signé par l'auteur et Madame Laetitia Driguez, maître de conférences à l'Université Paris 1, dans la revue *Actualité Juridique Droit Administratif* (AJDA) de 2008, pp. 191-197, sous le titre «Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire. Entre spécificité et banalisation».

(Parlement européen, Conseil et Commission) consacré aux services sociaux d'intérêt général (ci-après «SSIG»). Doit-on toutefois les interpréter comme un aboutissement de la réflexion des institutions européennes sur ces services ou un vœu formulé pour l'avenir ? La réponse se situe certainement entre ces deux options, car si le thème des SSIG est débattu maintenant depuis 6 ou 7 ans à l'échelon européen, il est difficile de considérer qu'il serait aujourd'hui épuisé tant à Bruxelles et Strasbourg que dans les Etats membres.

Il convient de rappeler que le concept même de SSIG est relativement récent dans le vocabulaire communautaire. Il a fait son apparition dans le cadre, plus général, des débats portant sur les services d'intérêt général (ci-après «SIG») en Europe. C'est ainsi que le Livre blanc de la Commission de 2004 sur les SIG<sup>1</sup> constatait que la consultation publique ouverte l'année précédente sur la base d'un Livre vert<sup>2</sup> avait suscité *«un intérêt considérable de la part des parties concernées par le domaine des services sociaux, qui recouvrent notamment les services de santé, les soins de longue durée, la sécurité sociale, les services de l'emploi et le logement social»*. La Commission proposa alors de parler de SSIG et reconnût d'emblée leur rôle particulier *«en tant que partie intégrante du modèle européen de société»*, en soulignant que *«leur fourniture, leur développement et leur modernisation vont tout à fait dans le sens de la réalisation des objectifs fixés par le Conseil européen en mars 2000 à Lisbonne, notamment en ce qui concerne la création d'un lien positif entre les politiques économiques, sociales et en matière d'emploi»*.

Privilégiant une approche systématique, la Commission entreprit un exercice d'identification des particularités de ces services et de clarification du cadre communautaire dans lequel ils sont appelés à fonctionner et à se moderniser. Etait ainsi adoptée en avril 2006 la première communication consacrée exclusivement aux SSIG<sup>3</sup>, étant précisé qu'entre temps les services de santé furent écartés du champ d'analyse pour faire l'objet d'un exercice de réflexion distinct<sup>4</sup>.

1 COM (2004) 374 final du 12.5.2004, spéc. chapitre 4.4.

2 COM (2003) 270 final du 21.5.2003 et rapport sur la consultation publique: SEC(2004) 326 du 29.3.2004.

3 COM (2006) 177 final du 26.4.2006: *«Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne»*. V. S. Rodrigues, «Communication de la Commission sur les SSIG», in *Concurrences*, n.º3/2006, chronique Secteur public, pp. 159-160.

4 Travaux qui allaient aboutir notamment à l'adoption de la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9.3.2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (JOUE L 88 du 4.4.2011, p. 45). Sur cette directive, lire notamment: De Grove-Valdeyron, 2011 et Driguez & Michel, 2011.

Sans chercher nécessairement à en donner une définition précise, exercice qui demeure délicat, la Commission présente les SSIG comme une sous-catégorie des SIG, qui, dès lors, peuvent être tantôt économiques, tantôt non économiques. Il est peut-être intéressant à cet égard de se remémorer les débats qui ont animé la jurisprudence et la doctrine françaises au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle à propos de l'éphémère catégorie des services publics sociaux que le Tribunal des conflits a finalement enterrée après avoir donné l'impression de la susciter<sup>5</sup>, ce qui a fait dire aux observateurs avisés que les services sociaux ne constituaient pas «*une catégorie à part*» mais devaient être assimilés soit aux services administratifs soit aux services industriels et commerciaux<sup>6</sup>.

Contournant en quelque sorte la difficulté, la Commission s'attache à identifier, sans prétendre à l'exhaustivité, six «*caractéristiques d'organisation*» des SSIG: leur fonctionnement sur la base du principe de solidarité compte tenu notamment de la non sélection des risques ou de l'absence d'équivalence à titre individuel entre cotisations et prestations ; leur caractère polyvalent et personnalisé pour répondre aux besoins nécessaires pour garantir les droits humains fondamentaux et protéger les personnes les plus vulnérables ; l'absence de but lucratif, notamment pour aborder les situations les plus difficiles; la participation de volontaires et de bénévoles, présentée comme l'«*expression d'une capacité citoyenne*» ; leur ancrage marqué dans une tradition culturelle (locale) qui trouve notamment son expression dans la proximité entre le fournisseur du service et le bénéficiaire permettant de prendre en compte les besoins spécifiques de ce dernier ; et une relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires ne pouvant être assimilée à une relation «*normale*» de type fournisseur/consommateur et nécessitant dès lors la participation d'un tiers payant.

Pour autant, ces différentes spécificités dans l'organisation des SSIG doivent-elles justifier un traitement spécifique par le droit de l'Union européenne ? Pour l'aider à répondre à cette question, la Commission ouvrit une consultation aux parties intéressées pour recueillir leurs réponses et réactions. Alors que cet exercice devait aboutir à l'adoption d'une communication annoncée comme stratégique par le commissaire Spidla au Forum SSIG précité de Lisbonne, ce dernier ne fût pas soutenu par le collège dans cette idée et dût se contenter

---

5 V. TC 22.1.1955, *Naliato*, rec. 694, à propos de l'organisation de colonies de vacances et TC, 4.7.1983, *Gambini*, rec. 540.

6 Long, Weil, Braibant, Delvolvé & Genevois, 1999: spéc. p. 231.

d'intégrer un chapitre au sein de la nouvelle communication sur les SIG du 20 novembre 2007<sup>7</sup>, elle-même adoptée comme document «*accompagnant*» la communication sur «*un marché unique pour l'Europe du 21<sup>e</sup> siècle*»<sup>8</sup>. C'était clairement le signe que la Commission balance entre deux options: celle d'une reconnaissance de la spécificité des SSIG par un aménagement des règles du traité et celle de la banalisation de ces services dans le marché intérieur.

La dernière communication de la Commission portant sur un cadre de qualité pour les SIG en Europe, de décembre 2011, n'a pas davantage tranché la question, en soulignant que les termes «SSIG» couvrent à la fois des activités économiques et des activités non économiques<sup>9</sup>. Il en est de même à la lecture de la communication du même jour relative à l'application des règles de l'UE en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général (ci-après «SIEG»)<sup>10</sup>. Une telle approche reflète en fait l'état de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, «la Cour» ou la «CJUE»), sans même qu'ils soient alors nommés ainsi, s'est interrogée sur l'application des règles du traité à ces services poursuivant un objectif social dont les Etats membres ne manquaient pas, en défense, de soulever la particularité.

S'il résulte d'une jurisprudence constante que la finalité sociale d'une activité ou d'une aide ne la fait pas échapper au droit de l'Union européenne, dès qu'est en jeu une activité économique<sup>11</sup> (I), il n'en reste pas moins que le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) a prévu, à l'article 106§2, un moyen de prise en considération des objectifs d'intérêt général (II). Ce faisant, la Cour s'efforce de rechercher «*un juste équilibre entre l'économique et le social*»<sup>12</sup>.

7 COM (2007) 725 final. V. aussi ses annexes et notamment le document de travail n.° SEC(2004)1515 sur «*les progrès réalisés*» depuis la publication du Livre blanc de 2004.

8 COM (2007) 724 final, du même jour.

9 COM(2012) 900 final du 20.12.2011. Sur cette communication, lire notamment l'avis du Comité économique et social européen du 23 mai 2012, in JOUE C 229 du 31.7.2012, pp. 98-102.

10 Communication publiée au JOUE C 8 du 11.1.2012, pp. 4-14, sous la section 2.1 consacrée aux notions d'entreprise et d'activité économique et qui vise notamment les services de sécurité sociale.

11 Au sens d'activité consistant à offrir un bien ou un service sur un marché donné: v. CJCE, 2 juillet 1974, *Italie c/ Commission*, aff. 173/73, Rec. p. 709, pts 27-28.

12 Lire en ce sens: Sean Van Raepenbusch, «Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social», in Jean-Victor Louis et Stéphane Rodrigues (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, pp. 99-161.

## I – LES SSIG EN TANT QU'ACTIVITÉS TANTÔT ÉCONOMIQUES TANTÔT NON ÉCONOMIQUES: L'APPLICATION DU DROIT COMMUN

Non seulement les SSIG ne jouissent pas d'un statut particulier dans le système du traité, quand il s'agit de savoir si les règles du marché intérieur et de la concurrence s'y appliquent, mais il y a au contraire une certaine ironie à relever que c'est souvent leur appréhension qui a permis aux juges de préciser l'étendue des règles du droit commun dans ces matières. Le principe a été formulé dans le célèbre arrêt *Höfner* de 1991 concernant l'office de placement des cadres en Allemagne<sup>13</sup>: dans le contexte de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement. Au stade de l'applicabilité des règles de concurrence et du marché intérieur, les SSIG sont donc soumis aux critères communs: l'existence d'une activité économique, un service fourni contre rémunération qui en constitue la contrepartie économique. Tout au plus la jurisprudence a-t-elle créé, en droit de la concurrence, la catégorie des activités exclusivement sociales, comme sous-catégorie des activités nécessairement non économiques, juste à côté de celles relevant de l'exécution de prérogatives de puissance publique<sup>14</sup>. Tout le problème de la soumission des SSIG aux règles du traité peut dès lors se résumer à une question de classification de ses services dans la catégorie des activités économiques ou dans celle des activités exclusivement sociales. La principale difficulté tient bien sûr aux critères permettant de procéder à cette opération de qualification.

Il résulte de la jurisprudence de la CJUE que les activités exclusivement sociales se caractérisent principalement par l'importance des exigences de solidarité auxquelles elles répondent ainsi que par la détermination légale des cotisations perçues et des prestations servies, qui doivent être indépendantes les unes des autres. Ont ainsi été qualifiés d'activités exclusivement sociales, et écartées du champ d'application des règles de concurrence du traité, des régimes de base de la sécurité sociale française couvrant les risques maladie,

13 CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-1979.

14 Sur cette catégorie d'activités: CJCE, arrêts du 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.*, p. I-43 et du 18 mars 1997, *Cali & Figli*, aff. C-343/95, *Rec.*, p. I-1547. V. aussi, plus récemment: CJUE, 19 décembre 2012, *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Commission européenne*, aff. C-288/11 P.

maternité et vieillesse<sup>15</sup>, le régime de sécurité sociale organisé par les caisses de santé en Allemagne<sup>16</sup>, un régime d'assurance contre les accidents du travail en Italie<sup>17</sup> ou encore le système national de santé espagnol et les prestations médicales gratuites qu'il fournit à ses affiliés au sein des hôpitaux publics<sup>18</sup>. Cette catégorie juridique résiduelle présente un intérêt pratique significatif: s'il n'est pas possible de démontrer que l'activité est exclusivement sociale, on présume que l'activité est économique. Ont ainsi été qualifiés d'activités économiques un régime français complémentaire d'assurance vieillesse<sup>19</sup>, des fonds de pension néerlandais sectoriels et professionnels<sup>20</sup> ou encore l'assurance légale des accidents du travail en Belgique<sup>21</sup>.

La commodité d'un critère d'exclusion n'ayant cependant pas la puissance rhétorique de la justification d'une inclusion, il était logique que les juges cherchent à qualifier positivement les activités économiques et la notion d'entreprise. Force est cependant de constater que le résultat est pour l'instant assez peu convaincant. La définition positive de l'entreprise fait appel à une analyse comparative. Il y a entreprise exerçant une activité économique sur un marché dès lors que l'activité est susceptible d'être exercée par une entreprise privée dans un but lucratif. Cette méthode a permis de déclarer, entre autres, que le placement des demandeurs d'emploi<sup>22</sup> et le transport médical d'urgence en ambulance<sup>23</sup> étaient des activités économiques soumises au contrôle de la concurrence. Il ne fait aucun doute que le logement social peut être qualifié d'activité économique aux termes du même raisonnement. Celui-ci est d'ailleurs à rapprocher de la définition des services que donne l'Accord général sur le commerce des services dans le

15 CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. jtes C-159/91 et C-160/91, *Rec. p.* I-637.

16 CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband e.a.*, aff. jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *Rec. p.* I-2493.

17 CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas*, aff. C-218/00, *Rec. p.* I-691.

18 V. surtout l'arrêt du tribunal TPI, 4 mars 2003, *FENIN c/ Commission*, aff. T-319/99, *Rec. p.* II-357. Saisie sur pourvoi, la CJCE confirme l'arrêt le 11 juillet 2006, aff. C-205/03 P, *Rec. p.* I-6295.

19 CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e. a.* aff. C-244/94, *Rec. p.* I-4013.

20 Respectivement les arrêts CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International BV*, aff. C-67/96, *Rec. p.* I-5751 et CJCE, 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov e.a.*, aff. C-180/98, *Rec. p.* I-6451.

21 CJCE, 18 mai 2000, *Commission c/ Belgique*, aff. C-206/98, *Rec. p.* I-3509.

22 CJCE, 25 novembre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec. p.* I-8089.

23 CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, précité.

cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)<sup>24</sup>. Plus que jamais, cette méthode d'analyse tend à gommer les particularités des services à caractère social puisque presque toutes les activités peuvent être exercées sur un mode privé, si l'on fait abstraction des pratiques de sélection des risques, d'écrémage ou plus généralement de l'exclusion d'une partie des consommateurs. Pour ne prendre qu'un seul exemple, l'instruction devrait être considérée comme une activité économique puisque y participent écoles publiques et écoles privées payantes.

Toutefois, ni les juges ni la Commission n'osent s'engager trop loin dans l'assimilation de tous les SSIG à des activités économiques. Le résultat en est une certaine incohérence au sein de la jurisprudence et de l'incertitude<sup>25</sup>. Deux exemples permettent d'illustrer cela. On a vu qu'en droit de la concurrence, la jurisprudence considère que les soins fournis en hôpital dans le cadre d'un régime de sécurité sociale ne sont pas des services économiques. Pourtant, la concurrence, par les cliniques privées, y compris d'ailleurs pour la fourniture de soins d'urgence dans certains cas, tout comme l'accueil au sein des hôpitaux de la médecine libérale, devraient selon le critère positif, faire tomber toutes les activités dans le domaine économique. Cette jurisprudence est d'ailleurs en contradiction avec celle qui semble établie en matière de libre prestation de services, selon laquelle le fait «*qu'un traitement médical hospitalier soit financé directement par les caisses d'assurances maladie sur la base de conventions et de tarifs préétablis n'est [...] pas de nature à soustraire un tel traitement au domaine des services au sens de l'article 50 du traité CE [devenu article 57 TFUE].*»<sup>26</sup> Elle ne correspond pas non plus à la position adoptée par la Commission européenne dans le cadre de ce que l'on appelle le Paquet SIEG, notamment la décision 2012/21/UE du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106-2 TFUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public

24 Aux termes de l'article 1-3 sous b) de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS), la notion de «services» comprend «*tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental*», lesquels sont définis comme visant «*tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services*» (article 1-3 sous c) de l'AGCS).

25 La Commission européenne souligne elle-même que «*Les traités ne définissant pas ce que l'on entend par activité économique, la jurisprudence fixe apparemment des critères différents pour l'application des règles du marché intérieur et pour celle du droit de la concurrence*»: v. paragraphe 15 de la communication 2012/C 8/02, précitée.

26 CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, *Rec.* p I-5473, pt 56.

octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG<sup>27</sup> qui traite les hôpitaux comme des entreprises chargées de tâches d'intérêt général.

Il est intéressant de noter que le Tribunal de l'Union a encore récemment eu l'occasion de s'interroger sur l'application de ces règles au service public hospitalier dont il a tenu à souligner «*la nature particulière*»<sup>28</sup>. Saisi d'un recours par la Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé (CBI), qui regroupe neuf hôpitaux privés, contre une décision de la Commission qui refusait d'ouvrir une procédure formelle d'examen contre des mesures de financement des hôpitaux publics du réseau IRIS de la région Bruxelles-Capitale, le juge relève que l'application du droit de l'Union «doit tenir compte de la spécificité du secteur donné» et qu'il convient également de prendre en considération «l'absence de dimension marchande du service public donné, sa qualification de SIEG s'expliquant plutôt plus par son impact sur le secteur concurrentiel et marchand»<sup>29</sup>. C'est pourquoi «*[i]l en résulte que les critères élaborés par la Cour dans l'arrêt Altmark concernant l'activité de transport, constituant indiscutablement une activité économique et concurrentielle, ne peuvent pas être appliqués, avec la même rigueur, au secteur hospitalier, qui n'est pas nécessairement doté d'une telle dimension concurrentielle et marchande*» (v. point 89 de l'arrêt). Enfin, le Tribunal ajoute qu'il doit être aussi tenu compte du «*respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux, cette considération résultant notamment de l'article 152-5 CE [devenu article 158-5 TFUE]*» (v. point 92 de l'arrêt).

De telles précisions suffisent-elles pour autant à mettre fin à toute dissonance ? On peut en douter, d'autant que se pose en outre la question des activités hospitalières annexes exclues de la qualification économique ou rattachées à celle de SIEG<sup>30</sup>. A cet égard, le fait que la décision précédemment évoquée intègre aux activités économiques les activités de recherche en hôpital peut susciter une discussion qui rejoint notre second exemple, celui de l'éducation.

27 Publiée au *JOUE* n.° L 7 du 11.1.2012 pp. 3-10 et qui abroge et remplace la décision 2005/842/CE.

28 Trib. UE, 7 novembre 2012, *C.B.I.*, aff. T-137/10.

29 V. point 88 de l'arrêt. Déjà en ce sens: arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, *SIC/Commission*, T-442/03, Rec. p. II-1161, point 153.

30 Forges, 2002: 811.

Sur ce point, la jurisprudence traditionnelle considère que les formations dispensées dans le cadre du système d'éducation nationale ou d'instruction publique ne sont pas des services au sens de l'article 57 du TFUE car la contrepartie économique de la prestation fait défaut<sup>31</sup>. Mais comment justifier la différence de traitement juridique avec les soins dispensés dans le cadre du système de sécurité sociale où la contrepartie n'est pas non plus directe ? Comment concilier cette solution avec le critère positif de l'entreprise et la concurrence des écoles privées payantes<sup>32</sup> avec les écoles publiques ? Enfin quelle évolution peut-on attendre à terme de la position récemment adoptée par la Commission européenne qui, considérant que «*la notion d'activité économique est une notion évolutive liée en partie aux choix politiques de chaque Etat membre*», a pu soutenir que la formation professionnelle dispensée dans le cadre de l'instruction publique pourrait bien, selon les formes d'organisation choisies, constituer une activité économique qualifiée de SIEG<sup>33</sup>.

On remarque ainsi que malgré les efforts de banalisation des SSIG par un exercice de qualification dans des catégories générales, leurs spécificités opposent des résistances et suscitent des problèmes de cohérence qui ne seront que partiellement levés grâce à la prise en considération de leurs particularités au stade de l'application des règles de concurrence.

## II – LES SSIG EN TANT QU'ACTIVITÉS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL: L'APPLICATION DU RÉGIME DE L'ARTICLE 106, PARAGRAPHE 2, TFUE

En vertu de l'article 106, §2, TFUE, les SSIG qui sont reconnus exercer une activité économique bénéficient, comme les autres SIEG, d'une possibilité de dérogation aux règles du traité, notamment aux règles de la concurrence, dans la mesure où l'application de ces règles ferait échec à l'accomplissement de la mission particulière dont ils ont été investis. Mais s'agissant de services sociaux, la mise en œuvre de l'article 106§2 oscille encore entre banalisation et spécificité.

31 CJCE, 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. 263/86, *Rec.* p. 5365 et CJCE, 7 décembre 1993, *Wirth*, aff. C-109/92, *Rec.* p. I-6447. Pour un exemple d'application en droit de la concurrence, v. la décision de la Commission du 25 avril 2001, *JOCE* n.° C 333 de 2001, p. 6.

32 Qui dispensent un enseignement que les juges qualifient bien de service dispensé contre rémunération: CJCE, 11 septembre 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-318/05.

33 Décision de la Commission du 2 mars 2005 concernant le régime d'aides mis à exécution par l'Italie pour la restructuration des organismes de formation professionnelle, *JOUE* n.° L 81 du 18.3.2006, p. 25, spéc. pts 50 à 57.

La mise en œuvre de l'article 106§2 exige naturellement la réunion de quatre conditions: l'accomplissement par l'entreprise d'une mission d'intérêt général, l'investissement public, le caractère nécessaire et proportionné de l'atteinte aux règles du marché, le fait que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. Or, il apparaît, s'agissant de la première condition, que les pratiques décisionnelle et jurisprudentielle sont extrêmement favorables aux SSIG, dont la mission d'intérêt général est toujours très facilement admise et est même souvent déclarée rejoindre des objectifs communautaires. Ainsi, les fonds de pension sectoriels et professionnels qui constituent le deuxième pilier de l'assurance vieillesse aux Pays Bas, en présence d'un régime de base de très bas niveau, et qui fonctionnent par capitalisation mais avec certains éléments de solidarité, remplissent-ils une mission d'intérêt général. Les juges expliquent à cette occasion l'importance de la fonction sociale dévolue aux pensions complémentaires par le législateur de l'Union<sup>34</sup>. Il en va de même des services de placement, ou du transport d'urgence en ambulance, dont la mission d'intérêt général n'est pas contestée, donc pas même discutée. Le logement social et les infrastructures publiques collectives qui s'y rapportent se sont également toujours vus accorder par la Commission européenne la plus grande bienveillance, dans des décisions rendues sur notification d'aides d'Etat dans ce domaine. Ainsi la Commission considère-t-elle que la promotion du logement social constitue un élément légitime de la politique publique<sup>35</sup> et que la construction de résidences spéciales pour les personnes âgées constitue un objectif d'équité sociale en cas de défaillance du marché<sup>36</sup>. Les régimes d'aide d'Etat bénéficient en ce domaine de la dérogation prévue à l'article 106§2, voire des dérogations spécifiques aux aides d'Etat, inscrites à l'article 107 §3 du TFUE<sup>37</sup>. Ces décisions favorables ont, sans nul doute, influencé la rédaction

---

34 Point 106 de l'arrêt CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International BV*, précité.

35 V. entre autres, les décisions du 30.06.2004 relative à un régime d'aides de l'Irlande en faveur du logement social (aide N 89/2004) et du 07.12.2005 relative à un régime d'aides de l'Irlande en faveur de la construction d'infrastructures sociales (aide N 395/2005).

36 Décision du 7.3.2007 relative à des subventions de la Suède à la construction de résidences spéciales pour personnes âgées (aide N 798/06).

37 Si l'Etat oublie de préciser qu'il aide des entreprises investies d'une mission d'intérêt général, il ne lui est pas possible de se prévaloir de l'article 106§2. Cependant, la Commission trouve un autre terrain de compatibilité de l'aide au traité dans le régime de droit commun des aides d'Etat, notamment par la voie de l'article 107 §3 c): v. la décision du 7.3.2007 précitée.

de la décision de la Commission précitée du 20 décembre 2011 qui exempte de notification les aides, quel que soit leur montant, sous forme de compensation octroyées pour «*des services répondant à des besoins sociaux concernant les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le logement social et les soins et l'inclusion sociale des groupes vulnérables*»<sup>38</sup>.

L'examen de la troisième condition de la dérogation figurant à l'article 106 §2 du traité soulève toutefois une difficulté particulière pour les SSIG: l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité de l'atteinte renvoie à l'évaluation de l'exécution de la mission, de la qualité exigée du SSIG comparée à celle réellement fournie par l'entreprise, et des moyens qu'implique cette qualité. Or, comment chiffrer la qualité et l'ensemble des externalités positives des services sociaux ? Le problème a été soulevé au sujet des services de placement en Allemagne et en Italie, où la défaillance avérée ou supposée<sup>39</sup> des monopoles dans l'accomplissement de leur mission a justifié, aux yeux des juges, à la fois la reconnaissance d'un abus de position dominante et l'exclusion du bénéfice de l'article 106 §2, puisque les règles de concurrence ne risquaient pas de gêner une mission qui n'était pas effectivement exécutée. Le juge de l'Union renvoie en principe aux juges nationaux la charge d'apprécier si l'offre de services est assurée de manière «*efficace*»<sup>40</sup>, cette exigence s'appliquant également aux services traditionnels quand il s'agit de justifier par la réalisation de la mission sociale d'intérêt général l'extension de droits exclusifs à des activités commerciales plus rentables. Et malgré les annonces répétées d'élaboration d'outils d'évaluation du fonctionnement et des performances, rien de précis ne figure dans la communication précitée d'avril 2006 sur les SSIG, qui se contente d'établir les aspects généraux de la modernisation des SSIG, par «*l'introduction de méthodes de «benchmarking», de contrôles de qualité, l'implication des usagers dans la gestion*». <sup>41</sup> Or, outre l'efficacité du service qui doit actuellement être démontrée afin de justifier la nécessité de la dérogation, l'évaluation de la proportionnalité de la dérogation impose d'estimer les charges financières ou de gestion particulières qui découlent des contraintes de la solidarité et de l'accès universel à ces services sociaux. Ce problème renvoie directement aux choix politiques qui définissent le

38 V. article 2.1, sous c) de la décision 2012/21/UE, précitée.

39 CJCE, 11 décembre 1997, *Job Centre coop. arl*, aff. C-55/96, Rec. p. I-7119.

40 V. par exemple l'arrêt *Glöckner* de 2001, précité, pts 62 et s.

41 Point 1.2., p. 5.

contenu des missions. Mais il signifie également que les critères économiques de contrôle doivent présenter une souplesse suffisante pour ménager un espace de liberté publique et de diversité.

A l'issue de ce rapide survol de la jurisprudence de la Cour applicable aux SSIG, on est en droit de se demander si la banalisation théorique de ces services à laquelle elle semble favorable n'est pas démentie de façon récurrente, et ce, en raison des particularités de ces services dont les objectifs et les effets sont difficilement réductibles à des notions pensées pour des entreprises mieux identifiables sur des marchés. C'est d'ailleurs une telle problématique qui a conduit, selon nous, le droit dérivé à se saisir de la spécificité de telles activités, comme l'illustre le régime précité des compensations de service public avec le paquet SIEG, post-Altmark<sup>42</sup>.

Deux autres exemples méritent d'être cités. Celui tout d'abord de la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur<sup>43</sup>, dont l'article 2, paragraphe 2, sous j), exclut de son champ d'application les *«services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État»*. Cette exclusion est justifiée par la considération selon laquelle ces services *«sont essentiels pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité...»*<sup>44</sup>. Il ne s'agit pas pour autant d'une exclusion générale des SSIG, dont la directive se garde bien d'ailleurs de donner une définition, mais uniquement de certains d'entre eux

---

42 On précisera que la version 2012 du Paquet SIEG inclut désormais un règlement (UE) n.º 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des SIEG, sans qu'il soit distingué selon le caractère social ou non du SIEG (JOUE L 114 du 26.4.2012, pp. 8-13. Sur ce nouveau régime encadrant le financement des SIEG: Bracq, 2012 et Szyszczak & Gronden, 2013).

43 Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, in JOUE L 376 du 27.12.2006, pp. 36-68. V. les actes du colloque du 15.3.2007 consacré à cette directive par la Cour de cassation et le Centre de recherche sur l'Union européenne (CRUE) de l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, in *Europe*, n.º 6, juin 2007.

44 Considérant n.º 27 de la directive 2006/123/CE. V. aussi le considérant n.º 28 qui ajoute: *«La présente directive ne porte pas sur le financement des services sociaux, ni le système d'aides qui y est lié. Elle n'affecte pas non plus les critères ou conditions fixés par les États membres pour assurer que les services sociaux exercent effectivement une fonction au bénéfice de l'intérêt public et de la cohésion sociale. En outre, elle ne devrait pas affecter le principe de service universel tel qu'il est mis en œuvre dans les services sociaux des États membres»*.

et selon des conditions strictes directement inspirées du régime de l'article 106-2 TFUE, notamment quant à la nécessité d'un mandatement formel par les pouvoirs publics du prestataire de service. La Cour de justice a eu l'occasion de donner sa première interprétation de l'article 2-2 sous j) précité, en confirmant qu'il résulte de cette disposition, lue en combinaison avec le considérant 9 de la directive, que cette dernière ne trouve pas à s'appliquer à une réglementation nationale qui vise des objectifs d'aménagement du territoire et de logement social<sup>45</sup>.

Une autre affaire a aussi donné l'occasion à la Cour de préciser le champ de cette même disposition au regard de l'activité de centres d'accueil de jour et de nuit pour personnes âgées, la question étant notamment de savoir si une telle activité relève de soins de santé ou de soins aux personnes dans une situation de besoin<sup>46</sup>. La Cour dit pour droit en premier lieu que l'exclusion des services de soins de santé du champ d'application de cette directive couvre toute activité destinée à évaluer, à maintenir ou à rétablir l'état de santé des patients, pour autant que cette activité est exercée par des professionnels reconnus comme tels conformément à la législation de l'État membre concerné, et ce indépendamment de l'organisation, des modalités de financement et de la nature publique ou privée de l'établissement dans lequel les soins sont assurés. Il incombe dès lors au juge national de vérifier si les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit, eu égard à la nature des activités assurées par des professionnels de la santé dans ceux-ci et au fait que ces activités constituent une partie principale des services offerts par ces centres, sont exclus du champ d'application de la directive.

Le juge de l'Union estime, en second lieu, que l'exclusion des services sociaux du champ d'application de directive Services s'étend à toute activité relative notamment à l'aide et à l'assistance aux personnes âgées, pour autant qu'elle est assurée par un prestataire de services privé qui a été mandaté par l'État au moyen d'un acte confiant de manière claire et transparente une véritable obligation d'assurer, dans le respect de certaines conditions spécifiques d'exercice, de tels services. Il appartient également au juge national de vérifier si les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit, en

---

45 V. Arrêt de la Cour du 8 mai 2013, *Eric Libert e.a., c/ Gouvernement flamand et All Projects & Developments NV e.a. c/ Vlaamse Regering*, affaires jointes C-197/11 et C-203/11, points 103-107.

46 V. Arrêt de la Cour du 11 juillet 2013, aff. C-57/12, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL c/ Commission communautaire commune*.

fonction de la nature des activités d'aide et d'assistance aux personnes âgées assurées dans ceux-ci à titre principal ainsi que de leur statut tel que découlant de la réglementation belge applicable, sont exclus du champ d'application de ladite directive.

Le dernier exemple réside dans la proposition de réforme des directives sur les procédures de passation des marchés publics, présentée en décembre 2011 par la Commission et en cours de discussion au sein du Parlement européen et du Conseil<sup>47</sup>. La proposition de nouvelle directive-cadre sur les marchés publics prévoit ainsi un régime spécifique pour les services sociaux, du moins ceux qui seraient visés dans une nouvelle annexe XVI (laquelle, peut-on noter, inclue désormais les services de sécurité sociale obligatoire)<sup>48</sup>. C'est ainsi qu'un seuil plus élevé de 500 000 EUR est fixé, et que seul le respect des principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement est exigé. Les États membres sont alors invités, non seulement à mettre en place des *«procédures adaptées»* qui permettent aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte les *«spécificités»* de ces services, mais également à veiller à ce que les pouvoirs adjudicateurs puissent prendre en compte la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'usagers, la participation et le renforcement de la position des usagers, ainsi que l'innovation. On reconnaîtra ici une influence certaine du Protocole sur les SIG annexé aux TUE et TFUE par le Traité de Lisbonne (v. *infra*). En outre, les États membres pourront également veiller à ce que le prix du service fourni ne soit pas le seul critère déterminant le choix du prestataire de services, rejoignant ainsi une des recommandations issues des travaux de la présidence belge lors du 3<sup>ème</sup> Forum SSIG d'octobre 2010. Ce nouveau régime est justifié dans l'exposé des motifs de la Commission par le fait que *«les services sociaux, de santé et d'éducation [présentent] des caractéristiques spécifiques, qui les [rendent] impropres à l'application des procédures selon lesquelles les marchés de services publics sont normalement attribués»*, dans la mesure notamment où ils *«sont typiquement fournis dans un contexte particulier, qui varie grandement d'un État membre à l'autre, du fait de différences administratives, organisationnelles et culturelles»* et où, de par leur

---

47 V. COM(2012) 895, 896 et 897 final du 20 décembre 2011, visant à modifier les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE et à instituer une directive en matière de contrats de concession. Sur cette réforme, lire notamment: Durviaux, 2011: spéc. 652-659 et Kerléo, 2013.

48 Voir articles 74 à 76 de la proposition COM(2011)896 final, précitée.

nature, ils n'ont qu' «une dimension transfrontière très limitée». C'est pourquoi la Commission estime que les États membres devraient disposer d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'organisation du choix du prestataire.

Dans la mesure où la plupart de ces services sociaux pourraient revendiquer la qualification de SSIG pour autant que les États membres en décident ainsi au nom de l'intérêt général qu'ils poursuivent pour leurs citoyens (ce qui implique dès lors un effort de transparence de la part des législateurs nationaux)<sup>49</sup>, on peut se demander si l'on peut ou si l'on doit aller plus loin dans la prise en compte des SSIG par le droit de l'Union ? Faisant référence au nouvel article 14 TFUE, issu du traité de Lisbonne, qui offre désormais une base juridique en vue de l'adoption, par le Parlement européen et le Conseil, de règlements fixant les conditions, notamment économiques et financières, et les principes communs de bon fonctionnement des SIEG dans l'UE, ainsi qu'au nouveau protocole sur les SIG précité<sup>50</sup>, qui invite notamment le législateur de l'Union à tenir compte des «disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes»<sup>51</sup>, certains ont relancé l'idée d'un texte-cadre sur les SIG en général ou les SSIG en particulier. Le débat n'est certes pas nouveau<sup>52</sup>. Il n'empêche, à l'heure où l'Union européenne affiche comme objectif une «économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social» (article 3.3. TUE) et s'est dotée d'une clause sociale horizontale (article 9 TFUE), et s'il ne veut pas prêter le flanc à la critique selon laquelle la conversion des mécanismes d'intervention des personnes publiques au jeu concurrentiel placerait la puissance publique au seul service du marché<sup>53</sup>, un pas décisif en ce sens du législateur européen serait le bienvenu, avec ou sans la bienveillance de la Cour.

---

49 V. aussi en ce sens: Gronden, 2011: spéc. 151.

50 Y inclus, pour la première fois dans un texte de droit primaire, les «services non économiques d'intérêt général» (apparition d'un nouvel acronyme: les «SNEIG»?), dans lesquels certains SSIG pourraient peut-être aussi s'insérer lorsque leur qualification économique ne sera pas retenue.

51 Sur la portée de ces valeurs: Bauby & Similie, 2012.

52 V. Rodrigues, 2003: 503-512.

53 Lire en ce sens: Siffert, 2012. Dans un sens beaucoup plus nuancé et, nous semble-t-il, correspond davantage à l'évolution du droit de l'Union ces dernières années: Karpenschif, 2012.

## BIBLIOGRAPHIE

BAUBY, Pierre & SIMILIE, Mihaela

2012 *La fourniture de services publics de haute qualité en Europe sur la base des valeurs du Protocole 26 du Traité de Lisbonne, étude pour le compte de la Confédération européenne des syndicats indépendants (CESI)*, décembre, téléchargeable sur le site [www.cesi.org](http://www.cesi.org).

BRACQ, Stéphane

2012 «Le financement des SIEG en droit de l'Union européenne. Première approche du nouveau cadre réglementaire», in *Revue du droit de l'Union européenne*, n.º 1-2012, pp. 85-99.

DE GROVE-VALDEYRON, Nathalie

2011 «La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité ?», in *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 299-327.

DRIGUEZ Laetitia & MICHEL, Valérie

2011 «La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers: progrès pour la santé ou pour le marché ?», in *Europe*, octobre, étude n.º 9, pp. 4-10.

DURVIAUX, Ann Lawrence

2012 «Droit européen des marchés et contrats publics (1er janvier-31 décembre 2011)», in *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 639-659.

GRONDEN, Johan W. van de

2011 «Social Services of General Interest and EU Law», in Erika Szyszczak, Jim Davies, Mads Andenaes & Tarjei Bekkedal (dir.), *Developments on Services of General Interest*, TMC Asser Press/Springer, pp. 123-151.

KARPENSCHIF, Michaël

2012 «La fin du tout marché ?», in *Réalisations et défis de l'Union européenne. Droit-Politique-Economie. Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruylant: Bruxelles, pp. 309-328.

KERLÉO, Jean-François

2013 «L'encadrement de l'exécution des marchés publics par le droit de l'Union européenne. Réflexions sur la proposition de directive relative à la passation des marchés publics», in *Contrats et marchés publics*, pp. 7-12.

LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel

2002 «Le système hospitalier français face au droit communautaire de la concurrence», in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au carrefour des droits*, Paris: Dalloz.

LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre & GENEVOIS, Bruno

1999 *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris: Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd.

RODRIGUES, Stéphane

2003 «Vers une loi européenne des services publics. Brèves considérations et une proposition à propos de l'article III-6 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe», in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 471, pp. 503-512.

SIFFERT, Antoine

2012 «Service public et intervention des personnes publiques dans une Europe libérale», in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 560, pp. 449-454.

SZYSZCAK, Erika & Van de GRONDEN, Johan W. (dir.)

2013 *Financing Services of General Interest. Reform and Modernization*, TMC Asser Press/Springer.

VAN RAEPENBUSCH, Sean

2006 «Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social», in Jean-Victor Louis et Stéphane Rodrigues (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 99-161.



# EL DERECHO PENAL ESPAÑOL FRENTE A FRAUDES BURSÁTILES TRANSNACIONALES – ¿PROTEGE EL DERECHO PENAL DEL MERCADO DE VALORES LOS MERCADOS FINANCIEROS INTERNACIONALES?

*Bernardo Feijoo Sánchez\**

*ABSTRACT: A Study of the Limits and Possibilities within National Criminal Legal Systems to punish Transnational Securities Fraud and protect International Financial Markets, based on the example of Spanish Criminal Law.*

SUMARIO: I. Introducción. Los nuevos delitos económicos en un mundo globalizado. II. La protección transfronteriza de bienes jurídicos colectivos. III. El alcance de la protección jurídico-penal de los mercados. a) Las normas españolas. b) El Derecho comparado. c) El Derecho comunitario. d) Sobre la posible influencia hermenéutica del *soft law* financiero internacional. IV. Conclusiones.

## **I. INTRODUCCION. LOS NUEVOS DELITOS ECONOMICOS EN UN MUNDO GLOBALIZADO**

No cabe duda de que, con independencia de su escasa relevancia práctica hasta la actualidad, el Derecho Penal del mercado de valores es una rama emergente del ordenamiento jurídico-penal que representa el mejor ejemplo de un nuevo Derecho Penal económico “despatrimonializado” que ya no tiene exclusivamente como objeto de protección funciones estatales de intervención en la economía. No es extraño que los especialistas que han abordado las características esenciales de este sector consideren que el Derecho Penal del mercado de valores representa un “nuevo modelo de Derecho Penal económico”<sup>1</sup>.

---

\* Professor of Law. Chair for Criminal Law. University Autonoma of Madrid (Spain). Of Counsel Molins & Silva. Defensa Penal.

1 Nieto Martín, 2010: 315 ss.; Vogel, 2007: 731 ss.

La actual crisis económica ha evidenciado la importancia del correcto funcionamiento de los mercados de valores e instrumentos financieros en un sistema económico caracterizado por su “financiarización” o “financialización” que no cabe duda que le ha otorgado el protagonismo de la globalización económica a los mercados financieros y a los operadores altamente profesionalizados que los dominan. El debate político-criminal parece haberse quedado estancado, en todo caso, en la determinación de las conductas de abuso de mercado y de los responsables de sociedades emisoras que deben ser criminalizadas. En este sentido el Derecho Penal español de los mercados financieros ofrece hoy en día una protección fragmentaria que se reduce a la transparencia informativa<sup>2</sup> (arts. 282 bis y 285 CP) y a la correcta formación de los precios (art. 284 CP) frente a ataques dolosos. Parece asumirse que con la creación de figuras delictivas en la parte especial se ofrece una adecuada protección a los mercados financieros.

Este Derecho Penal del mercado de valores, que se está constituyendo como un subsistema propio dentro de los delitos contra el orden económico, plantea, sin embargo, características peculiares que anticipan algunas cuestiones que probablemente tendrán ocupada a la doctrina y a la jurisprudencia a lo largo del siglo XXI. Entre ellas destaca el papel de estas peculiares normas penales en un mundo y una economía caracterizados por la globalización, es decir, por la “desfronterización”. En consecuencia, plantearse la intervención transfronteriza parece una conclusión natural cuando estamos hablando de un fenómeno que se caracteriza por su internacionalización, representando sin duda los mercados financieros el ámbito de la economía más globalizado. El alcance de preceptos como las dos modalidades de conducta recogidas en los arts. 282 bis CP (estafa de folleto e infracción de deberes de información de los emisores), las manipulaciones informativas del art. 284.2.º CP, las manipulaciones operativas del art. 284.3.º CP (que se han unificado en un mismo precepto con el tradicional delito de maquinación para alterar el precio de las cosas) o el delito de información privilegiada del art. 285 CP no se pueden desligar de una creciente convicción de que la estabilidad financiera

---

2 La Exposición de Motivos de la Ley 26/2003, de 17 de julio, que modifica la ley del mercado de valores y de sociedades anónimas con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas – conocida como Ley de Transparencia – confirma como fundamental el principio de la transparencia para el correcto funcionamiento de los mercados financieros, lo que implica a) que se transmita al mercado toda la información relevante para los inversores, b) que la información que se transmite sea correcta y veraz, y c) que ésta se transmita de forma simétrica y equitativa y en tiempo útil.

representa un bien jurídico o un bien público global y, correspondientemente, la inestabilidad que se pretende prevenir representa un mal público o un riesgo global<sup>3</sup>. La cuestión ha cobrado una dimensión especial en nuestro ordenamiento interno cuando desde diciembre del año 2010 muchas de estas conductas han dejado de ser infracciones administrativas para pasar a ser definidas como hechos delictivos, con la única excepción del delito de información privilegiada del art. 285 CP que se encontraba ya tipificado como delito desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995. El hecho de que todas estas figuras delictivas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 288 CP, generen desde el año 2010 responsabilidad para personas jurídicas hace que se acreciente la urgencia por tratar dogmáticamente algunas cuestiones que hasta el momento no han merecido un tratamiento detallado por carecer de relevancia práctica.

Sin embargo, la internacionalización de los mercados financieros pone en evidencia o cuestiona las tradicionales estructuras de protección de los mercados de valores regulados por los ordenamientos nacionales, especialmente cuando en un mundo económicamente globalizado la búsqueda por parte de los operadores financieros de mercados más atractivos para su financiación

---

3 Sobre estas cuestiones me remito al n.º 16 del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (2012) dedicado precisamente a la protección de bienes jurídicos globales, donde se puede apreciar la creciente relevancia de la estabilidad financiera desde esta perspectiva.

La referencia a riesgos globales tiene que ver con la descripción de la moderna sociedad del riesgo mundial (*World Risk Society*) plasmada por Beck en 1999 en la obra "La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida" (versión española Barcelona, 2008). El modelo sociológico de Beck pretende afrontar ciertos problemas de la denominada "segunda modernización" poniendo el énfasis en que hay peligros de origen humano que no se dejan encerrar en fronteras espaciales, temporales o sociales, de tal manera que las condiciones e instituciones básicas de la primera modernidad industrial quedan superadas. Junto a los problemas tradicionales vinculados a los riesgos vinculados a la ciencia y técnica como los ecológicos o los relativos a la manipulación genética, en este segundo libro sobre sociedad del riesgo mundial surgen dos nuevos problemas con especial fuerza: el nuevo terrorismo global y las crisis financieras mundiales vinculadas a las incontrolables consecuencias que provocan los flujos financieros globales (pp. 25, 40 s. y pássim). En concreto, Beck pretende diferenciar tres "lógicas" de riesgos globales (pp. 32 s., 270 ss.): a) Crisis ecológicas; b) Riesgos financieros globales; c) Amenazas terroristas. Crisis ecológicas y riesgos financieros globales dan lugar a lo que Beck denomina "catástrofes-consecuencia indirecta" a diferencia de las "catástrofes premeditadas" que caracterizan a los riesgos terroristas (pp. 41, 273). En el caso de los riesgos financieros nadie tiene capacidad de controlar los flujos financieros y, por tanto, sus consecuencias indirectas (no sólo económicas, sino también sociales y políticas). Desde luego ningún mercado nacional puede hacerlo por sí solo. Estos riesgos financieros son también riesgos técnicos en la medida en la que sus efectos se encuentran estrechamente vinculados a las poderosas herramientas tecnológicas disponibles que permiten miles de órdenes en un corto espacio de tiempo. Los riesgos de consecuencias indirectas encierran el problema de una "irresponsabilidad organizada" que tiene que ver con "la fragmentación de los espacios legales" (p. 56). De esta manera se puede apreciar como a partir de estas consideraciones surge el panorama que ha dado lugar a las reflexiones de este trabajo. Las crisis económicas, como consecuencias indirectas de decisiones humanas, pueden ser consecuencia de una conducta fraudulenta que no pretendiera dichas consecuencias, sino que sólo buscara un beneficio propio.

ha provocado que, cada vez en mayor medida, las empresas emitan títulos o valores en mercados internacionales. Por otro lado, una de las formas de obtener beneficios en el mercado de valores se basa en el aprovechamiento de las diferencias de precios en distintas plataformas de negociación. La creciente difusión de productos financieros por los mercados internacionales y la igualmente creciente emisión de títulos y valores financieros cuyos inversores se encuentran en diversas jurisdicciones facilitan el *fraude bursátil transnacional*<sup>4</sup>. La experiencia nos demuestra que todo factor que añade complejidad a los mercados financieros y de valores se convierte en un factor criminógeno para un determinado tipo de delincuencia que podemos calificar como sofisticada y suele ser aprovechado. Si las crisis financieras se han globalizado, los grandes fraudes bursátiles deberían convertirse en un problema global que precisa una respuesta jurídica como tal problema global.

Un ejemplo reciente que deja en evidencia el problema se encuentra en el reciente caso de la manipulación del LIBOR (*London Interbank Offered Rate*, tipo interbancario de oferta londinense), el EURIBOR (*Euro Interbank Offered Rate*, el tipo interbancario europeo) y el TIBOR (interbancario de Tokio), es decir del promedio del tipo de interés al que están dispuestos a prestarse dinero los bancos. Ciertas entidades financieras ofrecieron datos falsos al respecto. En muchos casos para ocultar sus problemas de solvencia ya que así aparentaban no tener problemas de financiación y que no necesitaban ofrecer un tipo de interés distinto que otras entidades. Un indicador de la importancia de este fraude de alcance global es que en Wikipedia en inglés ya existe una voz sobre el denominado “escándalo LIBOR” que nos ha proporcionado imágenes de entradas de la policía en las sedes de algunos los principales bancos del mundo y la detención de algunos de sus máximos dirigentes. Como consecuencia de este escándalo y para evitar mayores consecuencias el banco británico Barclays llegó a un acuerdo en junio de 2012 para ser sancionado con una multa de 363 millones de euros (450 millones de dólares) por la manipulación de los tipos de interés del mercado interbancario, posteriormente en diciembre de 2012 el banco suizo UBS llegó a un acuerdo para pagar otra multa de 1250 millones de euros (1500 millones de dólares), la segunda más alta a un banco en todo

---

4 Sobre diversas modalidades de fraudes bursátiles (*wash sales o wash trades, cross trades o crossing, improper matched orders o pre-arranged trading, circular o pool trading, painting the tape o advancing the bid, pumping and dumping, placing orders without intention to execute, cornering o market corner, creating a price-trend and trading against it*) me remito a Feijoo Sanchez, 2013: 154 y Colussi, 2010: 45 ss., 87 ss., ambos con ulteriores referencias.

el mundo por participación en hechos delictivos (la primera fue a HSBC por blanqueo de capitales). En 2012 el Royal Bank of Scotland ha sido multado en idénticas circunstancias con 455 millones de euros (610 millones de dólares). Cabe resaltar a efectos del problema a tratar en este trabajo que las multas fueron impuestas conjuntamente por las autoridades británicas y estadounidenses e, incluso, la multa de HSBC se ha tenido que pagar a tres reguladores nacionales distintos: 1200 millones de dólares a las autoridades estadounidenses, 160 millones de libras a la Autoridad de Servicios (FSA) británica y 59 millones de francos suizos al regulador helvético (FINMA). Es decir, se trató de una reacción frente a un delito económico de dimensiones globales mediante una estrategia plurijurisdiccional con protagonismo de la SEC y del Departamento de Justicia estadounidenses. Quedan pendientes cerrar investigaciones contra Citigroup, JP Morgan Chase, HSBC, Lloyds y Deutsche Bank. No sólo han intervenido los organismos reguladores imponiendo multas a las entidades financieras, sino que en Estados Unidos el Departamento de Justicia presentó en diciembre de 2012 un escrito de acusación contra dos *traders* de UBS por su participación en la manipulación. Quien no esté cegado por el prejuicio de entender que los problemas dogmáticos a los que se enfrenta el Derecho Penal son eternos e inmutables se debería dar cuenta inmediatamente de que muchas cosas están cambiando en relación al Derecho Penal económico y que la economía globalizada presenta problemas absolutamente nuevos. Los fraudes pueden adquirir una dimensión global con independencia de donde se cometan y los poderosos organismos reguladores nacionales como la SEC estadounidense ya están actuando contra hechos delictivos que encierran una dimensión global o transnacional.

Los fraudes de dimensiones globales también se ven favorecidos indudablemente por el incremento de la denominada negociación de alta frecuencia (HFT, según siglas en inglés) como modalidad de negociación automatizada, que consiste básicamente en la utilización de algoritmos informáticos que permiten introducir en milisegundos en el mercado amplios volúmenes de órdenes en función de determinados parámetros (precio, cantidad, etc.) de cotización programados en ordenadores con escasa o nula intervención humana. De hecho la *High Frequency Trading* se ha convertido en uno de los centros de atención de los organismos reguladores. Baste para ilustrar el problema que se quiere tratar aquí el siguiente texto extraído del Documento de Trabajo n.º 50 (agosto 2011) de la Comisión Nacional del Mercado de Valores española sobre “Desarrollos recientes en la microestructura de los mercados

secundarios de acciones”<sup>5</sup> al tratar los riesgos para la integridad de los mercados que representa la negociación de alta frecuencia:

*“Las posibles conductas manipuladoras del mercado que se describen a continuación se encuadran dentro de las que envían señales erróneas o engañosas al mercado y no son exclusivas de la HFT, si bien la rapidez de este tipo de negociación claramente puede facilitar su ejecución.*

*Spoofing: esta práctica consiste en introducir una orden con la intención, no de ejecutarla, sino de cambiar el spread de compraventa.*

*Layering: consiste en una variante de la anterior en la que un participante incorpora una gran cantidad de órdenes limitadas a diferentes precios en un lado del mercado (compra o venta), con la intención de hacer creer que existe presión en un lado del mercado con el fin de negociar en el lado contrario cancelando inmediatamente las órdenes que previamente se han enviado.*

*Momentum ignition: consiste en remitir órdenes y ejecutar operaciones, simultáneamente a la difusión de rumores, con el ánimo de propiciar un cambio en los precios.*

*Estrategias de anticipación: el objetivo es la búsqueda de grandes operaciones aún no ejecutadas con la intención de anticiparse a ellas y tomar posiciones para beneficiarse de su impacto sobre los precios.*

*Además de estas prácticas, de carácter más o menos general y no exclusivamente relacionadas con la HFT, los supervisores están prestando progresivamente más atención a la utilización de los denominados «algoritmos agresivos», que, aprovechando su mayor velocidad en la introducción y cancelación de órdenes, intentan propiciar movimientos en el mercado de los que pueden beneficiarse por su mayor celeridad en la gestión de órdenes.*

*Uno de los rasgos diferenciales de la nueva microestructura de los mercados de acciones es la fragmentación de la liquidez en varias plataformas de negociación localizadas en diferentes jurisdicciones [...]. En relación con la supervisión y sanción del abuso de mercado, podría darse el caso de que se produjese un intento de manipulación en un determinado mercado regulado para obtener ventajas en otro mercado regulado o en un sistema multilateral de negociación sujeto a una jurisdicción diferente. En este caso, es imprescindible la cooperación entre los diferentes supervisores implicados para completar la investigación y las posibles sanciones a los participantes”.*

---

5 Gil de Blas, González Pueyo & Villanueva Fresán, 2011: 51 s.

Ante tal estado de cosas, que ya no pertenecen al mundo de las hipótesis que representan una gran preocupación para la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA-*European Securities and Markets Authority*)<sup>6</sup>, este trabajo parte de la existencia de déficits de protección que derivan de las posibilidades que tienen actualmente los inversores de intervenir en cualquier mercado internacional y de jugar con las lagunas regulatorias que generan la multiplicidad de mercados con sus correspondientes organismos reguladores y jurisdicciones. Ello no sólo dificulta las investigaciones, sino que puede llegar a impedir la imposición de sanciones si se quieren seguir respetando los principios clásicos que hasta el presente han orientado la aplicación del Derecho Penal propio de un Estado de Derecho. Surge así como problema dogmático del nuevo Derecho Penal económico en un mundo globalizado la cuestión relativa a de qué manera puede resolver el Derecho Penal la paradoja de la existencia de mercados financieros internacionalizados regulados por normas nacionales diferenciadas.

La solución que ofrece el Derecho en los supuestos en los que desde el exterior de nuestras fronteras se realiza alguno de los comportamientos descritos en los tipos mencionados no plantea problemas de especial significación. De acuerdo con la posición asentada del Tribunal Supremo<sup>7</sup>, no discutida especialmente por la doctrina, a partir del denominado principio de ubicuidad el Estado español estaría legitimado a perseguir a los autores de los delitos contra el correcto funcionamiento del mercado de valores español con independencia de cuál sea el lugar del mundo del que provengan los ataques. Según dicho principio de ubicuidad, el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo, incluyendo el resultado. Es decir, cuando se trata de proteger intereses españoles, éstos se encuentran alineados sin mayores problemas con la protección de la estabilidad financiera internacional gracias a una aplicación nada restrictiva del alcance espacial o territorial de las normas penales españolas. Los aspectos a discutir serían más de detalle, por ejemplo con respecto a la posibilidad de que conductas u operaciones que serían delictivas en España puedan estar permitidas o toleradas en el país desde la que se realizaron – en tanto en cuanto se asuma que no se

---

6 Sobre las posibilidades de abuso de mercado a través de la negociación automatizada y la HFT, Sanchez Monjo & Pineda Martinez, 2013: 227 ss.

7 Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005.

puede definir como fraudulenta una conducta permitida por el ordenamiento del país en el que se ha realizado –.

La conclusión, sin embargo, es más nebulosa si se presenta la situación inversa, es decir, cuando no se protegen intereses españoles: la conducta se realiza desde España contra los mercados de otros países sin que los mercados de valores españoles se vean afectados en su correcto funcionamiento.

La cuestión no tiene sólo relevancia desde el punto de vista de la *competencia jurisdiccional*, como podría parecer a simple vista, sino que tiene que ver más bien con el *alcance o ámbito de protección de los tipos penales o de las leyes penales españolas*. Es decir, la cuestión que se plantea no intenta hacer frente en primer lugar al problema jurídico de bajo qué condiciones pueden los órganos jurisdiccionales españoles perseguir y castigar un delito (extensión de las normas de sanción) – tema esencial en los delitos contra la Comunidad Internacional –, sino ya primariamente si hay delito (extensión de las normas de conducta).

Cuando se trata de proteger bienes jurídicos individuales básicos ha existido tradicionalmente una tendencia a entender que las prohibiciones son universales. Dicho de forma gráfica, se entiende que el Código Penal español también prohíbe matar o lesionar a alguien “al otro lado de la frontera”. No es este el lugar para discutir la legitimidad de una concepción tan amplia, pero desde luego no se puede objetar que no esté en consonancia con la universalización de la protección de los derechos humanos y la existencia de unos tipos que ofrecen un alcance tan amplio de protección que provocan que los deberes trasciendan límites especiales y temporales. Es decir, existen razones jurídicas atendibles para esta extensión transfronteriza de la protección. No se puede afirmar de partida lo mismo, sin embargo, con respecto a otras figuras delictivas como las que son objeto de estudio en este trabajo que protegen elementos estructurales de un determinado orden económico.

Ejemplificando el problema, incluso aunque no se discuta que no se puede matar, lesionar o violar derechos fundamentales de personas que están al otro lado de la frontera, ¿Se podría afirmar también que la prohibición de manipulaciones en el mercado financiero (art. 284 CP) incluye la protección de los mercados asiáticos, americanos o australianos aunque la manipulación realizada desde España no tenga efectos mensurables en nuestro país?

## II. LA PROTECCION TRANSFRONTERIZA DE BIENES JURIDICOS COLECTIVOS

Gran parte del debate político-criminal de los últimos años se ha caracterizado por girar alrededor de la legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos a través del Derecho Penal. El Derecho Penal económico ha sido en gran parte protagonista de ese debate<sup>8</sup>. No creo que como consecuencia del mismo se pueda discutir seriamente hoy en día que la doctrina dominante ha bendecido científicamente este proceso expansivo que busca resolver nuevos problemas sociales, con independencia de que determinadas figuras delictivas concretas sean objeto de crítica por su ilegitimidad como tipificación de un injusto que se merezca el calificativo de penal. En estos casos la ilegitimidad obedece a razones distintas que el mero dato de que tengan como referente tuitivo un bien de naturaleza no individual. Si el legislador no hubiera iniciado con decisión esta andadura o si existiera una clara posición crítica de la doctrina dominante contra los bienes jurídicos colectivos no se plantearía de forma acuciante el problema que se pretende analizar, si bien es cierto que el problema de los límites espaciales de la protección de las leyes penales tampoco es nuevo.

Sin embargo, se plantea un matiz novedoso si tenemos en cuenta que bienes jurídicos como el medioambiente o el orden económico no sólo pueden ser definidos como bienes jurídicos colectivos, sino también como bienes jurídicos universales, lo cual obliga a plantearse – a través de una cierta “mirada cosmopolita” – la posibilidad de una “protección jurídico-penal desfronterizada” que llegue a incluir supuestos en los que la conducta delictiva no se encuentre directamente relacionada con los intereses del Estado que castiga. El creciente proceso de mundialización ha provocado que muchos de esos bienes colectivos adquieran una dimensión global que no se puede desconocer. El Derecho Penal económico, que surgió teóricamente como un concepto estricto referido a la protección de funciones estatales y que emergió del Derecho Administrativo sancionador, parece demandar una visión menos “soberanista” o “estatalista” cuando se trata de proteger ciertos elementos básicos de la economía de mercado en la actualidad. Si el Derecho Penal se tiene que amoldar a las nuevas necesidades sociales, una sociedad cada vez más global obliga a replantearse los límites de la intervención jurídico-penal, especialmente con respecto a los

---

<sup>8</sup> Feijoo Sanchez, 2007: 395 ss., 789 ss.; Feijoo Sanchez, 2008: 143 ss.; Martínez-Bujan Perez, 2011: 67 ss.; Martínez-Bujan Perez, 2012: 127 ss.

bienes jurídicos supraindividuales. Es decir, surge con fuerza la necesidad de revisar si las conclusiones tradicionales siguen siendo válidas y funcionales en el contexto de la sociedad que nos ha tocado vivir.

La revisión debe partir de un estado de la cuestión en el que la doctrina dominante, especialmente la alemana – que es la que con mayor profundidad ha tratado estas cuestiones – considera, al analizar el ámbito de protección espacial de las leyes penales, que mientras una protección absoluta de los bienes jurídicos resulta asumible con los bienes jurídicos individuales no sucede lo mismo con los bienes jurídicos colectivos extranjeros, que sólo estarían protegidos de forma excepcional<sup>9</sup>. La idea dominante hasta la actualidad en la literatura especializada ha sido que las normas penales sólo protegen bienes jurídicos internos, salvo que se trate de bienes jurídicos individuales con respecto a los que rige un “estándar mínimo de justicia”, al menos en lo que respeta a derechos humanos fundamentales. Esta idea es absolutamente dominante cuando se trata de bienes jurídicos titularidad de otro Estado (función recaudatoria, Administración de Justicia, etc.), cuyos intereses sólo son protegidos como los de cualquier particular. Pero, ¿Qué sucede cuando se trata de proteger el mercado o elementos esenciales del funcionamiento de la economía de mercado en una economía globalizada? ¿Podríamos decir que existe el bien jurídico mercado (Sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo XI, del Título XIII del Libro II del Código Penal) como un bien compartido por la Comunidad Internacional, de tal manera que el Estado español pueda castigar cualquier conducta de abuso o fraude contra cualquier mercado financiero definida como delito y cometida en territorio español?

Evidentemente se parte aquí de que el denominado Derecho Penal del mercado de valores protege el correcto funcionamiento de dicho mercado o, lo que es lo mismo, elementos básicos para el funcionamiento de los mercados de valores e instrumentos financieros como la transparencia informativa y la correcta formación de los precios, pero no el patrimonio de los inversores o

---

9 Ambos, 2005: antes de 3-7/81 ss., 86 s.; Böse, 2010: antes de 3/55 ss.; Eser, 2010: antes de 3-9/ 31 ss.; Hoyer, 2011: antes de 3/31 ss.; Jescheck & Weigend, 1996: 176 s.; Möhrenschrager, 2007: 3/2 ss.; Mölders, 2009: 163 ss.; Oehler, 1983: 202 ss.; Werle & Jessberger, 2007: antes de 3/271 ss.; Wollschläger, 2010: 386. A efectos de la protección jurídico-penal de los mercados es relevante la idea dominante en la doctrina alemana (Ambos, 2005: antes de 3/87; Werle & Jaessberger, 2007: antes de 3/275) de que el Derecho interno se extiende a la protección de bienes jurídicos no internos cuando además del bien jurídico colectivo el tipo protege un bien jurídico individual, pero no cuando se trata de un delito que sólo atenta contra un bien jurídico colectivo y con ello se consigue meramente como efecto colateral la protección de intereses individuales.

cualquier otro interés patrimonial, que no representarían más que un “reflejo de protección” (más allá de la evidente idea de que un mercado de valores e instrumentos financieros que funcione correctamente y con eficacia ampara, sin duda, los derechos e intereses de los inversores como colectivo)<sup>10</sup>. Esto es evidente si se comparte la idea de que en el delito de manipulación del mercado el abuso puede perjudicar a algunos, pero también es susceptible de beneficiar a los que se encuentran en la misma posición del manipulador (no siendo imposible que puedan ser más o con un patrimonio superior que los que se encuentran en la contraria). El patrimonio de los inversores se encuentra protegido por los delitos patrimoniales clásicos como la estafa, exactamente con los mismos requisitos que en otros ámbitos. Por esa razón, la transparencia informativa sólo se encuentra protegida penalmente (arts. 282 bis y 285 CP) en el contexto de mercados organizados, oficiales o reconocidos en los que dicha transparencia se encuentre organizada. En todo caso, quien no comparta esta idea debería plantearse también la legitimidad de la protección de bienes jurídicos individuales no esenciales o que no constituyen derechos humanos fundamentales como el patrimonio más allá del ámbito de soberanía del Estado que impone el castigo, especialmente en el marco de actividades intensamente reguladas y supervisadas por dicho Estado.

### III. EL ALCANCE DE LA PROTECCION JURIDICO-PENAL DE LOS MERCADOS

a) Las normas españolas.

Lo primero que cabe señalar cuando se trata de analizar las posibilidades de protección transfronteriza es que el Código Penal protege los delitos contra la Comunidad Internacional en el Título XXIV del Libro II. Como es evidente que se trata de fenómenos delictivos distintos a los que se están analizando, una lectura sistemática del código nos lleva a la conclusión de que fuera de este Título el legislador español se ve obligado a hacer referencias expresas cuando quiere ofrecer una protección no reducida a límites

---

10 Por muchos, Colussi, 2010: 79 s., 106 ss., con ulteriores referencias; Garcia Sanz, 2012: 56 (fraude de inversiones del art. 282 bis), 62 (manipulaciones operativas e informativas del art. 284), 68 s. (delito de información privilegiada del art. 285); Park, 2007: 369 s., 377, con amplias referencias. En sentido contrario cabe destacar la monografía de Ziouvas, 2005: 173 ss., conclusión en pp. 260 s., 263 s., si bien reconociendo como doctrina dominante en lengua alemana y más conforme con el Derecho comunitario la que se mantiene en el texto.

fronterizos o de soberanía. El Código Penal español viene ofreciendo una protección globalizada en algunos delitos que tienen su origen en Tratados Internacionales o cuando la propia naturaleza del bien jurídico tutelado lleva al legislador a hacer una declaración expresa de protección “desfronterizada”. En el primer sentido tenemos el ejemplo del artículo 445 relativo a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales que tiene su origen en el Convenio OCDE de 1997 de “lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”. Lo mismo sucede con la protección específica de organismos o Instituciones internacionales como sucede con la Corte Penal Internacional en el artículo 471 bis, lo cual demuestra que las leyes penales españolas sólo protegen de partida sus propias instituciones salvo tipificaciones o referencias específicas (Hacienda Pública española, Administración de Justicia española, Administración Pública española, etc.).

En lo que respecta a la dimensión que podemos definir como “bienes jurídicos universales de nueva generación” lo primero que llama la atención es que, en todo caso, resulta excepcional que el legislador “desfronterice” expresamente la protección, tal y como sucede con el artículo 325 CP, tipo básico de delitos contra el medio ambiente, que – por influencia de normas comunitarias- extiende su alcance a alta mar o que se refiere a la “incidencia incluso en los espacios transfronterizos”. La protección transfronteriza del medio ambiente ha sido resuelta expresamente por el legislador español y no cabe discutir de partida la legitimidad de tal decisión ya que no cabe duda de que el parlamento español tiene toda la legitimidad para convertir bienes jurídicos colectivos en bienes jurídicos globales o universales siempre que ello no sea contrario al Derecho Internacional. La cuestión que se analiza en este trabajo es si con respecto a otros bienes jurídicos colectivos los aplicadores del Derecho – especialmente órganos judiciales – podrían dar lugar a una expansión del ordenamiento penal en este mismo sentido sin una declaración legal expresa.

No nos podemos olvidar de que no nos estamos refiriendo a cualquier tipo de protección, sino a una protección específica que se dispensa a través del ordenamiento jurídico-penal. En la medida en la que estamos hablando de Derecho Penal, la interpretación del alcance tuitivo de las leyes penales relativas al mercado de valores español debe respetar necesariamente el principio de legalidad, lo que obliga a entender que el tenor literal de los preceptos debería posibilitar una protección transfronteriza. El dilema que se plantea es si dicho

tenor literal puede entenderse como neutro con respecto a la ampliación de los tipos penales o, más bien, si una expansión en el sentido aquí expuesto se debe entender *contra legem*.

El recurso a los criterios tradicionales de interpretación con respecto a la regulación de los delitos contra el mercado en el Código Penal español nos lleva a la *conclusión opuesta a la globalización o internacionalización de la protección*.

En primer lugar, de acuerdo a una interpretación sistemática, que el Código Penal haga referencias específicas en ciertos preceptos cuando quiere que el tipo tenga efectos tuitivos transfronterizos parece llevar a la conclusión de que la protección resulta espacialmente más reducida cuando se han omitido tales referencias específicas.

Sin embargo, no sólo una interpretación *contrario sensu* lleva a esta conclusión. Las escasas referencias legales que existen en el ámbito de los delitos contra el mercado vetan cualquier posibilidad hermenéutica expansiva desde el punto de vista del alcance de la protección. La Sección dedicada a “los delitos relativos al mercado y a los consumidores” en la que se encuentra el Derecho Penal del mercado de valores (arts. 282 bis, 284 y 285) no habla como referencia tuitiva de mercados en plural, sino de un *único mercado*<sup>11</sup>. La relevancia de la terminología empleada en esta parte del Código Penal ha sido poco estudiada por la doctrina española, pero con base en el criterio hermenéutico gramatical se puede entender que se tutela expresamente sólo el mercado español – incluyendo el mercado de valores y productos financieros – en la medida en la que en realidad no existe jurídicamente un “mercado global”, sino más bien diversos mercados fuertemente interrelacionados e interconectados de tal manera que la perturbación en el correcto funcionamiento de uno tiene efectos dominó y espiral en los otros mercados. Si bien es cierto que estamos en la era de los mercados financieros globalmente conectados y esa realidad exige la implantación de nuevas respuestas jurídicas, normativamente no existe un único mercado mundial, a pesar de que fácticamente podría hablarse de un funcionamiento global de los mercados financieros que no entienden de fronteras ni de soberanías. Lo que podemos denominar estabilidad de los mercados financieros internacionales no es un bien protegido por el ordenamiento español en la medida en la que no pase por la protección del mercado interno. Podrá tratarse de un bien

---

11 Vid. a título de ejemplo la obra citada en la nota anterior de García Sanz o el trabajo de Rodríguez Ramos, 2012: 685 ss.

jurídico global desde otras perspectivas que aquí no se discuten, pero no desde la jurídico-penal. No se puede hablar de protección de un bien jurídico universal sin tener en cuenta el sustrato previo de regulación y supervisión de los mercados de valores. Una regulación internacional de los mercados financieros sería algo postulado que se encontraría, en todo caso, en proceso de construcción. Si bien la “financiarización” o “financiarización” global de la vida económica es un fenómeno que no se puede discutir seriamente, no se puede afirmar que haya venido seguida de un régimen jurídico internacional. Y esta es una conclusión que tampoco se puede discutir seriamente.

La legislación comunitaria sigue haciendo referencia, incluso en un contexto de intensa armonización, a “mercados de valores” nacionales<sup>12</sup> y, si tenemos en cuenta el orden primario, la conclusión se torna evidente. La ley del mercado de valores sólo tiene como ámbito de aplicación “todos los valores cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional” (art. 3 LMV). El ordenamiento jurídico-penal no puede ir más allá del ámbito de aplicación del orden primario que es el que construye el bien jurídico que aquél ha de proteger<sup>13</sup>. Si bien la globalización financiera es el núcleo duro de la globalización económica y dicha globalización se caracteriza, gracias al avance de las tecnologías, por el funcionamiento fáctico del sistema económico como una unidad planetaria en tiempo real (al menos en el primer mundo) *ello no significa que desde la perspectiva del ordenamiento español podamos hablar de un único mercado financiero a nivel mundial.*

#### b) El Derecho comparado.

Una mirada más amplia que incluya un estudio de Derecho comparado no hace más que ratificar esta idea. Representa un ejemplo significativo lo sucedido en Alemania con el delito de corrupción entre particulares como delito de protección de la competencia. Los delitos contra la competencia representan

12 Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero, sin la cual no es posible entender todo el desarrollo del Derecho Penal del mercado de valores.

13 En el mismo sentido en la doctrina alemana, exceptuando los supuestos en los que existe una decisión expresa del legislador penal que exceda el ámbito del Derecho administrativo, Colussi, 2010: 139, 153, proponiendo que el delito de información privilegiada se refiera, al igual que el de manipulación de mercado, a cualquier mercado extranjero; Möhrenschrager, 2007: 3/16; Schröder, 2008: X 2/3, 204; Vogel, 2009: 20a/36 s., 45 ss., 292, con amplias referencias, con respecto a la manipulación de mercado. La legislación alemana, que no regula los delitos bursátiles en el Código Penal sino en la ley de mercado de valores, incluye expresamente dentro del concepto de mercado interno los mercados financieros de todos los Estados de la Unión Europea.

también un claro ejemplo de delitos económicos “despatrimonializados” a la vez que se encuentran desvinculados de la protección de funciones estatales de intervención en la economía.

En una sentencia de referencia de 29 de agosto de 2008<sup>14</sup> el Tribunal Supremo alemán en el conocido caso Siemens-Enel entendió que la corrupción privada no afectaba a los delitos cometidos fuera de Alemania con anterioridad a la entrada en vigor del apartado 3 del parágrafo 299 del Código Penal alemán mediante una ley de 22 de agosto de 2002, que ya extiende expresamente desde esa fecha la protección de la competencia a hechos cometidos en el extranjero. Lo que resulta especialmente relevante a efectos de la posición que se está sosteniendo es que mediante esta resolución el Tribunal Supremo alemán anuló una sentencia de la Audiencia de Darmstadt de mayo de 2007 referida a hechos delictivos cometidos en Italia (es decir, en un Estado miembro de la Unión Europea) por trabajadores de una filial de Siemens. Se trataba de unos sobornos de unos seis millones de euros entre 1999 y 2001 para conseguir un contrato de 450,3 millones de euros. La razón esgrimida por el Tribunal Supremo alemán fue que a las empresas alemanas que operan en otros mercados en los que no existen competidores alemanes no se les puede exigir estar sometidas a las estrictas reglas de competencia alemanas que no rigen en el mercado correspondiente. Esta posición se correspondía con la posición de la doctrina alemana que consideraba que el delito de corrupción entre particulares en su versión previa al 2002 no comprendía a hechos que no afectaran a intereses alemanes, siendo sólo intensamente discutida por la doctrina alemana la protección de la competencia dentro de la Unión Europea aunque no estuvieran en juego intereses estrictamente nacionales. Incluso la interpretación de la posterior introducción del apartado tercero del parágrafo 299 del Código penal alemán, que mediante la reforma del año 2002 extiende – de forma imprecisa – el alcance del tipo a hechos que afectan a la competencia en el extranjero, no ha sido precisamente pacífica y ha dado lugar a posiciones doctrinales de lo más variado, más allá del acuerdo mínimo existente en que no sólo está protegida la competencia en el mercado interior<sup>15</sup>. Da la impresión, en todo caso, que la extensión expresa de la corrupción entre

14 BGH Neue Juristische Wochenschrift 2009, pp. 89 ss., especialmente 92 ss. (=Strafverteidiger 2009, pp. 21 ss., especialmente 25 s.). Esta posición había sido sostenida previamente por la jurisprudencia civil. Sobre esta sentencia Mölders, 2009: 178 ss. y Pelz, 2008: 333 ss.

15 Dannecker, 2010: 299/74 ss., con amplias referencias; Kindhäuser, 2010: 299/74; Kühl, 2011: 299/1; Mölders, 2009: 175 ss.; Rönnau, 2008: III 2/48 ss.; Tiedemann, 2007: 299/65 s.

particulares más allá de las fronteras alemanas tiene su fundamento último en la protección de intereses propios por parte de un país con una dimensión exportadora importante. Hay que tener en cuenta que en este caso la “protección desfronterizada” presenta otros aspectos interesantes más allá de lo estrictamente penal, como que impide, por ejemplo, a las empresas alemanas desgravarse los pagos realizados para conseguir contratos en la medida en la que, se castiguen o no, son actos antijurídicos<sup>16</sup>.

Centrándonos ya en el mercado de valores, es enormemente ilustrativa la evolución de la jurisprudencia estadounidense, jurisdicción donde se ha planteado con mayor intensidad la cuestión de si el ordenamiento interno protege los mercados financieros internacionales a través de las *Class Actions* contra entidades emisoras extranjeras, apoyadas en muchos casos por la agencia federal encargada de la supervisión de los mercados financieros (*Securities and Exchange Commission* – SEC). El activismo del organismo regulador estadounidense ha provocado que sea la Administración de Justicia de este país la que ha tratado no sólo con mayor frecuencia, sino también con mayor profundidad la posibilidad de aplicar extraterritorialmente las normas antifraude en materia de mercado de valores. En este contexto el Tribunal Supremo de Estados Unidos limitó en junio de 2010 en una decisiva sentencia<sup>17</sup> la intervención contra la manipulación de mercado y, en general, contra todo fraude relacionado con la compraventa de instrumentos financieros, al propio mercado estadounidense entendiéndose que el Derecho interno no protege los mercados financieros internacionales. La legislación anti-fraude no alcanza, según la Corte Suprema, a las transacciones realizadas por inversores no estadounidenses en valores de compañías no estadounidenses efectuadas en los mercados no estadounidenses, incluso aunque existan inversores que hayan sufrido pérdidas derivadas de esa manipulación de mercado en Estados Unidos o se constaten efectos en Estados Unidos. Los tribunales inferiores están siguiendo esta doctrina e, incluso, extendiendo la interpretación restrictiva de la sentencia. Es interesante resaltar que en este caso *Morrison* contra el *Banco de Australia* el Tribunal de instancia había llegado al mismo resultado práctico que el

---

16 BGHSt 49, p. 317 (=Neue Juristische Wochenschrift 2005, p. 300).

17 *Morrison v. National Bank of Australia* (Ponente Antonin Scalia). 130 S. Ct. 2869 (2010). La decisión se centra en la Ley de valores de 1934, existiendo dudas sobre cómo ha de interpretarse la sentencia con respecto a la de 1933 que regula emisiones en el mercado primario.

defendido posteriormente por el Supremo, pero tratándolo como una cuestión jurisdiccional o competencial. Sin embargo, el Tribunal Supremo confirmó la conclusión por motivos diferentes vinculados a la interpretación de que la ley se aplicaría únicamente a transacciones internas. Por esta razón resulta esta resolución de especial interés desde la perspectiva que se ha venido manteniendo en este trabajo, a pesar de que se trate de un tema de jurisdicción civil<sup>18</sup>, en la medida en la que – como aquí se ha defendido – rechaza expresamente la idea de que la protección de mercados financieros no nacionales sea una cuestión competencial y, por consiguiente, afirma que el ámbito de protección de la norma “antifraude” estadounidense es una cuestión a tratar previamente<sup>19</sup>. La sentencia se centró en la ubicación de la operación y dejó claro que las leyes de valores estadounidenses no tenían la finalidad de interferir con las leyes de valores de otros países, demostrando así el ponente su preocupación por evitar situaciones de conflicto entre la legislación estadounidense y las de otros países, preocupación que le llevó a minimizar la injerencia de los Estados Unidos, en concreto de su organismo regulador, en los asuntos de orden regulatorio de otros países. Desde este precedente es una cuestión esencial a efectos de tutela determinar si las operaciones se realizaron o no en Estados Unidos, lo cual está dando lugar a multitud de problemas de aplicación en órganos inferiores en función de las diversas cuestiones concretas que van apareciendo y que aquí se pueden dejar de lado<sup>20</sup>. No interesa en primer plano el análisis de los criterios para resolver el alcance de protección de las normas estadounidenses, sino sólo resaltar que con independencia de cómo evolucione la legislación estadounidense contra los fraudes en el mercado de valores, es evidente que ya ni siquiera la SEC puede supervisar todos los mercados del mundo sin límites como “policía del mundo” en materia de mercados financieros y de

---

18 En todo caso en el Derecho estadounidense existe una homogeneidad entre las normas anti-fraude civiles y penales y la mejor prueba de ello es que la propia sentencia se remite a sentencias previas en asuntos penales. Por ello se asume de forma general la incidencia del caso Morrison también en materia penal. Cfr. Clopton, 2011.

19 P. 2877 (“La cuestión de qué conducta es contemplada por la sección 10(b) es equivalente a preguntar cuáles son las conductas que prohíbe dicha sección”).

20 Entre otras *Stackhouse v. Toyota Motor Co.*, 2010 WL 337409 (C. D. Cal. de 16 de julio de 2010); *In re Societe Generale Sec. Litig.*, 2010 WL 3910286 (S. D. N. Y. de 29 de septiembre de 2010); *Plumber’s Union Local No. 12 Pension Fund v. Swiss Reinsurance Co.*, 2010 WL 3860397 (S. D. N. Y. de 4 de octubre de 2010); *In re Royal Bank of Scotland Group PLC Sec. Litig.*, 2011 WL 167749 (S. D. N. Y. de 4 de enero de 2011); *In re Vivendi Universal S. A. Sec. Litig.*, 2011 WL 590915 (S. D. N. Y. de 17 de febrero de 2011).

valores<sup>21</sup>, habiendo demostrado la sentencia *Morrison* la inidoneidad de un modelo de tutela global de los mercados financieros, al que, desde luego, ni el ordenamiento español ni la CNMV pueden aspirar.

En definitiva, la visión de Derecho comparado expuesta demuestra que resulta bastante endeble la argumentación basada en la idea que donde la ley no excluye su alcance universal de protección no cabe excluir cuando se trata de la protección de las reglas del mercado. En el caso concreto de la protección del mercado de valores la responsabilidad penal se basaría, además, sobre una absoluta ficción jurídica que convertiría la sanción en imprevisible<sup>22</sup>: la existencia de un mercado financiero único a escala mundial desvinculado de la soberanía de los Estados. Quien quisiera llegar a la conclusión contraria tendría más bien que fundamentar las razones por las que el ordenamiento penal dispensaría a otros mercados la misma protección que otorga al mercado de valores español a pesar de que esa no sea la tendencia de los restantes ordenamientos.

Esta es una conclusión interpretativa que sólo podría construirse de manera sólida, en todo caso, con respecto a *los restantes mercados de los Estados miembros de la Unión Europea*.

### c) El Derecho comunitario.

La extensión de la protección a los restantes mercados de valores de la Unión Europea no partiría, de todos modos, de la existencia de un bien jurídico global, sino de una base hermenéutica distinta: el *principio de interpretación conforme al Derecho comunitario* que deriva de la asunción de competencias soberanas por parte de la Unión Europea, cuyos intereses son también intereses de los Estados miembros. Ello obligaría a una *interpretación favorable a los intereses de la comunidad y a las Directivas comunitarias*<sup>23</sup>, si bien no se puede

21 Sobre la aplicación de la ley de valores estadounidense a nivel internacional y los problemas que las investigaciones de la SEC han creado en Alemania a raíz del conocido "caso Siemens" relativo a la corrupción en transacciones internacionales, Dann & Schmidt, 2009: 1851 ss.; Wastl, Litzka & Pusch, 2009: 69; Senderowitz, Ugarte & Cortez, 2008: 281 ss. Siemens desarrolló una investigación interna, por orden de la SEC en 34 países, en el transcurso de la cual se realizaron 1750 entrevistas y se recopiló más de 100 millones de documentos. Cfr. Wrage & Richardson, 2009.

22 Sobre la exigencia constitucional de que las leyes penales no sean semántica, lógica y axiológicamente imprevisibles, vid. por todos, Lascurain Sanchez, 2009: 103 ss.

23 Por muchos, Böse, 2010: antes de 3/61 s.; Mölders, 2009: 86 ss.; Satzger, 2011: 9/50 ss. (específicamente sobre la cuestión en Derecho Penal 9/55 ss.); Sotis, 2012: 134 ss.; Tiedemann, 2010: 83; Werle & Jessberger, 2007: antes de 3/280 ss., todos con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales; Ziouvas, 2005: 45 s.

dejar de mencionar que este principio viene planteando muchos más problemas en el ámbito del Derecho Penal que en otros ámbitos<sup>24</sup>, en la medida en la que en ningún caso puede permitir aplicaciones analógicas o retroactivas de la ley penal vedadas por la propia Constitución española.

En todo caso, de cara al futuro es evidente que la entrada en vigor de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado<sup>25</sup> facilitará una interpretación extensiva en este sentido, sobre todo si tenemos en cuenta que la protección penal del mercado de valores se encuentra vinculado al proceso de unificación europeo y tiene que ver con las políticas básicas de protección del mercado interior. La ampliación del Derecho Penal interno del mercado de valores forma parte, precisamente, de un proceso más amplio que se ha denominado por una parte de la doctrina como de “armonización unificadora” y que busca proporcionar una regulación y protección lo más armonizada posible, que ahora también se quiere que sea

---

24 Sentencia del Tribunal Supremo 1387/2011, de 12 de diciembre (Fundamento de Derecho Undécimo), resumiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto. La profundidad en el análisis de esta sentencia de la que es ponente el Magistrado Alberto Jorge Barreiro convierte en innecesaria una exposición detallada de la jurisprudencia del TJUE en esta materia. Sólo cabe remitirse al Fundamento Jurídico mencionado.

25 COM(2011) 654 final. El 20 de octubre de 2011 la Comisión adoptó una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado. Dicha propuesta fue transmitida al Parlamento Europeo y al Consejo el 20 de octubre de 2011 y el Comité Económico y Social Europeo emitió su dictamen el 28 de marzo de 2012. Con posterioridad existe una Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las sanciones aplicables a las operaciones con información privilegiada (presentada de conformidad con el artículo 293, apartado 2, del TFUE) de 25 de julio de 2012 COM(2012) 420 final. La modificación tiene su origen en lo que puede definirse como un gran fraude transnacional y las investigaciones que se han llevado a cabo en relación con la posible manipulación por varios bancos del EURIBOR y el LIBOR, índices de referencia de los tipos de interés de los préstamos interbancarios. Se sospechaba – lo que se ha acabado constatando, como ya se ha expuesto – que los bancos proporcionaron estimaciones del tipo de interés al que aceptarían ofertas de financiación que diferían de las que realmente habrían aceptado en la práctica. La sospecha provocó que la Comisión evaluara si la presunta manipulación de los índices de referencia entraría en el ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva llegando a la conclusión de que quedaban fuera de su ámbito de aplicación en la propuesta original. La modificación pretende que la manipulación intencionada de los referidos índices constituya una infracción penal, para lo que modifican los arts. 2, 4 y 5 para que incluyan la definición de índices de referencia y las referencias correspondientes a este tipo de fraudes. La Directiva complementa la propuesta de un Reglamento sobre abuso de mercado – Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado – que actualiza el marco jurídico vigente de la UE y refuerza las sanciones administrativas [Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Insider Dealing and Market Manipulation (Market Abuse) COM(2011) 651 final]. También existe por las mismas razones una Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso de mercado) privilegiada (presentada de conformidad con el artículo 293, apartado 2, del TFUE) de 25 de julio de 2012 COM(2012) 421 final.

penal<sup>26</sup>. Una de las consecuencias de este proceso es que no se puede entender la criminalización de determinadas conductas contra el correcto funcionamiento del mercado de valores sin referencias a políticas comunitarias y a la definición a nivel comunitario de las conductas de abuso de mercado. Existe una preocupación especial por parte de la Unión Europea de proporcionar una protección lo más armonizada posible en estas materias, habiendo abandonado ya definitivamente la pretensión de garantizar sólo una armonización meramente administrativa. No es casualidad, si bien no se puede hablar con propiedad de un auténtico Derecho Penal del mercado de valores europeo, que se trate del primer ámbito en el que la Comisión recurre a sus nuevos poderes en virtud del Tratado de Lisboa (art. 83.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>27</sup>) para implantar una política básica de la UE mediante sanciones penales cuando de otra manera no se aplique eficazmente la normativa de la Unión Europea.

Si, a partir de estas ideas, se entendiera que un atentado contra el mercado de valores de otro Estado Miembro no se castiga por el hecho de que se parta de que debe ser tratado de forma análoga a los mercados de valores propios, sino que la razón del castigo se acerca más a la idea de que supone un atentado contra lo que podemos denominar “mercado de valores europeo”, plantearía muchas menos dudas la conclusión de que se trata de una interpretación conforme con el principio de legalidad. Por consiguiente, dicha conclusión depende en gran medida de la visión que se tenga del proceso de armonización europeo.

En todo caso, el ámbito europeo de los países sometidos a una regulación común de sus mercados de valores y que han cedido soberanía en este sentido representa el límite del tenor literal posible del alcance de la protección

---

26 Böse & Koch, 2011: 17/2; Foffani, 2012: 487 ss.; Nieto Martín, 2010: 317 ss.; Sorgenfrei, 2008: Kap. 4/4 ss.; Vogel, 2009:), previo a 20/11 ss. Se puede apreciar la concreción de esta idea en el párrafo 20 de la ley del mercado de valores alemana relativo a la prohibición de la manipulación del mercado.

27 Junto a los denominados “delitos europeos” del apartado primero muy vinculados a la lucha contra la delincuencia organizada de todo tipo (terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática, delincuencia organizada), el apartado segundo establece que “cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulta imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate”. Sobre la armonización de la normativa penal nacional a través de Directivas tras el Tratado de Lisboa, Romeo Malanda, 2012: 299 ss.

que dispensan los delitos que tipifican los fraudes en los mercados de valores. Claramente no se pueden extender los tipos penales más allá de este espacio de mercado común.

d) Sobre la posible influencia hermenéutica del *soft law* financiero internacional.

Si bien no se puede negar que existe a nivel internacional un *soft law*<sup>28</sup> basado en reglas, estándares o recomendaciones emanados de organismos internacionales como IOSCO (Organización Internacional de Comisiones de Valores<sup>29</sup>, vinculado al G-20<sup>30</sup>) que pretende ofrecer soluciones a nivel mundial, es evidente que no existe fuera del ámbito de la Unión Europea una vinculación jurídica similar a la comunitaria que permita siquiera plantearse una protección equivalente a la de cualquier mercado financiero de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Si bien es cierto que la doctrina jurídico-penal todavía no ha reflexionado suficientemente sobre los nuevos problemas dogmáticos que ofrece este “Derecho blando” de efectos indeterminados (sólo hay que pensar en la importancia de las Recomendaciones del GAFI con respecto al delito de blanqueo de capitales), no cabe duda de que no se trata de una fuente del Derecho en el ámbito penal interno y de que presenta serios *déficits de legitimación para que el Estado español se encuentre habilitado sin una decisión específica del Parlamento para la restricción de derechos fundamentales de una persona mediante una pena*. Si resulta ya un lugar común denunciar los déficits democráticos

---

28 Sobre el *soft law* desde la perspectiva del Derecho Público español, Sarmiento 2008: 76 ss. y *passim* con un resumen de la posición mantenida en esta monografía en el artículo La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*, Cuadernos de Derecho Público 2007.

29 Se trata de una organización que pretende intensificar la cooperación entre sus miembros con la finalidad de promover niveles adecuados de ordenación financiera, intercambiar información y establecer los principios para conseguir una supervisión efectiva a nivel internacional.

30 Sobre el protagonismo del G-20 en la gobernanza global de la actual crisis económica, Lopez Escudero, 2012: 380 ss. Este modelo de gobernanza global ha dado lugar, tal como señala este autor (pp. 402 ss.), a un incremento del *soft law* financiero. Sobre la creciente relevancia de este *soft law* financiero internacional proveniente de organismos u operadores globales como IOSCO señala Zunzunegui, 2012: 42 s. como sus reglas y estándares “dan respuesta uniforme a las necesidades que plantea el mercado financiero en una economía globalizada. Los estándares proliferan y tienen éxito por su pragmatismo. Al fin y al cabo, dan solución a los problemas que plantean las finanzas internacionales. Tal es su éxito que su aplicación resulta una condición necesaria para poder mantener la competitividad de la industria financiera. De hecho, apartarse de estos estándares internacionales, supone una inmediata pérdida de reputación, penalizada con la marginación de los flujos financieros internacionales”.

del denominado Derecho Penal europeo<sup>31</sup>, este problema se multiplica exponencialmente cuando se trata del “Derecho blando” de organizaciones internacionales como posible factor de expansión del ordenamiento penal<sup>32</sup>.

Si bien es cierto que con motivo de la crisis financiera que hemos sufrido en los últimos años el G-20 está fuertemente comprometido en una lucha contra el abuso de mercado que pasa por el refuerzo de la supervisión y el régimen sancionador a nivel internacional, si como consecuencia de dicha tendencia existiera una fuerte presión a través del *soft law* internacional en contra de las conclusiones que se vienen manteniendo en este trabajo en relación a fraudes bursátiles transfronterizos, dicha evolución o tendencia podría acabar dando lugar a políticas públicas y estatales que, a lo sumo, dieran pie a plantearse una reforma del Código Penal en ese sentido (al estilo de cómo las recomendaciones del GAFI van influyendo en las Directivas europeas y haciendo evolucionar la regulación del blanqueo en el ordenamiento español<sup>33</sup>), pero no tendrían nunca validez autónomamente como fundamento legitimante de una interpretación extensiva de la responsabilidad penal en beneficio de la protección de los mercados financieros internacionales. En todo caso es evidente que a partir de lo que podría llegar a pasar de acuerdo con ciertas tendencias no se puede deducir una aplicación extensiva de los tipos penales en la actualidad.

La posición de la jurisprudencia es muy clara al respecto, y no cabe más que aceptar como correctos sus puntos de partida. Considerando el Tribunal Supremo (STS 798/2007, de 1 de octubre, Fundamento Jurídico sexto) que no es posible la aplicación directa del Derecho Internacional Penal en los sistemas como el español, que no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales, siendo siempre necesaria una previa transposición operada según el Derecho interno, con mayor motivo cabe predicar muchas reservas

---

31 Frisch, 2009: 405; Romeo Malanda, 2012: 276 ss., con ulteriores referencias; Rönau, 2008: III 2/47; Satzger, 2009: 8/37, 40; Sanz Moran, 2012: 33; Schröder, 2007: n.º marginal 108; Schünemann, 2004: 201; Silva Sanchez, 2004: 138 ss.; Silva Sanchez, 2006: 253 ss.; Vogel, 2007: 734, con ulteriores referencias. Ello ha dado lugar precisamente a que se reconozca un papel más protagonista a los Parlamentos nacionales en el ámbito del Derecho Penal que en el contexto de otras políticas de la UE.

32 Sobre los problemas de legitimidad del Derecho Penal global y sus posibles soluciones, Nieto Martín, 2012: 88 ss.

33 Alvarez Pastor & Eguidazu Palacios, 2007: 53 ss.; Blanco Cordero & Del Cerro Esteban, 2006: 75 ss.; Díaz-Maroto y Villarejo, 2009: 21 ss.; Martínez-Bujan Pérez, 2005: 181 ss.; Pérez Cepeda, 2008: 380 ss. Basándose en el ejemplo del GAFI, Sarmiento, 2008: 78, destaca la convivencia del *soft law* con un fuerte componente institucional “con los instrumentos atípicos adoptados por esferas de decisión intergubernamental, cuyas normas no cuentan con el aval de ningún Estado pero terminan asumiendo una relevancia de primera magnitud en ámbitos sectoriales”.

frente a la eficacia del *soft law* internacional en Derecho interno. Como señala la referida sentencia de 2007, los Tribunales españoles

*“deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones”.*

Si incluso los procesos de armonización europeos necesitan transposición de los Estados miembros, la conclusión es obvia cuando nos salimos del contexto de la Unión Europea. Como reconoce la Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2011 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “Hacia una política el Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal”<sup>34</sup>, las medidas penales a adoptar a nivel de la UE por el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros se diferencian del Derecho Penal nacional en un aspecto importante: no pueden imponer obligaciones directas a los particulares. El Derecho Penal de la UE se limita a abrir la posibilidad de que se impongan sanciones a los particulares una vez que un Parlamento nacional haya incorporado las medidas a su propia legislación. Si el Derecho de la Unión Europea no tiene más destinatario que los Estados, los déficits normativos se multiplican exponencialmente con respecto al “*soft law*” vinculado a la gobernanza económica internacional<sup>35</sup>, cuando ni siquiera podemos hablar de un Derecho Penal global o de “un Derecho penal internacional de la economía global”<sup>36</sup> cuyas bases estarían todavía pendientes de elaborar.

Por todo lo dicho, a falta de una decisión legislativa expresa, no existe legitimación democrática para extender el alcance típico de los delitos contra los

34 COM(2011) 573 final.

35 Sobre este difuso *global law* entendido como una red regulatoria que afecta a las relaciones entre Estados, Nieto Martín, 2012: 86 s. Muy crítico con el proceso de gobernanza global desde la perspectiva del Derecho Penal, Schünemann, 2003: 115 ss.; Schünemann, 2004b: 133 ss., 156.

36 Gracia Martín, 2010: 80.

mercados de valores y financieros a mercados no pertenecientes a la Unión Europea. La expansión del *soft law* financiero internacional es un fenómeno jurídico apasionante que podría en todo caso afectar a la calificación jurídico-penal de determinadas conductas como fraudes o como riesgos financieros permitidos (por ejemplo, si determinadas prácticas de mercado son aceptadas como válidas por los estándares internacionales), pero que carece de relevancia a efectos de la cuestión que se está tratando relativa al alcance de protección de las leyes penales españolas.

Esta conclusión es todavía mucho más evidente si tenemos en cuenta lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo 1387/2011, de 12 de diciembre (Caso Secuestro buque atunero “Alakrana”), de gran relevancia para la cuestión que está siendo tratada. Esta resolución ofrece, cumpliendo con su cometido casacional, una extensa argumentación sobre este tipo de cuestiones en su Fundamento Undécimo que no cabe más que compartir en sus conclusiones. Frente a la pretensión de una de las acusaciones de ampliar el alcance de los delitos de terrorismo complementándolo con una Decisión-Marco sobre la materia establece con base en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que

*“El principio de legalidad penal impide que una norma de derecho comunitario (reglamentos, directivas y decisiones-marco) tipifique conductas delictivas que no aparezcan específicamente previstas en el ordenamiento jurídico interno con arreglo a las exigencias y las garantías que establece nuestro texto constitucional. A lo sumo cabría interpretar la norma penal interna con arreglo a la normativa comunitaria siempre que esta pueda entenderse comprendida en el sentido literal posible de la ley penal española”.*

Si esta es la situación con respecto a las normas comunitarias, no cabe más que considerar como evidente la imposibilidad de hacer una aplicación extensiva de los “delitos contra el mercado” con base en lo dispuesto en normas con un carácter vinculante enormemente difuso como lo que se ha venido denominando *soft law* financiero internacional.

#### IV. CONCLUSIONES

No viéndose afectados los mercados de valores españoles los órganos jurisdiccionales penales no pueden ofrecer soluciones unilaterales frente a fraudes bursátiles internacionales cometidos desde territorio español sin una habilitación expresa del ordenamiento jurídico (expresamente recogida en los

tipos penales o mediante principios jurídicos generales como la interpretación conforme al Derecho comunitario). *Los delitos contra el correcto funcionamiento del mercados de valores (arts. 282 bis, 284 y 285) sólo protegen los mercados españoles* (o, a lo sumo, intensamente armonizados jurídicamente con dichos mercados como los de la Unión Europea).

En el contexto jurídico actual la única respuesta posible a estos casos de delincuencia transnacional favorecida por los avances técnicos pasa por una mejor cooperación entre Estados. Un ejemplo de los caminos a seguir serían los Principios publicados por IOSCO para la cooperación en la supervisión transfronteriza (que se refiere a compartir información, posibilidades de investigaciones conjuntas, etc.). Precisamente, mientras la competencia sobre la política económica y, en concreto, sobre la regulación de los mercados financieros no deje de formar parte del ámbito de la soberanía de los Estados la mejor vía para atajar las lagunas tuitivas que se derivan de la existencia de mercados financieros altamente internacionalizados pero regulados por normas nacionales diferenciadas radica en adoptar mecanismos de “*soft coordination*”. La inexistencia de un Derecho Penal económico global o transnacional obliga a extremar las posibilidades de un Derecho procesal transnacional.

En lo que respecta al Derecho Penal sustantivo el legislador es el único competente para decidir si los delitos contra el mercado de valores mantienen su actual ámbito de protección nacional (incluyendo, en todo caso, mercados con un grado de protección equivalente según el Derecho comunitario) o pasa a universalizar dicha protección extendiéndola a todo mercado de valores. Dicha decisión político-criminal con grandes implicaciones teóricas y prácticas tiene que ser necesariamente coherente con el orden primario sobre mercado de valores. El Derecho Penal del mercado de valores no puede ser más “cosmopolita” que el mercado de valores que configura su sustrato de regulación. Por sus características tan especiales el Derecho Penal no puede permitirse soluciones disfuncionales, especialmente en ámbitos donde su eficacia preventiva es muy limitada. Sin embargo, y permitiéndome recurrir a la conocida frase de Salomón en el Antiguo Testamento, con esta perspectiva no hay nada nuevo bajo el sol ya que esta cuestión forma parte de las reflexiones teóricas básicas sobre la función que le corresponde desempeñar al Derecho Penal en las sociedades postindustriales o en el contexto social que se ha definido como nueva modernidad o postmodernidad.

## BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ PASTOR & EGUIDAZU PALACIOS

2007 *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Madrid.

AMBOS

2005 *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 1, Munich.

BECK

1999 *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida* (versión española Barcelona, 2008).

BLANCO CORDERO & DEL CERRO ESTEBAN

2006 “Blanqueo de capitales, La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Suplemento al n.º 2015 de 15 de junio de 2006.

BÖSE

2010 *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden.

BÖSE & KOCH

2011 en Sieber, Brüner, Satzger & V. Heintschel-Heinegg (edits.), *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden.

CLOPTON

2011 “Bowman Lives: The Extraterritorial Application of U.S. Criminal Law after Morrison v. National Australia Bank”, *67 NYU Annual Survey of American Law* n.º 137.

COLUSSI

2010 *Kapitalmarktsstrafrecht-Insiderhandel und Marktmanipulation*, Francfort a. M.

DANN & SCHMIDT

2009 “Im Würgegriff der SEC? – Mitarbeiterbefragungen und die Selbstbelastungsfreiheit”, *Neue Juristische Wochenschrift*.

DANNECKER

2010 *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden.

DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO

2009 “Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español”, en Bajo Fernandez & Bacigalupo Saggese, *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid.

ESER

2010 en Schönke & Schröder, *Strafgesetzbuch*.

FEIJOO SANCHEZ

2007 *Retribución y prevención general*, Buenos Aires.

- 2008 “Bien jurídico y delitos socioeconómicos”, en Boix Reig (dir.), *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid.
- 2013 “Imputación objetiva en el Derecho Penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho Penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares”, en Silva Sanchez/Miro llinares, *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid.
- GIL DE BLAS, GONZÁLEZ PUEYO & VILLANUEVA FRESÁN
- 2011 *Desarrollos recientes en la microestructura de los mercados secundarios de acciones*, CNMV (Documentos de Trabajo).
- FOFFANI
- 2012 “Politica criminale europea e sistema finanziario: l’esempio degli abusi di mercato”, en Mir Puig & Corcoy Bidasolo, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid.
- FRISCH
- 2009 *Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa*, Goldammer’s Archiv für Strafrecht.
- GARCIA SANZ
- 2012 “La protección penal del mercado financiero”, en Romeo Casabona & Flores Mendoza, *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada.
- GRACIA MARTIN
- 2010 “El Derecho Penal ante la globalización económica”, en Serrano-Piedecasas & Demetrio Crespo (dirs.), *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Madrid.
- HOYER
- 2011 *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8.<sup>a</sup> ed., Colonia.
- JESCHECK & WEIGEND
- 1996 *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., Berlín.
- KINDHÄUSER
- 2010 *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden.
- KÜHL
- 2011 en Lackner & Kühl, *Strafgesetzbuch*, 27.<sup>a</sup> ed.
- LASCURAIN SANCHEZ
- 2009 *Sólo Penas Legales, Precisas y Previas: El Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, Pamplona.

LOPEZ ESCUDERO

- 2012 “Estabilidad económico-financiera y Derecho Internacional”, en Esposito & Garcimartin (edits.), *La protección de bienes jurídicos globales*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ

- 2005 *La dimensión internacional del blanqueo de dinero, El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial n.º 61, Madrid.
- 2011 *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, 3.ª ed., Valencia.
- 2012 *Derecho Penal Económico*, Madrid.

MÖHRENSCHLAGER

- 2007 en Wabnitz & Janovsky, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3.ª ed., Munich.

MÖLDERS

- 2009 *Bestechung und Bestechlichkeit im internationalen geschäftlichen Verkehr*, Francfort a. M.

NIETO MARTIN

- 2010 “El abuso de mercado: un nuevo paradigma en el Derecho Penal económico europeo”, en Serrano-Piedecabras & Demetrio Crespo (dirs.), *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Madrid.
- 2012 “Derecho Penal y constitución en la era del *global law*”, en Mir Puig & Corcoy Bidasolo, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*.

OEHLER

- 1983 *Internationales Strafrecht*, 2.ª ed., Colonia y otras.

PARK

- 2007 *NStZ 2007, Kapitalmarktsstrafrecht und Anlegerschutz*.

PELZ

- 2008 “Änderung des Schutzzwecks einer Norm durch Auslegung? Zur Reichweite des § 299 StGB”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7/2008.

PEREZ CEPEDA

- 2008 “Instrumentos internacionales de Derecho Penal económico”, en Serrano Piedecabras & Demetrio Crespo, *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Madrid.

RODRIGUEZ RAMOS

- 2012 “Protección penal del mercado financiero”, en Zunzunegui (dir.), *Derecho bancario y bursátil*, 2.ª ed., Madrid.

RÖNNAU

- 2008 en Achenbach & Ransiek, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2.ª ed., Heidelberg.

## ROMEO MALANDA

2012 “Criminalidad económica y Derecho penal europeo tras el Tratado de Lisboa”, en Romeo Casabona & Flores Mendoza (edits.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Granada.

## SANCHEZ MONJO &amp; PINEDA MARTINEZ

2013 “La denominada negociación automatizada de alta frecuencia (*High Frequency Trading*), Características y regulación”, *Revista del Derecho de Mercado de Valores* n.º 12 (2013), pp. 227 ss.

## SANZ MORAN

2012 “Problemas de legitimación: tensión entre armonización legislativa y reconocimiento mutuo”, en Mir Puig & Corcoy Bidasolo, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid.

## SARMIENTO

2008 *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Pamplona.

## SATZGER

2009 *Internationales und europäisches Strafrecht*, 3.ª ed.

2011 en Sieber, Brüne, Satzger & V. Heintschel-Heinegg (edits.), *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden.

## SCHRÖDER

2007 *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht*, Colonia.

2008 en Achenbach & Ransiek, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2.ª ed., Heidelberg.

## SCHÜNEMANN

2003 “El Derecho en la globalización económica: imperialismo del líder y colonización de los órdenes jurídicos ¿Instrumentalización del Derecho Penal? Un análisis a partir del ejemplo de los Tribunales penales internacionales y de las convenciones internacionales sobre drogas y corrupción”, en Moreno Hernandez (coord.), *Globalización e internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, México.

2004a *Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU*, Goldammer’s Archiv für Strafrecht.

2004b “Globalisierung als Metamorphose oder Apokalypse des Rechts?”, en Joerden & Wittman (edits.), *Recht und Politik, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft n.º 93, Munich.

## SENDEROWITZ, UGARTE &amp; CORTEZ

2008 *Die Durchsetzung US-amerikanischer Wertpapiergesetze auf internationaler Ebene – Ausweitung auf deutsche Unternehmen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*.

SILVA SANCHEZ

- 2004 “Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica”, *Revista penal* 13 (enero 2004).
- 2006 Constitución Europea, legalidad y Derecho penal económico, en BAJO FERNANDEZ (Dir.), *Constitución Europea y Derecho Penal Económico*, Madrid.

SORGENFREI

- 2008 en Park, *Kapitalmarktstrafrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden.

SOTIS

- 2012 “La ‘mossa del cavallo’. La gestione dell’incoerenza nel sistema penale europeo”, en Mir Puig & Corcoy Bidasolo, *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid.

TIEDEMANN

- 2007 *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Tomo 12, 12.<sup>a</sup> ed., Berlín.
- 2010 *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, Valencia.

VOGEL

- 2007 *Wertpapierhandelsstrafrecht – Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells?*, *Festschrift für Günther Jakobs*, Colonia y otras.
- 2009 en Assman & Schneider, *Wertpapierhandelsgesetz Kommentar*, 5.<sup>a</sup> ed., Colonia.

WASTL, LITZKA & PUSCH

- 2009 “SEC-Ermittlungen in Deutschland-eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards!”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2009.

WERLE & JESSBERGER

- 2007 *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12.<sup>a</sup> ed., Berlín.

WOLLSCHLÄGER

- 2010 “Die Anwendbarkeit des § 299 StGB auf Auslandssachverhalte- frühere, aktuelle und geplante Tatbestandsfassung”, *Strafverteidiger* 7/2010.

WRAGE & RICHARDSON

- 2009 *Siemens AG Violations of the Foreign Corrupt Practices Act*, *International Legal Matters*.

ZIOUVAS

- 2005 *Das neue Kapitalmarktstrafrecht. Europäisierung und Legitimation*, Colonia.

ZUNZUNEGUI

- 2012 “Regulación financiera en una economía globalizada”, en Zunzunegui (dir.), *Derecho bancario y bursátil*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid.

# RESPONSABILIDADE CIVIL DAS SOCIEDADES DE CLASSIFICAÇÃO POR DERRAMES PETROLÍFEROS CAUSADOS POR NAVIOS INSPECIONADOS: EM BUSCA DE UM CLARO REGIME ENTRE O *PORT STATE CONTROL* E OS CONTRATOS DE CLASSIFICAÇÃO\*

*Orlindo Francisco Borges\*\**

**ABSTRACT:** *The classification societies are private entities which realizes a main role on the application of the maritime regulation for the safety of navigation and the prevention of sea pollution by surveys for the classification or certification of ships (on the exercise of a private contract or in it's public function on the Port State control). With the increase of litigation discussing the liabilities for oil pollution and the acknowledgment of the insufficiency of the CLC channeling regime for the compensation of the totality of victims, recognizes the development of juridical strategies to pursuit the liability of "side players" as the classification societies, as a third person accountable for the damage. This practice strengths by the inexistence of a limitation clause in an international legal instrument for it's liability ("find deep pocket targets") and the possibility to practice "forum shopping" and pursuit other forums to avoid the application of the CLC channeling regime. By the confrontation of contradictory decisions in private international litigation about this subject, this paper seeks to analyze the liability of these entities for oil pollution of the sea, by the verification of the nature of its activities and the case law about it in common law and civil law systems.*

---

\* O presente texto corresponde a uma revisão com acréscimos do Relatório do Seminário de Direito dos Transportes apresentado ao Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, menção em Ciência Jurídico-Ambientais, ano letivo 2010/2011, elaborado sob orientação do Professor Doutor Manuel Januário da Costa Gomes.

\*\* Advogado, sócio da *Lube, Diogo, Borges & Oliveira Sociedade de Advogados*; Mestrando em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); Especialista em Ciências Jurídico-Ambientais pela FDUL e em Direito Ambiental e Urbanístico pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV (Brasil); Membro da Comissão de Estudos em Direito do Petróleo e Gás da OAB/ES (Brasil); Pesquisador convidado (*gäste*) do *Abteilung fur ausländisches und internationales Strafrecht* da Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha) e *visiting scholar* da *School of Advanced Study - University of London* (Inglaterra). Contato: orlindo@ldbo.com.br.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Sociedades de classificação de navios. 1.1. Breve histórico. 1.2. Funções das sociedades de classificação. 1.2.1. Prestações de natureza privada: contratos de classificação. 1.2.2. Prestações de natureza pública: certificação de navios. 1.3. Responsabilidade civil das sociedades de classificação. 1.3.1. Responsabilidade contratual. 1.3.2. Responsabilidade extracontratual. 2. Responsabilidade civil por poluição causada por hidrocarbonetos provenientes de navios. 2.1. Regime da CLC/69-92 e do FIPOL/71-92. 2.2. Soluções jurisprudenciais. 2.2.1. O caso *Érika*. 2.2.2. O caso *Prestige*. 2.3. Enquadramento das sociedades de classificação neste regime. Considerações Finais.

## INTRODUÇÃO

O transporte marítimo é uma atividade que envolve graves riscos ao ambiente, dada a potencialidade de dispersão de hidrocarbonetos para o meio marinho. Em razão da gravidade dos riscos inerentes a esta atividade, imperioso se faz a adoção de certas medidas de prevenção e segurança. Dentre estas medidas está a atuação das sociedades de classificação, que realizam um papel fundamental na aplicação de regulações marítimas em matérias de segurança da navegação e prevenção da poluição marinha por meio de inspeções e certificações de embarcações.

Com o crescente aumento do transporte marítimo e a constatação de que os fundos complementares à limitação de responsabilidade do proprietário do navio não são capazes de compensar de forma satisfatória a totalidade das vítimas de incidentes catastróficos<sup>1</sup>, tem surgido tentativas de se imputar a responsabilidade destes agentes enquanto terceiros responsáveis pelo dano. Isso se dá, principalmente, em razão da inexistência de previsão legal expressa acerca da limitação de sua responsabilidade e da possibilidade de se direcionar as ações de compensação para outros foros em que não haja a vigência do regime da CLC/92 e, assim, buscar maiores patamares indenizatórios.

Diante desta tendência, buscaremos na presente pesquisa analisar a forma como se estabelece a relação entre as sociedades de classificação e os proprietários do navio e/ou Estados de bandeira, de modo a verificar se há a possibilidade de lhes imputar a responsabilidade por poluição decorrente de navios por si inspecionados.

Para tanto, o presente trabalho será dividido em duas partes: na primeira tratar-se-á acerca das atividades realizadas por estas instituições, a relação

---

1 Como foi verificado nos casos dos navios *Amoco Cadiz*, *Erika* e *Prestige*.

jurídica existente entre elas e o proprietário do navio e a modalidade contratual em que se inserem suas atividades para verificar as hipóteses abstratas em que poderia suscitar-se uma eventual responsabilidade; na segunda parte, por sua vez, analisar-se-á a responsabilidade civil destas sociedades diante de incidentes de poluição por hidrocarbonetos. Para tanto, o regime da CLC será confrontado com as premissas trazidas na primeira parte do trabalho e com a jurisprudência internacional, com especial destaque para os casos do *Erika* e do *Prestige*, em que houve decisões contraditórias sobre a matéria, uma proferida por um juízo francês e outra por um juízo norte-americano. Ademais, no segundo caso, há uma interpretação do juízo norte-americano diante da responsabilidade destas sociedades sob a égide de dois regimes distintos, uma em sede do regime da CLC/92 e outra em sede do regime da lei federal norte-americana, que redundaram em conclusões diametralmente opostas, a justificar o enfrentamento desta questão no presente relatório.

Posto isto, o enquadramento do tema se insere no campo da responsabilidade por poluição marítima no transporte de hidrocarbonetos, em que se pretende verificar a possibilidade de responsabilização destas sociedades por meio de uma análise da relação contratual existente entre o proprietário do navio e a sociedade de classificação. Isso porque, tal relação é condição *sine quae non* para a navegabilidade da embarcação, à realização de seu seguro e, portanto, para a ocorrência do contrato de transporte. Dessa premissa, pode-se afirmar que o presente estudo se insere na temática do Direito dos Transportes, com o enfoque no Direito das Obrigações dentro de uma perspectiva dos Direitos Marítimo, do Ambiente e da Regulação, por tratar especificamente do regime da responsabilidade civil por uma falha no atendimento às regulações marítimas de segurança da navegação e prevenção da poluição marinha.

A relevância do tema está não só na carência de publicações sobre esta matéria, sobretudo, em língua portuguesa, como também no surgimento de teses no contencioso marítimo internacional a buscar a responsabilização destas instituições em casos onde ocorreram danos catastróficos envolvendo petroleiros, seguidas de decisões contraditórias sobre o assunto. Esta realidade, portanto, demanda um maior aprofundamento científico acerca desta questão que se pretende realizar nos termos que seguem.

## 1. SOCIEDADES DE CLASSIFICAÇÃO DE NAVIOS

### 1.1. Breve histórico

As sociedades de classificação tiveram a sua gênese no século 17, em Londres, quando Edward Lloyd passou a compilar em sua *Coffee House* informações relacionadas às matérias de interesse de sua clientela, formada basicamente por comerciantes, armadores, banqueiros e seguradores marítimos. Em 1696, tais informações passaram a ser impressas sob o título de *Lloyds News*, o que rendeu a publicação de 76 edições contendo informações sobre a chegada e partida de navios, conhecimentos gerais de navegação e acontecimentos no mar, capazes de afetar os negócios de seus clientes<sup>2</sup>.

Embora as publicações se tivessem encerrado após desentendimentos ocorridos com a *House of Lords* acerca de posicionamentos declarados no periódico, a *Lloyds Coffee House* não deixou de atualizar as suas *Ships' Lists*, mantidas no estabelecimento com uma relação de navios, a indicar o seu nome, tipos de transporte em que foram utilizados e breves descrições acerca daqueles em que demandariam um seguro<sup>3</sup>.

Posteriormente, os sucessores de Edward Lloyd passaram a publicar essas *Ships' Lists* por meio do periódico *Lloyd's List*, que funcionava como uma espécie de jornal mercantil diário especializado em navegação e teve a sua primeira edição publicada em 1726, cuja circulação continua até hoje<sup>4</sup>.

Em 1760, foi estabelecido em Londres o primeiro registro de navios organizado por uma associação de seguradoras marítimas, chamado *Register of Shipping*. Neste registro, voltado exclusivamente para o uso das seguradas inscritas na associação, havia uma listagem dos nomes dos navios (a incluir nomes previamente utilizados pela mesma embarcação), seus proprietários e capitães, os portos em que estiveram atracados, a sua tonelagem, quantidade da tripulação e armas transportadas, o local e ano onde foi construído e uma classificação avaliando as condições de seu casco e equipamentos. Pela primeira vez houve a necessidade de inspeção dos navios e a partir de seus resultados, juntamente com as informações presentes na *Ship's List* da *Lloyd's Coffee House*, foi editada a primeira edição do *Green Book* em 1764 para o triênio de 1764-65-66<sup>5</sup>.

---

2 Lagoni, 2006: 8-9; Ferrer, 2004: 19.

3 Lagoni, 2006: 9.

4 *Idem*.

5 *Idem*.

Em 1797 o critério de classificação do *Green Book* foi alterado no sentido de atribuir a classe de um navio baseado tão somente no ano em que foi construído e o seu local de construção, o que gerou conflitos entre os construtores e proprietários do norte e do sul do Reino Unido, sob alegação de discriminação na classificação segundo a origem do navio<sup>6</sup>. Em decorrência disso, foi criado o *The New Register Book of Shipping*, também conhecido como *Red Book*, publicado por uma sociedade de proprietários de navios em 1799. O mercado, contudo, não suportaria dois registros independentes. Depois de 35 anos de forte concorrência entre ambos os registros, surgiu a *Lloyd's Register of British and Foreign Shipping* em 1834, conhecida hoje como *Lloyd's Register of Shipping* (LR), voltada não só para seguradoras, mas para o atendimento de toda a comunidade marítima<sup>7</sup>.

Em sua classificação havia a discriminação das informações dos navios distribuídas em 11 colunas, a conter o nome e descrição do navio, o nome de seu capitão, a sua tonelagem, o porto e o ano de sua construção, o nome do proprietário, o porto de registro, a sua classificação (se já atribuída), o porto onde a inspeção foi realizada, bem como uma breve descrição dos materiais utilizados em sua construção e reparos executados. Em sua reimpressão, em 1838, todas as classificações que não foram realizadas por um inspetor exclusivo da LR foram omitidas, uma vez que apenas o comitê da sociedade, e não a pessoa que inspeciona o navio, teria o poder para atribuir-lhe uma classe. A sociedade edita as suas próprias regras que são baseadas nas recomendações de seu *Committee of Inquiry* e mantém esta forma de atuação até os dias de hoje.

A primeira sociedade de classificação de navios nestes padrões, todavia, não foi a LR, mas a *Bureau Veritas* (BV), constituída em Antuérpia em 1828 e transferida para Paris em 1832. A sua constituição se assemelha à da *Lloyds Register*, no sentido de ter decorrido de impulsos de seguradores, apesar de destacar em sua constituição também o seu auxílio para os proprietários/armadores e comerciantes<sup>8</sup>.

---

6 Lagoni observa, por exemplo, que a um navio construído no Tâmisia era atribuída uma classe pelo período de 30 anos, enquanto a um navio construído em um porto do norte do Reino Unido só era permitido a manutenção de sua classe pelo período de 8 anos (Lagoni, 2006: 10).

7 Lagoni, 2006: 10.

8 Raposo, 2002: 600.

Com o passar dos anos surgiram várias outras sociedades<sup>9</sup> a acompanhar o desenvolvimento de técnicas e regras de segurança marítima em sede internacional, que vieram a engendrar uma forte concorrência no mercado mundial. Observa Mário Raposo<sup>10</sup>, todavia, que, apesar do crescimento desta atividade, tendo em vista que em quase todos os países de algum relevo marítimo existam sociedades de classificação<sup>11</sup>, a primazia entre estas sociedades se deve à apenas três delas, a *Lloyd's Register of Shipping* (LR), a *Bureau Veritas* (BV) e a *American Bureau of Shipping* (ABS)<sup>12</sup>.

Em resposta ao surgimento desta concorrência, as sociedades mais tradicionais criaram em 1968 a *International Association of Classification Societies* (IACS), de modo a harmonizar as diferentes regras de classificação existentes, bem como para aconselhar a Organização Marítima Internacional (OMI) em matéria de segurança marítima<sup>13</sup>. Hoje a IACS é responsável pela segurança dos navios que transportam mais de 90% da tonelagem mundial de mercadorias<sup>14</sup>.

## 1.2. Funções das sociedades de classificação

A função primordial exercida por tais sociedades é a classificação de navios, que consiste em: (1) realizar uma revisão técnica dos projetos de design e documentos relacionados para a construção de novos navios, de modo a verificar o atendimento às regras de segurança aplicáveis; (2) participar no processo construtivo do navio junto ao estaleiro por meio da presença de um de seus inspetores (*surveyors*) para verificar se o navio está sendo construído de acordo

---

9 Destaque também para a *Registro Navale Italiano (RINA)*, criada em 1861, a *Det Norske Veritas (DNV)*, criada em 1864 na Noruega, a *Germanischer Lloyd* (Hamburgo, 1867), e a *Nippon Kaiji Kyokai (ClassNK)*, a *Korean Register of Shipping (KRS)* a *China Classification Society (CCS)*, e a *Russian Maritime Register of Shipping (RS)* (Basedow & Würmnest, 2008: 283).

10 Basedow & Würmnest, 2008: 283.

11 Nesse sentido, anota FERRER que existiam 12 sociedades em 1948 e que, atualmente, este número cresceu para mais de 50 em decorrência dos efeitos da política internacional de segurança marítima. Registra, ainda, que as principais sociedades possuem delegações ou representações em centenas de países (Ferrer, 2004: 21, notas 18 e 19).

12 Sociedade norte-americana, criada em 1862 inicialmente para tornar público o recrutamento do melhor pessoal do mar e tornada em sociedade de classificação no início do século XX (Raposo, 2002: 600).

13 Ferrer, 2004: 21. O papel consultivo perante a OMI foi reconhecido em 1969 e a instituição é até hoje a única organização não-governamental com o *status* de observador que é capaz de desenvolver e aplicar regras na OMI (IACS, 2011: 6).

14 IACS, 2011: 1.

com os projetos de design aprovados e com as respectivas normas de classificação; (3) participar no processo construtivo por meio da presença de seu(s) inspetor(es) nas relevantes instalações de produção que forneçam componentes essenciais como aço, motores, geradores e fundições, de modo a verificar se o componente se encontra em conformidade com os requisitos das normas aplicáveis; (4) participação nos testes em mar e outros testes relacionados ao navio e seus equipamentos antes de sua entrega por meio da presença de seu(s) inspetor(es) para a verificação de sua conformação com as regras aplicáveis; (5) depois de atendidos os requisitos *supra* de forma satisfatória, a pedido do construtor naval/proprietário do navio, poderá atribuir uma classe ao navio e emitir uma notação de classificação; (6) uma vez em serviço, o proprietário deverá submeter o navio a um programa claramente especificado de inspeções periódicas de classe, realizadas a bordo do navio, para verificar se o navio continua a atender os requisitos legais para a manutenção de sua classe<sup>15</sup>.

Portanto, o processo de classificação consiste, basicamente, no desenvolvimento de normas e critérios voltados para o design e construção de navios e seus equipamentos; a revisão acerca do cumprimento destas normas; a atribuição e registro de uma classe, se estas normas forem atendidas; e a emissão de um certificado renovável se tais condições se mantiverem ao longo do tempo, podendo, certamente, retirar a classificação atribuída nas hipóteses em que seus requisitos não sejam mais cumpridos.

Contudo, essa atuação poderá ter uma natureza de âmbito privado ou público, a depender das peculiaridades de cada classificação. Isso porque, a classificação de navios poderá decorrer tanto de um contrato privado realizado para a construção e classificação de um navio, como poderá decorrer de uma atribuição dada por um órgão público às sociedades de classificação para a verificação do atendimento das normas de segurança marítima existentes.

Neste pormenor, embora o processo de classificação seja governado pelo Direito Privado e encontre a sua base em um contrato privado celebrado entre a sociedade de classificação, o construtor naval e o proprietário do navio, as sociedades de classificação realizam também atividades em atendimento às autoridades públicas por meio de inspeções estatutárias (*statutory surveys*). Estas inspeções são realizadas em nome do Estado de bandeira e voltadas à verificação do atendimento das normas internacionais e nacionais de segurança da navegação e prevenção de poluição marinha. A sua realização é feita por

---

15 IACS, 2011: 7; Lagoni, 2006: 6.

meio de um contrato celebrado entre a sociedade de classificação e o Estado de Bandeira, que é regulado por meio do Direito Público<sup>16</sup>.

Desse modo, há duas prestações completamente distintas realizadas pelas sociedades de classificação, uma de natureza privada e outra relacionada ao exercício de uma função pública<sup>17</sup>, que poderão resultar em cenários distintos na aferição da responsabilidade destas sociedades diante de poluição causada por navios inspecionados. Portanto, serão tratadas especificamente cada uma destas funções de maneira pormenorizada, de modo que utilizar-se-á o termo “classificação” para o exercício da função privada e “certificação” para o exercício de sua função pública.

### 1.2.1. Prestações de natureza privada: contratos de classificação

Como observado, o processo de classificação é realizado por meio da celebração de um contrato entre a sociedade de classificação, o construtor naval e o proprietário do navio, em cuja celebração é pautada por um regime puramente privado e voltado para a prestação de múltiplas atividades que vão desde consultas à assistência técnica e à certificação técnico-industrial.

Poder-se-ia, portanto, separar as prestações das sociedades de classificação, em seu caráter privatístico, em três etapas: (1) quando da construção e reforma do navio; (2) no acompanhamento de sua exploração comercial, por meio de suas inspeções, geralmente quinquenais; e (3) na avaliação do navio diante de situações de compra e venda<sup>18</sup>.

Essas atividades são regulamentadas por normas internas editadas por cada sociedade de classificação para a atribuição de sua notação, conforme as suas

---

16 Lagoni, 2006: 8; Basedow & Würmnest, 2008: 278.

17 Nesse sentido, explicam Basedow & Würmnest que *“the private function of classification societies is grounded in a contractual relationship between the classification society and the shipowner or a shipyard. Their public function is mandated by national authorities which have entrusted these organisations with carrying out surveys in order to issue statutory certificates which are necessary to operate the ship, such as the Load Line Certificate and the safety Management Certificate”* (Basedow & Würmnest, 2008: 278-279, nota 2).

18 Este é o caso mais frequente de *Additional Surveys*, em que, diante da venda de um navio usado, o proprietário normalmente recorre a uma sociedade de classificação para a emissão de um certificado que confirme que o navio permanece com a mesma notação de sua classificação. Esta prática é comum no Ocidente, onde os contratos de compra e venda de navios são regularmente celebrados conforme a cláusula 11 do *Norwegian Saleform* (*Norwegian Shipbrokers’ Association’s Memorandum of Agreement for sale and purchase of ships*), adotado pela *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO) em 1956, que estabelece que o comprador somente será obrigado a aceitar o navio e pagar o montante acordado se o vendedor emitir uma confirmação que o navio atende a sua classe sem limitações (Lagoni, 2006: 16/17; Basedow & Würmnest, 2008: 278).

peculiaridades. Registra-se, no entanto, que em atendimento à Convenção Internacional das Linhas de Carga de 1930<sup>19</sup>, que recomendava a colaboração entre as sociedades de classificação para garantir a maior uniformidade possível na aplicação de suas normas, as sociedades passaram a unificar as suas normas, o que redundou na criação da IACS, e na uniformização destas normas entre os seus associados. Desse modo, embora a sua atividade seja exercida por meio de uma auto-regulação, a mesma é uniformizada, ao menos, para a parcela significativa do transporte mundial, dado o fato da IACS atender a mais de 90% da frota mundial.

Quanto a natureza jurídica do contrato de classificação de navios, a mesma deverá ser verificada a partir dos deveres contratuais presentes na relação jurídica celebrada entre a sociedade de classificação e o proprietário do navio e/ou o construtor naval.

Em relação aos deveres contratuais das sociedades de classificação, a jurisprudência norte-americana é farta, no qual ficou reconhecido pela *New York Federal Court*, no caso *The Continental Insurance Co v. Daewoo Shipbuilding*, incluir, além dos termos do contrato, o dever de cuidado (*due of care*) em reexaminar os desenhos e inspecionar o trabalho de construção antes de emitir os certificados que reconhecem o atendimento de suas regras<sup>20</sup>.

No caso *Great American Insurance Co. v. Bureau Veritas* (“*The Great American*”), dois deveres decorrentes da inspeção e classificação de navios foram reconhecidos: (1) inspecionar e classificar o navio conforme as regras e padrões estabelecidos e promulgados pela sociedade para aquele propósito; (2) o dever de cuidado (*due of care*) na identificação de defeitos no navio em sua inspeção e de informá-los imediatamente ao proprietário e fretador<sup>21</sup>.

Vê-se, portanto, que a obrigação da sociedade de classificação é, sobretudo, consultiva, no qual tais sociedades aconselham o construtor naval e o proprietário do navio acerca de suas normas de segurança e verificam o seu atendimento<sup>22</sup>.

Desse modo, por não haver a transmissão de um bem, não há se falar em contrato de compra e venda nem em locação. Também não há se falar em contrato de mandato, posto que o *expert* não representa o seu contratante, mas realiza

---

19 Em Portugal essa convenção foi aprovada e transcrita pelo Decreto-Lei n.º 49209/69.

20 Nesse sentido, veja-se: Durr, 2011.

21 *Idem*.

22 Ferrer, 2004: 100; Commaret, 2009: 24.

seus atos por conta própria. Michel Ferrer entende se tratar de uma obrigação de fazer, a ser executada por um agente independente (sem subordinação), cujas obrigações são bem delimitadas pelo contrato em prestações sucessivas voltadas à construção, manutenção, reparação e transmissão do navio, o que o leva a concluir, em conformidade com o entendimento dos professores Rodière e Remond-Gouilloud, se tratar de um contrato de empreitada intelectual<sup>23</sup>.

Fala-se em empreitada intelectual por se tratar de uma obrigação pela qual não há a execução de atos materiais como a construção e reparação do navio, mas sim, atos intelectuais como consulta, inspeção e a prestação de informações relacionados à execução destes atos<sup>24</sup>.

No direito português, esta modalidade contratual se apresenta enquanto integrada no gênero de prestação de serviços (arts. 1154 e seguintes do Código Civil), que abrange os contratos de mandato, depósito e empreitada.

A sua definição se encontra no disposto do art. 1207, do Código Civil que define empreitada como sendo o contrato pelo qual alguém se compromete a realizar certa obra mediante um preço. Portanto a distinção desta espécie contratual da prestação de serviços atípica está em seu objeto, qual seja, a realização de uma obra<sup>25</sup>. Esta prestação é tradicionalmente qualificada enquanto uma obrigação de resultado no sistema lusitano<sup>26</sup>.

No que tange propriamente à empreitada intelectual, o direito português se distingue do direito francês (art. 1710, *Code Civil*), em cujo sistema reconhece-se enquanto empreitada também a realização de obras exclusivamente intelectuais, bem como a prestação de serviços com vista a um resultado. No sistema português, por outro lado, o art. 1207, do CC é mais restrito que

---

23 Ferrer, 2004: 100.

24 Nesse sentido, Ferrer: *“Les sociétés de classification ne fournissent que des prestations des services. Elles ne vendent ni ne transfèrent aucun produit ni matériau. Le caractère unique de l’objet de la prestation facilite la qualification de ce contrat dont les obligations sont simples. Contrairement à certains contrats que portent sur la construction d’un immeuble, la fabrication ou la construction constituant l’objet même du contrat, la distinction, entre vente de chose future et contrat d’entreprise, s’avère difficile. Après certains tâtonnements la jurisprudence pose le critère du «travail spécifique»: Il y a contrat d’entreprise lorsque le professionnel «réalise un travail spécifique en vertu d’indications particulières”*. Ferrer, 2004: 101, nota 336, com base na jurisprudência da *chambre commerciale de la cour de cassation*, de 4 de Julho de 1989, Dalloz Affaires, 1990: 246.

25 Romano Martinez, 1994: 26-30; Menezes Leitão, 2008: 503.

26 Menezes Leitão, 2008: 506; Pereira de Almeida, 1983: 8. No direito francês, por outro lado, a jurisprudência tradicionalmente interpretava a obrigação contratual das sociedades de classificação como sendo de meio, embora tal entendimento tenha sido alterado no caso *Elodie II* (Commaret, 2009: 25-27; Boisson, 1995: 109).

o sistema francês ao limitar seu objeto para a realização de obras, tão somente, em que resulte um bem corpóreo.

No regime português, inclusive, houve uma controvérsia acerca da possibilidade ou não de se incluir a obra intelectual como objeto do contrato de empreitada. Menezes Leitão observa que esta questão foi trazida na resolução de um litígio pelo STJ em 3 de novembro de 1983, acerca da natureza jurídica de um contrato onde uma empresa se obrigara a realizar uma série de doze programas de televisão para a Rádio Televisão Portuguesa. Em sua decisão o STJ entendeu que, apesar da obra intelectual não se inserir no âmbito do contrato de empreitada, posto que o mesmo exige a realização de uma obra corpórea, considerou que, se da prestação intelectual se materializar algo corpóreo, ainda que a prestação intelectual seja consideravelmente superior, há de se reconhecer o contrato enquanto empreitada<sup>27</sup>.

Desse modo, reconhecendo-se que as obrigações contratuais das sociedades de classificação são prestações intelectuais sucessivas voltadas à construção, manutenção, reparação e transmissão de um navio, que é um bem móvel corpóreo, há de se reconhecer, portanto, a sua natureza jurídica enquanto sendo um contrato de empreitada também no direito português.

Posto isto, resta agora saber se, no plano de seus efeitos, este contrato seria em favor de terceiros ou não. Isso porque, reconhecendo-se que a finalidade das prestações efetuadas pelas sociedades de classificação é voltada para a segurança no mar e a prevenção de poluição, há de se verificar se esta prestação seria em benefício de terceiros, reconhecidamente as vítimas potenciais de eventos decorrentes de acidentes marítimos.

Conforme estabelece o art. 443, do CC, haverá um contrato em favor de terceiro quando duas pessoas celebram entre si um contrato em nome próprio, com o fim de proporcionar diretamente uma vantagem a terceiro estranho ao negócio jurídico<sup>28</sup>. Portanto, enquanto elementos constitutivos desse instituto identificam-se: (1) a necessidade de se existir um contrato entre duas pessoas, o promitente, que se obriga a uma prestação perante o promissário em favor de um terceiro; e o promissário, que, sem ter representação do terceiro beneficiado, contrata em seu favor; (2) a identificação do benefício, enquanto objeto imediato do contrato, que venha a representar um direito novo para o terceiro beneficiado, independentemente de ser patrimonial ou não; (3) a designação

---

27 Menezes Leitão, 2008: 511-512.

28 Galvão Telles, 1980: 100; Papaleo, 2000: 4.

do terceiro beneficiado<sup>29</sup> e; (4) a gratuidade da prestação, ou seja, a não exigência de uma contraprestação do beneficiário<sup>30</sup>.

Ora, em se tratando do contrato de classificação não há em se falar, portanto, em contrato em favor de terceiros, uma vez que o benefício decorrente do contrato celebrado entre o proprietário do navio e a sociedade de classificação decorre de uma obrigação prévia do promissário, que é a de garantir a navegabilidade e segurança da embarcação. Desse modo, não há direito novo em favor de um terceiro (leia-se, a comunidade internacional), mas um direito pré-existente que é o de não arcar com as externalidades negativas de uma atividade pela qual não auferiu lucro.

Pelo exposto, há de se reconhecer que o contrato de classificação é um contrato de empreitada, cujos efeitos se limitam às partes contratantes, embora a sua fiel execução possa vir a repercutir na esfera jurídica da coletividade. Assim, diante da verificação de um ilícito na execução do contrato, a sua responsabilização se dará conforme os pressupostos da inexecução de um contrato de empreitada.

### **1.2.2. Prestações de natureza pública: certificação de navios**

No âmbito de sua atuação pública, ou seja, no exercício de inspeções em nome do Estado de bandeira, a atuação das sociedades de classificação é regulada por uma série de normas internacionais, comunitárias, nacionais e até mesmo técnicas (auto-regulação por órgãos e associações internacionais), voltadas à segurança marítima.

Internacionalmente, a base legal para o seu tratamento se encontra consubstanciada nas Convenções internacionais de Linhas de Carga, de 1966 (LC 66); para Salvaguarda da Vida Humana no Mar, de 1974, e suas emendas (SOLAS 74<sup>31</sup>); bem como na Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL), de 1973, e o seu protocolo de 1978<sup>32</sup>.

---

29 Nos termos do art. 445, do CC, a promessa poderá ser feita em favor de terceiro indeterminado ou no interesse público (Romano Martinez, 2004: 184).

30 Por todos, Papaleo, 2000: 4-6.

31 Aprovada por Portugal por meio do Decreto do Governo n.º 79/83, de 14 de outubro e regulamentada por meio do Decreto-Lei n.º 106/2004, de 8 de maio. Aprovou, ainda, por meio de seus Decretos n.º 78/83, de 14 de outubro, e n.º 51/99, de 18 de setembro, a adesão aos Protocolos de 1978 e de 1988 da referida convenção, bem como a adesão às emendas sobre o Sistema Mundial de Socorro e Segurança Marítima e para a introdução dos novos capítulos IX, X, e XI, respectivamente pelos Decretos n.ºs 40/92, de 2 de outubro e 21/98, de 10 de julho (Costa Gomes, 2010: 233).

32 Aprovado por Portugal pelo Decreto do Governo n.º 25/87, 10 de julho (Costa Gomes, 2010: 913).

A MARPOL, por meio de seu art. 5, introduz as normas para a expedição de certificados e inspeção de navios, no qual estabelece que um certificado emitido sob a autoridade de uma das partes na convenção será aceito pelas outras como tendo a mesma validade de um certificado emitido por elas. Estabelece, ainda, que um navio obrigado a possuir um certificado estará sujeito a inspeções.

A LC 66 e a SOLAS 74 se encarregam das normas técnicas a serem adotadas pelos navios. Por meio da SOLAS 74, há a definição para a adoção por parte dos Estados contratantes das normas mínimas de segurança para a construção, a equipagem e a exploração de navios. No que tange às sociedades de classificação, esta convenção as elege enquanto entidades intervenientes no processo de certificação e fiscalização técnica das condições de segurança dos navios realizada pelos Estados do Porto no exercício do *Port State Control*<sup>33</sup>.

As atividades de inspeção e vistoria estão regulamentadas pela regra n.º 6, do capítulo 1.º, parte B, da convenção, no qual dispõe que a inspeção e vistoria de navios, no que diz respeito à aplicação das disposições de suas regras, devem ser efetuadas por funcionários do país em que o navio está registrado, “*podendo o Governo de qualquer país nomear para tal efeito inspectores idóneos ou delegar tais funções em organismos por ele reconhecidos. Em qualquer destes casos o Governo respectivo garante a integridade e a eficiência da inspeção e vistoria*”<sup>34</sup>. Vê-se neste dispositivo o fundamento legal para a delegação das atividades de inspeção e certificação estatais para as sociedades de classificação.

Em âmbito comunitário foi adotada a Diretiva n.º 94/57/CE, do Conselho, de 22 de novembro<sup>35</sup>, relativa às regras comuns para o reconhecimento das organizações de vistoria e inspeção dos navios que, por sua vez, foi alterada pela Diretiva n.º 97/58/CE, da Comissão, de 26 de setembro, no sentido de incorporar em seu anexo as disposições da Resolução A.789 (19), da Organização Marítima Internacional (OMI)<sup>36</sup>. Em resposta aos incidentes com grande repercussão ocorridos no continente europeu, foram adotadas, ainda, as alterações trazidas pela Diretiva n.º 2001/105/CE, do Parlamento Europeu

33 Costa Gomes, 2010: 233.

34 Cfr. Convenção de Salvaguarda da Vida Humana no Mar, de 1974, disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/49/decretopr172-1.asp>, (acesso em 15.jun.2011).

35 Transposta para o Direito português por meio do Decreto-Lei n.º 115/96, de 6 de agosto (Costa Gomes, 2010: 261).

36 Transposta para o Direito português por meio do Decreto-Lei n.º 403/98 que, por sua vez, alterou o Decreto n.º 115/96, de 6 de agosto (Costa Gomes, 2010: 261).

e do Conselho, de 19 de dezembro, com alterações introduzidas pela Diretiva n.º 2002/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de novembro<sup>37</sup>.

Esta Diretiva institui as medidas a serem respeitadas pelos Estados membros da União Europeia e pelas organizações que se ocupam das inspeções, vistorias e certificação de navios, com vistas a uniformizar as atividades de vistoria e inspeção voltadas à segurança marítima delegadas a organizações não governamentais.

Já em seu artigo 2.º, a Diretiva 94/57/CE delimita as definições trazidas em seu texto, no qual reconhece por «organização», *“as sociedades de classificação ou outros organismos privados que procedam à avaliação dos níveis de segurança por conta de uma administração”*, «certificado», *“o certificado emitido por um Estado-membro ou em seu nome em conformidade com as convenções internacionais”* e «certificado de classificação» como *“o documento emitido por uma sociedade de classificação, comprovativo da adaptação estrutural e mecânica de um navio a uma determinada utilização ou serviço, em conformidade com as regras e regulamentações emitidas e publicadas por essa sociedade”*<sup>38</sup>.

Os Estados membros, nos termos do art. 3.º, deverão agir em conformidade com a Resolução A.847 (20) da OMI, relativa às diretrizes para assistência aos Estados de bandeira na aplicação de seus instrumentos e, sempre que, em relação aos navios que arvoem o seu pavilhão, autorizar ou confiar a realização total ou parcial de inspeções e vistorias relacionadas com a emissão ou prorrogação de certificados por organizações, as mesmas deverão ser reconhecidas nos termos do art. 4.º da Diretiva, que estabelece os requisitos a serem adotados por tais organizações para proceder com esta atividade.

O art. 6.º(1) da Diretiva classifica a relação entre a administração competente e as organizações que atuem em seu nome como sendo uma relação de trabalho<sup>39</sup> que, nos termos de seu n.º 2, *“será regida por um acordo formal, escrito e não discriminatório, ou relação jurídica equivalente, que estabeleça quais as tarefas e funções específicas assumidas pelas organizações”*. Este dispositivo afasta

---

37 Transposta para o Direito português por meio do Decreto-Lei n.º 321/2003, de 23 de dezembro (Costa Gomes, 2010: 261).

38 Costa Gomes, 2010: 1097.

39 Quanto ao termo “relação de trabalho”, a tradução portuguesa da Directiva é confirmada pelas versões francesa e inglesa que a reconhecem como sendo *“relation de travail”* e *“working relationship”*, de maneira que não restam dúvidas quanto a sua natureza jurídica indicada pela *mens legis* (Directiva n.º 94/57/CE do Conselho, de 12 de novembro, visualização bilingue, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu> (acesso em: 01.jul.2011)).

quaisquer dúvidas acerca da natureza jurídica do contrato celebrado entre o Estado e as sociedades de classificação que, apesar de se assemelhar a um contrato de mandato (art. 1157, CC), não o é.

Vê-se, portanto, que diferentemente das prestações de natureza privada, a relação jurídica nas prestações de natureza pública pressupõe a existência de subordinação das sociedades de classificação perante o Estado contratante. Nesse pormenor, o professor Ignacio Arroyo destaca que o valor oficial dos certificados emitidos pelas organizações reconhecidas compete às autoridades governamentais, de maneira que o certificado se apresentaria apenas como prova *iuris tantum* da navegabilidade do navio<sup>40</sup>.

Não obstante, esta relação terá de ser regida conforme as disposições de responsabilidade financeira inseridas na alínea (b), do n.º 2 do artigo 6.º da Diretiva, que estabelece que a responsabilidade por qualquer incidente que for imputada à administração por sentença transitada em julgado proferida por um órgão competente por perdas e danos materiais, danos pessoais ou morte, juntamente com um requerimento de indenização das partes prejudicadas, em que tiver sido provado que tais prejuízos tenham sido causados por ato voluntário, omissão ou negligência grave da organização reconhecida ou de seus subordinados, a administração terá direito a indenização financeira por parte destas organizações, na medida em que as referidas perdas tenham sido causadas pela organização reconhecida, de acordo com a decisão deste órgão jurisdicional.

Esta responsabilização financeira poderá ser limitada. A Diretiva reconhece que os Estados-membros *poderão* limitar a responsabilidade das organizações reconhecidas, o qual, contudo, não deverá ser inferior a 4 milhões de euros, nos casos de danos pessoais ou morte, juntamente com requerimento de indenização das partes prejudicadas em que haja o reconhecimento na sentença de que tais danos foram causados por negligência, ato imprudente ou por omissão destas organizações<sup>41</sup>. Já nos casos de danos materiais, juntamente com o requerimento de indenização das partes prejudicadas, o piso indenizatório não poderá ser inferior a 2 milhões de euros<sup>42</sup>.

Em Portugal, esta Diretiva, juntamente com as Diretivas n.ºs 2001/105/CE, de 19 de Dezembro, e 2002/84/CE, de 5 de novembro, do Parlamento e do

---

40 Arroyo, 2002: 122.

41 Art. 6.º, 2(b)(ii), da Diretiva 94/57/CE (Costa Gomes, 2010: 1099).

42 Art. 6.º, 2(b)(iii), da Diretiva 94/57/CE (Costa Gomes, 2010: 1099).

Conselho Europeu, respectivamente, foram transpostas pelo DL n.º 321/2003, de 23 de Dezembro, com o objetivo de estabelecer dentro do regime português as normas relativas ao reconhecimento prévio e acompanhamento da atividade das organizações reconhecidas para “realizar as inspeções, aprovação de planos e esquemas, realização de provas e ensaios e aprovação de caderno de estabilidade, vistorias e auditorias a navios de pavilhão nacional, sem prejuízo do disposto no DL n.º 167/99, de 18 de Maio, sobre equipamentos marítimos”<sup>43</sup>.

Nos termos do art. 4.º, do DL n.º 321/2003, a entidade habilitada para a realização direta dos atos e operações de inspeção e vistoria será o *Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos* (IPTM) ao qual compete a delegação dessa atribuição para as organizações previamente reconhecidas nos termos de seus artigos 7.º e 8.º, que estabelecem os processos ordinário e especiais de reconhecimento e sua renovação.

Pelo procedimento ordinário (art. 7.º), uma organização ainda não reconhecida pode apresentar um pedido de reconhecimento ao IPTM por meio da comprovação de seu atendimento aos critérios estabelecidos no Anexo I do DL n.º 321/2003, juntamente com os requisitos e compromissos de que cumprem as alíneas *c*)<sup>44</sup>, *e*)<sup>45</sup>, *g*)<sup>46</sup>, *h*)<sup>47</sup> e *i*)<sup>48</sup>, do art. 12.º, do presente diploma,

43 Art. 1.º do DL n.º 321/2003, de 23 de dezembro (Costa Gomes, 2010: 262).

44 “Demonstrar o seu desejo de cooperar com as administrações de controlo do Estado do porto sempre que esteja em causa um navio por elas classificado, em especial, de modo a facilitar a rectificação de anomalias ou outras discrepâncias detectadas” (Costa Gomes, 2010: 266).

45 “Comunicar ao sistema de informações SIRENAC as informações sobre transferências, mudanças e suspensões de classe e desclassificações, incluindo informações sobre todos os atrasos na execução das vistorias ou na aplicação das recomendações, condições de classe, condições operacionais e restrições operacionais determinadas para os navios por elas classificados, independentemente do seu pavilhão” (Costa Gomes, 2010: 266/267).

46 “Abster-se de emitir certificados para navios que tenham sido desclassificados ou que tenham mudado de classe por razões de segurança sem prévia consulta ao IPTM sobre a necessidade de proceder a uma inspeção completa” (Costa Gomes, 2010: 267).

47 “Em caso de transferência da classificação de uma organização reconhecida para outra, a primeira deve comunicar à nova organização todos os atrasos na execução das vistorias ou na aplicação das recomendações, condições de classe, condições operacionais e restrições operacionais determinadas para o navio. A nova organização só pode emitir certificados para o navio quando todas as inspeções em atraso tiverem sido executadas de modo satisfatório e todas as recomendações e condições de classe previamente determinadas para o navio e ainda não observadas tiverem sido aplicadas de acordo com o especificado pela primeira organização. Antes da emissão dos mesmos e confirmar as datas, locais e medidas para dar uma resposta adequada aos atrasos na execução das vistorias e na aplicação das recomendações e condições de classe” (Costa Gomes, 2010: 267).

48 “As organizações reconhecidas devem cooperar entre si com vista à correcta aplicação do disposto na alínea anterior” (Costa Gomes, 2010: 267).

que, por sua vez, se desejar conceder uma autorização, deverá apresentar o pedido de reconhecimento à Comissão (art. 7.º(2)), que será responsável pela condução do processo e da tomada de decisão, nos termos do procedimento comunitário aplicável (art. 7.º(3)).

No que tange aos processos especiais de reconhecimento (art. 8.º), poderá o IPTM submeter à Comissão os pedidos de organizações que satisfaçam todos os critérios estabelecidos no Anexo I, com exceção dos n.ºs 2 e 3, da Seção A. O procedimento se assemelha ao procedimento ordinário (art. 7.º(1)), com a ressalva que a sua autorização será limitada em 3 anos, renováveis desde que demonstrados o atendimento aos requisitos do art. 7.º(1) e o seu desempenho em matéria de segurança e prevenção de poluição. O reconhecimento especial apenas produzirá efeitos no território português.

Depois de aceitos pela Comissão, as organizações reconhecidas deverão celebrar um acordo prévio, formal e escrito, com o ministério que tutela o setor de segurança das embarcações para que as mesmas estejam autorizadas a efetuar os atos previstos no Decreto Lei. Registra-se, no entanto, que o IPTM poderá recusar-se, com base num parecer do Registro Internacional de Navios da Madeira (MAR), se entender que os acordos existentes asseguram a cobertura da frota nacional convenientemente<sup>49</sup>. Nota-se neste dispositivo o poder arbitrário do IPTM para o reconhecimento das sociedades certificadoras autorizadas a atuar em nome do Estado português.

No que tange à responsabilização das organizações reconhecidas, o DL n.º 321/2003 confirma em seu art. 11.º o disposto no art. 6.º da Diretiva n.º 94/57/CE, com o reconhecimento de que o Estado terá direito a indenização ou compensação financeira das organizações reconhecidas quando à ele for imputada a responsabilidade de um incidente por sentença transitada em julgado nos termos de suas subalíneas (a)i), (a)ii) e (a)iii), reconhecendo-se, também, a possibilidade do ministro com tutela da segurança marítima limitar essa responsabilidade nos termos de sua alínea (b).

Veja-se, portanto, que no sistema português a responsabilidade contratual das sociedades de classificação no exercício de suas funções públicas será verificada por meio do exercício do direito de regresso por parte do Estado, condenado por decisão transitada em julgado, conforme o previsto no art. 11(a), do DL n.º 321/2003. Ademais, no que concerne a sua limitação de responsabilidade, competirá ao Estado, no exercício de seu poder arbitrário, decidir

---

49 Art. 9.º do DL n.º 321/2003, de 23 de dezembro (Costa Gomes, 2010: 265).

quanto a sua aplicabilidade na pessoa do ministro com a tutela para a segurança marítima, uma vez que o dispositivo legal traz em seu enunciado o termo “*pode*” em vez de “*deve*”.

### 1.3. Responsabilidade civil das sociedades de classificação

Estabelecidas a base legal e natureza jurídica das distintas prestações exercidas por tais sociedades, resta analisarmos suas conseqüências no plano da responsabilidade civil, no qual se faz necessário distinguir os seus efeitos no plano da responsabilidade contratual e perante terceiros, diante de sua responsabilidade extracontratual.

Os mecanismos de aferição desta responsabilidade são distintos, conforme o sistema jurídico em que os casos são apreciados. Em razão das principais sociedades de classificação ser de origem inglesa, francesa e norteamericana, o desenvolvimento jurisprudencial destes países tem orientado o tratamento desta matéria no resto do mundo, ainda que de maneira não uniforme, motivo pelo qual buscaremos analisar a forma como os órgãos jurisdicionais destes países têm tratado a questão da responsabilidade das sociedades de classificação.

#### 1.3.1. Responsabilidade contratual

No plano da responsabilidade contratual das sociedades de classificação, ultrapassadas as questões de sua responsabilidade no exercício de sua função privada ser regulada conforme o contrato de empreitada e a sua responsabilidade no exercício de sua função pública ser regulada conforme o art. 11.º, do DL n.º 321/2003, o principal elemento discutido é acerca da legalidade ou não das cláusulas de limitação/exoneração de responsabilidade existentes em seus regulamentos.

Vidal Júnior, já em 1929, observava a tentativa por parte destas sociedades em excluir a sua responsabilidade de fatos decorridos de navios por si inspeccionados ao analisar a legalidade das cláusulas de exclusão de responsabilidade inseridas nos estatutos da *LR* e da *BV*, em que buscavam isentar as sociedades de classificação de qualquer responsabilidade por prejuízos causados a terceiros ou às partes em contrato<sup>50</sup>. Com base na jurisprudência francesa da época,

---

50 “As duas sociedades de classificação *Bureau Veritas* e *Lloyds Register*, mais conhecidas na marinha mundial pela sua enorme importancia e influencia no comercio marítimo, têm nos seus estatutos inserida a seguinte clausula: «*Bem entendido, que nem a intervenção da sociedade para a vigilancia na construção e recepção dos materiaes, nem a sua opinião sobre os navios, opinião exprimida pelos symbolos ou marcas de classificação, não podem em nenhum caso ser objecto duma acção em justiça contra a sociedade e exigir a*»

o autor demonstra o entendimento do *Cour de Cassation* quanto a nulidade destas cláusulas de exoneração<sup>51</sup>.

Nota-se ainda hoje que esta prática se perpetua no sentido das sociedades estabelecerem em suas normas cláusulas de limitação de responsabilidade e de eleição de legislação e jurisdição aplicáveis para a resolução de eventuais conflitos relacionados à aplicação de suas normas perante terceiros não contratantes. Exemplo disso é a Seção 5 das Regras Gerais da *Det Norske Veritas* (DNV), que estabelece em seu art. A101, que a sua responsabilização por danos causados a terceiros por negligência ou omissão não poderão ultrapassar o montante superior a dez vezes o valor cobrado pelo serviço de classificação dentro do *plafond* de 2 milhões de dólares<sup>52</sup>. Na mesma Seção, estabelece que a lei aplicável para a interpretação de suas normas, da classificação de navios e da relação da DNV com qualquer parte, será a norueguesa (art. A301) e, para tanto, elege em seu art. A401, o foro do Município de Oslo, Noruega, enquanto jurisdição exclusiva para a interpretação de suas normas.

A *Bureau Veritas* (BV), por sua vez, tem na regra 19 de seu Regulamento, no que tange à construção de navios de aço a seguinte cláusula<sup>53</sup>:

*(...) fica bem entendido que nem a intervenção da BV na fiscalização da construção e na recepção dos materiais, nem a sua opinião sobre os navios (...) podem ser, de modo algum, causa de reclamação contra o BV e implicar a sua responsabilidade, ainda que essa sua intervenção ou opinião seja controvertida pelos interessados. Embora tenha o maior cuidado na redação do Registro, o BV declina qualquer responsabilidade por erros ou omissões que possam aparecer nessa publicação ou nos seus suplementos, bem como*

---

*sua responsabilidade, ainda que a sua intervenção ou a sua opinião possa ser discutida pelos interessados. Ainda que o maior cuidado exista na redação do registro, a sociedade declina toda a responsabilidade por erros ou omissões que possam existir no registro ou seus suplementos, assim como nos relatórios ou certificados passados pela administração ou pelos seus delegados. Declinam ainda toda a responsabilidade por erros de declaração, faltas ou negligências que possam ser cometidas pelo seu pessoal técnico ou administrativo ou pelos seus agentes»* (Vidal Junior, 1929: 169).

51 Vidal Junior, 1929: 170-172.

52 *"If any person suffers loss or damage which is proven to have been caused by any negligent act or omission of the Society, then the Society shall pay compensation to such person for his proven direct loss or damage. However, the compensation shall not exceed an amount equal to ten times the fee charged for the service in question. The maximum compensation shall never exceed USD 2 million"*. Section 5, Art. A101, "General Regulations" (Rules for Ships, DNV, 2011, disponível em: <http://exchange.dnv.com/publishing/RulesShip/RulesShip.asp> (acesso em: 24.mai.2011).

53 Transcrito por Maria Teresa Gómez Prieto, *Las sociedades de clasificación de buques*, In: *Anuário de Derecho Marítimo*, vol. XI, 1994, p. 355. Traduzido por Mário Raposo (Raposo, 2002: 606-607).

*nas informações e nos certificados elaborados pela administração ou pelos seus técnicos. O BV rejeita ainda qualquer responsabilidade pelos erros, faltas ou negligências cometidas pelo seu pessoal técnico, administrativo ou pelos seus agentes.*

Este tipo de cláusula, conhecidas como “*exemption clauses*” ou cláusulas de irresponsabilidade/exoneração, ainda tem sido objeto de grande discussão na jurisprudência britânica, francesa e norte-americana acerca de sua validade e extensão. No entanto, tais sistemas têm interpretado estas cláusulas de formas distintas.

A validade destas cláusulas não é codificada na França, a única previsão legislativa francesa voltada ao controle de sua validade é quanto a proteção do consumidor não profissional enquanto parte mais fraca da relação jurídica. As normas que governam esta matéria são de origem jurisprudencial como ocorre nos países de *Common Law*<sup>54</sup>.

No entanto, o seu tratamento é completamente diferente, posto que enquanto em França estas cláusulas são consideradas nulas de pleno direito se comprovada a culpa grave do sujeito, no sistema anglo-americano há uma maior liberdade contratual.

A validade destas cláusulas em França está sujeita a uma análise da gravidade da ação praticada pelo sujeito devedor, no qual se restar comprovado que o mesmo agiu de forma intencional, a cláusula será declarada nula e se o agente violou o contrato em razão de uma prática negligente, poderá o juiz entender pela anulação parcial desta cláusula. Registra Ferrer, no entanto, que os tribunais têm alargado o entendimento de dolo para culpa grave, numa espécie de “*culpa lata dolo aequiparatur*”, em cuja gravidade da ação tem sido verificada não no ato do agente, mas em sua consequência<sup>55</sup>.

No sistema norte-americano, por sua vez, a jurisprudência tem fixado certas regras de controle no que tange à validade destas cláusulas. Embora os juízes e tribunais reconheçam a liberdade convencional das partes, os tribunais poderão reconhecer a invalidade de cláusulas que atentem contra o interesse público e o têm feito, principalmente, em relação aos contratos de adesão. Se comprovado que uma das partes explorou injustamente sua posição de vantagem na celebração do contrato, esta cláusula poderá ser declarada abusiva<sup>56</sup>.

---

54 Ferrer, 2004: 203.

55 *Idem*: 204-206.

56 *Idem*: 207.

Em se tratando de responsabilidade extracontratual, a validade destas cláusulas nos EUA será reconhecida apenas nos casos que exonerem o contratante de sua culpa simples (*ordinary negligence*). Os casos de exoneração de culpa grave (*gross negligence*) não serão válidos, dado que a *Common Law* visa proteger os contratantes de um risco desproporcional, no qual exige-se o respeito a um nível razoável de prestação<sup>57</sup>.

Já no sistema inglês, há uma maior abertura à liberalidade das partes. Contudo, a interpretação destas cláusulas deverá ser feita conforme a doutrina do “*fundamental breach of contract*” ou “*breach of fundamental term*”, no qual se reconhece como inválida a cláusula de exclusão de responsabilidade que tiver por objeto o não cumprimento de uma obrigação essencial do contrato<sup>58</sup>.

Nestes termos, embora as sociedades de classificação mantenham em seus contratos cláusulas de exclusão de responsabilidade, as mesmas não encontram fundamento de validade na jurisprudência. Apesar de distintos os fundamentos para o afastamento de sua aplicação, os sistemas francês, inglês e norte-americano concordam na inviabilidade de se isentar a responsabilidade de uma empresa por danos causados por si com base em uma cláusula de exclusão total (a incluir a culpa grave) prevista em um contrato de adesão, cuja obrigação essencial é a verificação do atendimento de normas de segurança da navegação.

No mesmo sentido, não serão válidas as cláusulas de escolha do foro de jurisdição exclusiva para a resolução do litígio e de eleição do direito material aplicável. A sua atribuição decorre da aplicação do Direito Internacional Privado por meio das *normas de competência internacional* e das *normas de conflito*.

As *normas de competência internacional* são entendidas enquanto aquelas que atribuem aos órgãos jurisdicionais de um Estado o complexo de poderes para o seu exercício perante situações transnacionais<sup>59</sup>. Tais normas são regidas basicamente por quatro princípios, quais sejam, os princípios: (1) da proximidade; (2) da eficácia prática da decisão, (3) da distribuição harmoniosa da competência; e (4) da autonomia da vontade.

O princípio da proximidade está relacionado com a situação das partes e das provas. Por tal princípio, orienta-se a atribuição de competência ao órgão que esteja mais próximo às partes e aos fatos que integram a causa de pedir.

---

57 *Idem*.

58 *Idem*: 209.

59 Lima Pinheiro, 2002: 20.

As partes têm interesse legítimo de que o foro competente para a resolução do litígio seja de fácil acesso, de maneira que se torna imperioso por este princípio a atribuição de competência a um órgão próximo ao domicílio, sede ou estabelecimento de uma das partes e o afastamento da jurisdição de um órgão que se apresente oneroso para ambas as partes. Já no que se refere às provas, os tribunais do país onde ocorreram os fatos que integram a causa de pedir estão melhor situados para a produção das provas do que outro<sup>60</sup>.

Pelo princípio da eficácia prática da decisão, busca-se a identidade entre os foros de decisão e da execução da sentença, motivo pelo qual estipula a preferência pela jurisdição onde se situa o patrimônio do devedor. No entanto, há de se ter o cuidado na aplicação deste princípio, haja vista as hipóteses em que pode o local do patrimônio do devedor não apresentar qualquer laço significativo com a relação controvertida<sup>61</sup>. Assim, apenas aplica-se este princípio se cumulado com a verificação de que o local de execução da decisão encontra consonância com o princípio da proximidade.

O princípio da distribuição harmoniosa da competência entre as jurisdições estaduais está voltado a uma atenuação da prática do *forum shopping*, bem como para reduzir outros problemas relacionados à incerteza sobre o foro competente e sobre a lei aplicável ao conflito, capazes de gerar competências concorrentes. Por tal princípio, invoca-se a idéia de previsibilidade, por meio da exigência de certeza e previsibilidade quanto ao direito material aplicável à resolução do litígio para a eleição do foro competente<sup>62</sup>.

Neste pormenor, há de se registrar a dificuldade quanto ao atendimento deste princípio, haja vista a heterogeneidade das normas de conflitos existentes em cada Estado, capaz de apontar como lei aplicável a um determinado litígio foros completamente distintos<sup>63</sup>.

Por fim, o princípio da autonomia da vontade fundamenta-se na autodeterminação das partes na prévia escolha da jurisdição que se apresente como mais conveniente aos seus interesses, na certeza e previsibilidade jurídicas propor-

---

60 *Idem*.

61 *Idem*.

62 *Idem*.

63 Um exemplo desta heterogeneidade pode ser visto nos casos de responsabilidade por poluição do mar por hidrocarbonetos nos sistemas inglês, francês e norte-americano, que apresentam critérios completamente distintos de atribuição da lei aplicável ao caso. Enquanto no regime francês se aplica a lei do local do delito (*lex loci delicti commissi*), na Inglaterra se aplica a lei do foro (*lex fori*) e nos EUA se aplica a *proper law of the tort*.

cionadas pela eleição de uma jurisdição exclusiva e na proteção da confiança recíproca. Por este último elemento, é de se notar que não atenderá ao princípio as convenções feitas em situações em que as partes não se encontrem em condições de equivalência<sup>64</sup>. É nesse pormenor que as cláusulas inseridas nos contratos de classificação se apresentam enquanto nulas, posto que são fruto da manifestação da vontade unilateral destas instituições.

Já as “*normas de conflitos*”, se apresentam como as normas que determinam o direito aplicável diante de situações que envolvam mais de um sistema normativo<sup>65</sup>. Assim, nota-se que, para a apreciação de um caso que contenha elementos de internacionalidade por um tribunal nacional, faz necessária a aplicação de uma norma material de atribuição de competência a um tribunal que, por sua vez, deverá observar as normas de conflitos que estabelecerão, por um critério formal, as regras materiais aplicáveis para a resolução do litígio<sup>66</sup>.

Vê-se, portanto, que, além de inválidas estas cláusulas de exclusão de responsabilidade, de eleição de foro e do direito aplicável à resolução do litígio, nem sempre *forum* e *jus* serão correspondentes na resolução destes conflitos, cuja resolução se pautará nos critérios presentes no Direito Internacional Privado.

### 1.3.2. Responsabilidade extracontratual

A base para a responsabilização das sociedades de classificação, nos sistemas de Direito Civil (*v.g* França, Espanha e Portugal), decorrem do princípio da reparação, que é solidamente estabelecido por meio da regra romana do “*neminem laedere*” (dever de não lesar o próximo).

No plano legal francês, esta regra se encontra consubstanciada no art. 1382, do *Code Civil*<sup>67</sup>, que estabelece que qualquer pessoa que provocar dano a

64 Lima Pinheiro, 2002: 23.

65 Ferrer Correa, 2000: 20. O professor Lima Pinheiro explica que o núcleo essencial do Direito Internacional Privado é constituído por normas de conflitos, e as conceitua da seguinte forma: “*as normas de conflitos de Direito Internacional Privado são proposições que perante uma situação em contacto com uma pluralidade de sociedades estaduais determinam o Direito aplicável*” (Lima Pinheiro, 2001: 26).

66 Registre-se que há normas de conflitos que não delimitam de forma clara e rígida o elemento de conexão determinante, o que dá margem para o juiz, na apreciação do caso concreto, fixá-la. Essas normas abertas são conhecidas como *open-ended rules* (Ferrer Correa, 2000: 20, nota 8).

67 Art. 1382, Code Civil: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*” (Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006438819&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20110617>, acesso em: 17.jun.2011).

terceiro responderá na medida de sua culpa. Esta responsabilidade delitiva decorrerá diante da violação de uma das obrigações do contrato<sup>68</sup>.

Um exemplo disso pode ser observado no caso *Elodie II*<sup>69</sup>, em que tal princípio foi particularmente relevante para a condenação da sociedade de classificação diante da ocorrência de venda de um navio em que o comprador baseou-se na precisão da classificação apresentada ao vendedor sem que tal notação, contudo, correspondesse às reais condições da embarcação<sup>70</sup>.

Mario Raposo nota que embora o Tribunal de Versalhes estivesse perante uma responsabilidade extracontratual, uma vez que a relação contratual entre a BV e o vendedor do navio não se estendesse ao comprador, entendeu em sua decisão que para o caso seria indiferente tratar-se de outro tipo de responsabilidade, uma vez que se estava diante de uma hipótese de culpa grave provada<sup>71</sup>. Assim, o tribunal entendeu que por ter descumprido o seu dever contratual de respeitar as suas regras internas, a sociedade violou o contrato e gerou danos a terceiros.

Embora a aferição da culpa decorra do não cumprimento do contrato, no regime francês as convenções estabelecidas no contrato não vinculam terceiros, de modo que as cláusulas de exoneração discutidas no tópico anterior não terão validade perante as partes que não celebraram o contrato. Raposo observa que conforme a doutrina francesa dominante, liderada por Rodière, as regras de responsabilidade extracontratual contidas nos arts. 1382 a 1386 do *Code Civil* não podem ser modificadas por acordo entre as partes que repercute na esfera de terceiros<sup>72</sup>.

Assim, diferentemente do regime contratual em que, apesar da inclusão destas cláusulas serem consideradas válidas, a parte não pode se prevalecer delas em caso de dolo (*faute dolosive*) ou culpa grave (*faute lourde*). No regime extracontratual tais previsões são inoponíveis, conforme estabelece o art. 1165, do *Code Civil* “*les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes*”<sup>73</sup>.

---

68 Ferrer, 2004: 274.

69 Caso *Elodie*, Court d’Appel de Versailles, 21.03.1996, Dalloz 196: 547.

70 Alcántara, 2008: 140.

71 Raposo, 2002: 604.

72 *Idem*: 607.

73 Commaret, 2009: 64.

Nos regimes de *Common Law* a responsabilidade extracontratual (*tort of negligence*) também tem as suas peculiaridades. Alcántara observa que enquanto o direito inglês está mais voltado para a aplicação do dever de cuidado perante terceiros (*duty of care*), o sistema norteamericano exige que, para além do dever de cuidado, há a necessidade da verificação de um nexo de causalidade específico entre a negligência da sociedade de classificação e o prejuízo causado<sup>74</sup>.

No regime inglês, a noção de *tort of negligence* advém do célebre caso do *Nicholas H*, que estabelece que a *tort of negligence* decorre de um dever de cuidado (*duty of care*), da violação deste dever (*breach of duty*), de um dano (*damage*) e do nexo de causalidade entre estes dois elementos (*casual link*). Esta concepção é o coração da responsabilidade extracontratual no regime anglo-saxão<sup>75</sup>.

Neste caso, o navio *Nicholas H* transportava chumbo e zinco da América do Sul para a Itália, quando foram detectadas fissuras no casco. Um perito da *Nippon Kaiji Kyokai (NKK)* examinou o navio e concluiu pela sua imediata reparação. No entanto, reconsiderou a sua decisão e autorizou que o navio prosseguisse viagem e fizesse os reparos depois da descarga. Uma semana depois o navio afundou. O proprietário da carga demandou o armador e a sociedade de classificação<sup>76</sup>.

Na verificação do caso, entendeu a *Commercial Court da Queen's Bench Division*, cuja decisão foi confirmada pela *Court of Appeal* e pela Câmara dos Lordes que, o dever de cuidado e a sua violação (*breach of duty*) deverão ser verificados conforme as exigências razoáveis da atividade do autor do dano, em que há a necessidade de se demonstrar a proximidade (*proximity*) e a previsibilidade (*foreseeability*) entre a perda econômica sofrida (*economic loss*), de modo que a noção de *duty of care* apenas ganha relevo em relação àqueles em que haja uma proximidade direta<sup>77</sup>. Com base nisso, entendeu que a relação entre o proprietário da carga e a sociedade de classificação era muito remota para se estabelecer um dever de cuidado (*duty of care*) desta para aquela, de modo que o proprietário do navio não poderia delegar as suas obrigações de segurança para as sociedades de classificação, sob pena de torná-las seguradoras universais.

---

74 Alcántara, 2008: 140-141.

75 Commaret, 2009: 75.

76 Raposo, 2002: 605.

77 *Idem*.

Já no sistema norte-americano, a responsabilidade extracontratual das sociedades de classificação poderá ser verificada a partir de dois fundamentos, (1) o cometimento de uma *tort of negligence* por uma das partes e; (2) a comprovação de um comportamento doloso por parte das sociedades de classificação por meio de uma *tort of negligent/fraudulent misrepresentation*.

Na aferição da *tort of negligence* americana, fundamental se faz a verificação do dever de cuidado (*duty of care*) que decorre da concepção de negligência, entendida enquanto todas as ações e omissões praticadas por um sujeito que ocasionem um risco desarrazoado (*unreasonable risk*) de dano. Para a sua ocorrência, fundamental se faz que um profissional tenha praticado uma negligência em que se prove o nexo causal entre o dano e a negligência praticada. O critério da razoabilidade do ato é verificado conforme um juízo *in abstracto* acerca do comportamento esperado por um homem médio<sup>78</sup>.

Como visto nos casos do *The Great American* e da *Continental Insurance Co. v. Daewoo Shipbuilding*, o dever de cuidado das sociedades de classificação no direito estadunidense decorre de seu contrato, de modo que a sua má execução poderia vir a resultar uma responsabilização, caso demonstrado o nexo de causalidade entre esta má execução do contrato e o dano sofrido. Contudo, tais sociedades não assumem o dever do proprietário do navio quanto a presunção de navegabilidade do navio (*unseaworthiness doctrine*), posto que a este pressupõe-se o exercício de uma *due diligence* quanto a navegabilidade de sua embarcação<sup>79</sup>.

No que tange a responsabilidade decorrente de sua atuação dolosa (*negligent misrepresentation*), o caso seminal da jurisprudência norte-americana é o *The Sundancer*, em que o segurador, subrogado no direito do proprietário do navio demandou a sociedade de classificação por esta prática. A Corte distrital na apreciação do pedido desenvolveu uma fórmula dividida em quatro partes em que o demandante deverá demonstrar em seu pleito para se reconhecer o dolo<sup>80</sup>.

Para tanto, há a necessidade de se comprovar que o réu: (1) a pedido do autor, apresentou informações para a prática de um ato; (2) falhou quanto ao devido cuidado (*reasonable care*) a ser empreendido nesta prestação; (3) tinha

---

78 Commaret, 2009: 85.

79 Durr, *ob. cit.*

80 *Idem.*

conhecimento de que esta informação seria utilizada para propósitos específicos; e que (4) o autor sofreu perdas materiais ao se basear em tais informações<sup>81</sup>.

No caso de danos causados a terceiros, o atendimento a esta fórmula se torna impraticável diante da necessidade de atendimento do primeiro e quarto quesitos, quais sejam, uma relação direta entre o autor e o réu e a perda sofrida em decorrência desta relação.

Posto isso, diante das diferenças quanto a apreciação da responsabilidade extracontratual, em que se pôde verificar a existência um tratamento mais rigoroso em França e outro mais condescendente no Reino Unido em relação às sociedades de classificação, surgem problemas de fundo relacionados à prática do *forum shopping*. Isso porque, além da diferença no tratamento de uma situação equivalente, há no direito norte-americano o reconhecimento de *punitive damages*, capazes de gerar indenizações em patamares muito superiores aos reconhecidos nos sistemas europeus, o que torna a doutrina do *forum non conveniens*, um elemento essencial a ser verificado pelo órgão jurisdicional quanto a verificação da lei aplicável ao caso.

Não obstante, como observado, neste mérito cada um destes países possui um critério distinto de eleição da lei aplicável ao caso. No sistema francês aplica-se a *lex loci delicti commissi*, em que a lei aplicável será a do local do dano; No sistema inglês aplica-se a *lex fori*, ou seja, a lei do foro onde se processa a demanda; e no sistema norte-americano, aplica-se a *proper law of the tort*, que diante das peculiaridades do caso, busca a lei mais próxima das partes e do evento.

Em se tratando de responsabilidade decorrente de poluição por hidrocarbonetos, tal problema se agrava diante do fato dos EUA não ter ratificado a CLC/69-92, cujo fato tem atraído demandantes com o interesse no afastamento do regime de limitação de responsabilidade previsto nesta convenção.

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR POLUIÇÃO CAUSADA POR HIDROCARBONETOS PROVENIENTES DE NAVIOS

### 2.1. Regime da CLC/69-92 e do FIPOL/71-92

A base legal convencional acerca responsabilização por poluição marítima por hidrocarbonetos proveniente de navios está inserida na CLC e no FIPOL/71-92, de maneira que se faz fundamental o tratamento de alguns

---

81 *Idem*.

conceitos presentes nestes sistemas de imputação/limitação de responsabilidade, impulsionados pelo desastre do *Torrey Canyon*<sup>82</sup> nas costas da Cornualha em 1967.

O artigo II da CLC/92 estabelece o seu escopo de aplicação, ao dispor que a convenção aplica-se exclusivamente aos prejuízos causados por poluição<sup>83</sup> no território de um Estado contratante, incluindo o mar territorial, à sua zona econômica exclusiva<sup>84</sup>, bem como às medidas de salvaguarda, onde quer que sejam tomadas para se prevenir ou reduzir os prejuízos decorrentes do dano.

Portanto, havendo um incidente que venha a atingir o território de um Estado contratante, os termos desta convenção deverão ser aplicados exclusivamente em seu tratamento.

A sua aplicação tem por escopo estabelecer um regime de canalização da responsabilidade do proprietário do navio<sup>85</sup>, em que o mesmo responde objetivamente<sup>86</sup> pelo dano, porém, de forma limitada<sup>87</sup>.

Nesse sentido, o proprietário do navio será responsável, independentemente de sua culpa, por qualquer prejuízo devido à poluição causada pelo

---

82 Em 18 de março de 1967, este petroleiro de propriedade de uma empresa norte-americana, registrada nas Bermudas, e que navegava sob a bandeira de conveniência liberiana, encalhou nos recifes de *Seven Stones*, próximo às ilhas *Scilly*, em alto mar, partindo-se em quatro e atingindo o mar com cerca de 120 mil toneladas de óleo bruto, que atingiu 110 km da costa britânica e 80 km da costa francesa, acarretando em graves impactos ambientais e econômicos para ambos os países, que sofreram com desaparecimento de 50% da população de aves da região e arcaram na época, respectivamente, com £3.750.000 e 41 milhões de francos (Du Pontavice, 1969: 9; Quenéudec, 1968: 701).

83 Entendidos conforme o disposto no artigo I(6) da CLC/92 como (a) "qualquer perda ou dano exterior ao navio causado por uma contaminação resultante da fuga ou descarga de hidrocarbonetos provenientes do navio, qualquer que seja o local onde possam ter ocorrido, desde que a compensação pelos danos causados ao ambiente, excluídos os lucros cessantes motivados por tal dano, seja limitada aos custos das medidas necessárias tomadas ou a tomar para a reposição das condições ambientais; (b) O custo das medidas de salvaguarda bem como quaisquer perdas ou danos causados pelas referidas medidas (Costa Gomes, 2010: 932).

84 Ou, nos casos de Estados que não delimitaram a sua zona econômica exclusiva, a extensão não superior a 200 milhas náuticas contadas a partir das linhas de base utilizadas para determinar a largura de seu mar territorial. Art. II(a)(ii), da CLC/92.

85 Por proprietário, entende-se, por pessoa, singular ou coletiva, em nome da qual o navio está matriculado ou, diante da inexistência de matrícula, da qual o navio é propriedade. Art. I(3) CLC/92 (Costa Gomes, 2010a: 931).

86 A característica da responsabilidade do proprietário do navio enquanto objetiva é partilhada por grande parte da doutrina marítima (Costa Gomes, 2010b: 385-386; Robert, 2003: 31; Wu, 1994: 72; Arroyo, 2005: 758; Boisson, 2010: 900, dentre outros).

87 Costa Gomes, 2010b: 365; Wu, 1994: 95 et ss. Boisson, sobre a CLC/92: "*Ce texte instaure en effet un mécanisme de responsabilité objective et limitée, canalisée sur le propriétaire du navire*" (Boisson, 2010: 900).

navio<sup>88</sup>, salvo se o mesmo provar que a poluição: (1) decorreu de um ato de guerra, hostilidades, de uma guerra civil, de uma insurreição ou de um fenómeno natural de carácter excepcional, inevitável e irresistível; (2) resulta, em sua totalidade, de um fato deliberadamente praticado ou omitido por terceiro com a intenção de causar o prejuízo; (3) resulta, na totalidade, da negligência ou qualquer outra ação prejudicial de um governo ou autoridade responsável pelo bom funcionamento de faróis ou de outros auxiliares de navegação, praticado no exercício destas funções.

Não obstante, o montante indenizatório será limitado com base na tonelagem do navio (art. V, em conformidade com o Anexo I da CLC/69, emendado pelo CLC-Prot/92), que varia entre 4.510.000 e 89.770.000 unidades de conta (SDR)<sup>89</sup> e, para a sua incidência, fundamental se faz com que o proprietário constitua um fundo totalizando o limite da sua responsabilidade junto de um tribunal ou outra autoridade competente de um dos Estados contratantes, onde possa ser movida uma ação ao abrigo do art. XI da convenção.

Contudo, o proprietário perderá o direito a limitação de responsabilidade caso fique comprovado que o dano decorreu de uma ação ou omissão que lhe seja imputada, cometida dolosamente ou com imprudência, diante do conhecimento de que aquele resultado provavelmente resultaria<sup>90</sup>.

Como suplemento à CLC/69, foi editado o FIPOL/71, com a finalidade de constituir um Fundo destinado à reparação das vítimas que não obtiveram a totalidade de suas compensações abarcadas pela CLC/69, nos casos em que: (1) o proprietário do navio é exonerado de sua responsabilidade nos termos da convenção, exceto nos casos de guerra, hostilidade, guerra civil ou insurreição; (2) o proprietário não possui recursos suficientes para garantir o pagamento em cumprimento à CLC/69 e o seu seguro se mostra insuficiente, depois de esgotados os meios legais ao alcance da vítima em ser compensada integralmente; (3) o dano extrapola o teto compensatório previsto na CLC/69<sup>91</sup>.

---

88 Se o evento danoso consistir de uma sucessão de eventos de mesma origem, considerar-se responsável o proprietário do navio no momento do primeiro evento. Art. III(1) da CLC/92.

89 SDR é sigla referente aos *Special Drawing Rights*, unidade de conta administrada pelo FMI (art.V,6, da CLC/92) e avaliada para o ano de 2011 em 0,4230 euros (Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/sdr.HTM>, acesso em: 07.mai.2011). Portanto, o *plafond* do montante indenizatório a ser suportado pelo proprietário do navio nesta convenção, em sua máxima escala, atingirá o montante de €37.972.710.

90 Art. V(2) da CLC/92 (Costa Gomes, 2010a: 935).

91 Art. 4.º(1) do FIPOL/92 (Costa Gomes, 2010a: 949).

Em decorrência de novos acidentes com petroleiros, como o caso do *Amoco Cadiz*<sup>92</sup>, em 1978, que demonstraram a insuficiência deste regime, procederam-se alterações ao sistema CLC/FIPOL por meio de protocolos (1976 e 1984) a fim de atualizar o Fundo para o atendimento das demandas da época. Ainda assim, tais tentativas não lograram o êxito pretendido em decorrência de sua não ratificação pelos EUA, que aprovaram legislação própria (a *Oil Pollution Act – OPA*) após o evento do *Exxon Valdez* em 1989<sup>93</sup>.

Diante da pressão decorrente da existência do *Oil Pollution Act* norte-americano e de novos incidentes, a exemplo do *Haven*, foi ratificado o Protocolo de 1992 à CLC e ao FIPOL. Este protocolo integra as convenções no sentido de complementar os seus termos, em especial, em delimitar o campo de aplicação da convenção, por meio das novas noções de “navio” e de “evento”; reforçar a canalização por meio do arrolamento de pessoas imunes a responder por pedidos de responsabilização (art. III(4)); e aumentar os limites de indenização a serem imputados aos proprietários dos navios envolvidos em eventos de poluição por óleo<sup>94</sup>. Limites, estes, novamente revistos pelo Protocolo de 2003 à FIPOL/92, incentivado após o incidente do *Erika*.

Para assumir os objetivos da convenção, o Fundo será reconhecido enquanto pessoa jurídica nos termos da legislação dos Estados contratantes, de maneira que possa assumir direitos e obrigações, bem como ser parte em qualquer ação ajuizada em um destes Estados.

O montante compensatório a ser pago, por sua vez, será limitado, de modo que a soma total do que será disponibilizado pelo Fundo com o que foi efetivamente pago pelo proprietário não exceda 203 milhões de SDR<sup>95</sup> por incidente. Assim, nas hipóteses em que o montante reclamado exceder o limite

---

92 Em 16 de março de 1978, dois dias antes de se completarem 11 anos do desastre envolvendo o Torrey Canyon, o petroleiro de bandeira liberiana, Amoco Cadiz, que se dirigia do Golfo Pérsico para Le Havre (França) carregado com 1.619.048 barris de óleo bruto, devido a uma falha em seu mecanismo de direção encalhou nas rochas de Portsall, a 5,55 km da costa da Bretanha e, devido às más condições do tempo, foi inviabilizada a tentativa de salvação por reboque efetuada e o navio partiu-se derrubando a totalidade de sua carga no mar. Este incidente foi o de maior magnitude de sua época, tendo formado uma mancha de óleo de aproximadamente 33 km de largura por 148 km de comprimento que atingiu 370 km da costa francesa e afetado as praias de 76 diferentes comunidades situadas na região da Bretanha (De Raulin, 1993: 42-43; *Amoco Cadiz Incident Report*, disponível em: <http://www.incidentnews.gov/incident/6241>, acesso em: 30.abr.2011).

93 Costa Gomes, 2010b: 293 e ss.

94 Costa Gomes, 2010b: 368.

95 Art. 4.º(4) do FIPOL/92. Valor correspondente a €85.869.000 euros. *Cfr.* nota 74.

total das compensações a pagar, o valor disponível deverá ser repartido equitativamente entre os reclamantes.

O Fundo é financiado por contribuições anuais de pessoas que tenham recebido quantidades superiores a 150.000 ton. de hidrocarbonetos transportados por via marítima nos portos e terminais de um Estado contratante, que, por sua vez, informará o Fundo da quantidade circulada em seu território para a cobrança das contribuições<sup>96</sup>.

Vê-se, portanto, que o regime da CLC/FIPOL busca uma reparação célere e efetiva das vítimas ao estabelecer um regime de canalização da responsabilidade do proprietário do navio com base em sua imputação objetiva, na obrigação de um seguro obrigatório e com a instituição de um Fundo complementar de indenização, voltadas à busca de uma reparação quase que integral desses tipos de dano. Por outro lado, esse sistema tem se desenvolvido em resposta aos incidentes de grande magnitude, quando verificada a insuficiência de seus termos, de modo que se apresenta como um sistema de eterna revisão a se organizar sempre depois de confirmada a ausência de sua efetividade para o caso concreto. Portanto, apesar de se apresentar enquanto instrumento de prevenção, a sua organização se mostra repressiva, uma vez que seus postulados surgem a reboque das grandes catástrofes.

## 2.2. Soluções jurisprudenciais

Como se pode observar, não há nenhuma previsão expressa acerca das sociedades de classificação no regime da CLC-FIPOL, de modo a tornar imprescindível a interpretação os seus dispositivos no sentido de verificar se há ou não a possibilidade do ajuizamento de uma ação de compensação diretamente perante tais instituições ou não.

Como a jurisprudência não é pacífica em relação ao assunto, apresentar-se-á inicialmente casos em que se discutiu a responsabilização destas instituições por poluição causada por hidrocarbonetos, para em seguida discutirmos as suas conclusões e o enquadramento destas sociedades, ou não, no rol de pessoas imunes ao ajuizamento de ações sobre a matéria, em decorrência do regime de canalização de responsabilidade presente na CLC.

---

96 Art. 10.º, do FIPOL/92 (Costa Gomes, 2010a: 954).

### 2.2.1. O caso *Erika*

Em 12 de setembro de 1999, o petroleiro maltês *Erika* partiu em dois e afundou próximo ao Golfo de Biscaia, na costa francesa. O navio transportava óleo combustível para ser utilizado para a produção de energia pela companhia elétrica italiana ENEL e se encontrava em plenas condições de navegabilidade conforme o certificado renovado naquele mesmo ano pela RINA, sociedade de classificação associada da IACS. No entanto, em razão das más condições do tempo acompanhada de graves corrosões em sua estrutura, não identificadas pela sociedade de classificação na oportunidade de sua inspeção, o navio sucumbiu<sup>97</sup>.

Entre os protagonistas do incidente havia a TEVERE SHIPPING, sociedade maltesa proprietária do navio; a sociedade italiana PANSHIP, gestora técnica e náutica da embarcação; a sociedade SELMONT, afretadora (*time-charterer*) e fretadora (de viagem); a sociedade TOTAL Transport Corporation (TTC), afretadora (*de viagem*) e, para o interesse deste trabalho, a sociedade de classificação do navio, a italiana RINA que, além de tê-lo classificado, na posição de contratada da PANSHIP, efetuou a sua certificação estatutária em nome do Estado de Malta<sup>98</sup>.

Além das ações constituídas perante o FIPOL, foi dado início a um procedimento criminal com repercussões civis em que tinha por finalidade a condenação do proprietário do navio, dos agentes de navegação, da sociedade de classificação (RINA) e do proprietário da carga. A querela foi processada e julgada em Paris, França.

A sociedade de classificação, em sua defesa, aduziu dois fundamentos: (1) a imunidade de jurisdição do Estado de Malta para processar e julgar o caso, uma vez que a RINA exerceu atos de interesse público em atendimento a um serviço de segurança marítima em nome da autoridade de Malta (expedição do certificado de classificação estatutária)<sup>99</sup>; e (2) a sua ilegitimidade passiva para responder por qualquer pedido de compensação por poluição que tenha por fundamento a CLC/92, uma vez que, por prestar serviços ao

---

97 Este incidente afetou 400 km da costa atlântica francesa, causando danos entre as regiões de Finistère e Charente-Maritime, causando sérios prejuízos ambientais e econômicos (TOTAL, *Erika: review of facts*, disponível em: <http://www.total.com/en/about-total/special-reports/erika/review-of-the-facts-922659.htm>, acesso em: 08.set.2011).

98 Delebecque, 2010: 878; TOTAL, *Érika: review of facts... ob. cit.*

99 Boulouc, 2010:886-887; Boisson, 2010: 897-900.

navio, estaria incluída na previsão do art. III, parágrafo 4.º, (b), da CLC/92, que canaliza a responsabilidade ao proprietário do navio.

O Tribunal de Paris em sua decisão de 16 de janeiro de 2008, todavia, rejeitou ambos os argumentos. Acerca da imunidade de jurisdição do Estado de Malta, fundamentou que as atividades realizadas pela sociedade de classificação derivam de uma relação privada entre a sociedade e o proprietário do navio, que não se confunde com atos de soberania do Estado de pavilhão a justificar imunidade estatal<sup>100</sup>. Em relação à aplicação da CLC/92 no que concerne a proibição de responsabilização de agentes que prestem serviços ao navio<sup>101</sup> entendeu que, somente se incluiriam neste rol as pessoas que, sem serem membros da tripulação, prestem serviços voltados diretamente à operação marítima. Ou seja, pelo entendimento do tribunal, apenas se incluiriam neste rol as pessoas que prestem um serviço de mesma natureza que os membros da tripulação<sup>102</sup> para o navio em si e não para o seu proprietário/gestor, como é feito pelas sociedades de classificação<sup>103</sup>.

Irresignada, a sociedade de classificação recorreu da decisão proferida em primeira instância com fundamento de que ainda que exista um contrato privado entre a sociedade de classificação e o proprietário do navio, a certificação estatutária, realizada por meio da delegação de um Estado de pavilhão, deve se converter em imunidade jurisdicional, haja vista que este ato se apresenta como uma expressão da soberania estatal do Estado outorgante<sup>104</sup>. Ademais, argumentou com base em uma interpretação das alíneas 4 e 5 do art. III, da CLC/92, que a não inclusão da sociedade no rol do art. III(4), da CLC/92,

100 “L’existence d’un lien textuel ou factuel entre certification et classification, les relations de l’État de Malte avec les différents sociétés de classification et la pratique suivie par cet État dans l’octroi de son pavillon, ou encore «objectif de service public» (...) qui serait poursuivi lors de l’activité de classification n’ont ni pour objet, ni pour effet de rattacher celle-ci à l’exercice de la souveraineté des États dont le pavillon flotte sur les navires pris en classe par la société RINA” (Boisson, 2010: 897).

101 Fundamentou o tribunal: “en visant de façon générique les pilotes ou toute autre personne qui sans être membre de l’équipage, s’acquitte dès services pour le navire, l’exclusion prévue par le b) du paragraphe IV de l’article III ne peut s’entendre que de celle relative aux personnes, qui, sans être membres de l’équipage, s’acquittent de prestations pour le navire en participant directement à la opération maritime, situation qui n’était pas celle de la société RINA à l’égard de l’ERIKA” (Il Diritto Marittimo, 2008: 247); Boisson, 2010: 900.

102 Nesse sentido, Bonassies, 2008: 695. Boisson, inclusive, aponta o acompanhamento da Corte em relação à doutrina de Bonassies para a formulação deste entendimento (Boisson, 2010: 901, nota n.º 38).

103 Boisson, 2008: 698.

104 Boisson, 2010: 898.

ferre a isonomia e não discriminação entre as pessoas protegidas pela convenção, de modo que esta exegese não se coadunaria com a finalidade da mesma<sup>105</sup>.

Na apreciação da apelação em 2010<sup>106</sup>, a *Cour d'Appel* observou que apesar da jurisprudência francesa ter firmado o entendimento de que a imunidade jurisdicional poderia ser aplicável ao caso, uma vez que se reconhece a sua incidência às hipóteses em que se identifique um ato de poder público/exercício de um serviço público<sup>107</sup>, o mesmo não se daria neste incidente. Isso porque, a sociedade de classificação teria renunciado tacitamente a esta imunidade ao ter deixado de aduzir tal questão no processo criminal, atribuindo à jurisdição italiana a competência para julgar o caso em um primeiro momento e contestado o mérito da ação no tribunal de Paris, conforme dispõem os artigos 7.º e o 8.º da Convenção das Nações Unidas sobre imunidade jurisdicional dos Estados e de seus bens<sup>108</sup>.

A Corte entendeu, ainda, que além do fato de não poder se beneficiar do disposto na alínea (b) do art. III(4), pelos motivos apresentados pelo juízo de primeira instância (não prestar serviços ao navio), a RINA também não poderia se beneficiar deste dispositivo pelo fato de que, por emitir certificados de classificação, no exercício de sua função pública para o governo de Malta, a mesma teria agido enquanto um agente de Estado e não em prestação de um serviço ao navio.

---

105 Boisson, 2010: 901.

106 *Cour D'Appel de Paris*, 2010: 857-877.

107 Característica esta reconhecida aos atos de certificação estatutária executada pelas sociedades de classificação pela jurisprudência do *Conseil d'État*, no sentido de que a expedição de certificados estatutários representa atos de autoridade pública, posto ter o condão de se impedir a navegação de uma embarcação sem a sua apresentação dado o caráter público do serviço de segurança prestado por tais instituições. Cfr. *Conseil d'État, Sous-sections 2 et 6 réunies*, 23 mar.1983, *Société Bureau Veritas*, n.º 33803 34462 (apud Boisson, 2010: 899): “*La société anonyme «Bureau Veritas» qui a été agréée, par arrêté du ministre de l'Air, comme société de classification chargée d'assurer le contrôle pour la délivrance et le maintien des certificats de la navigabilité des aéronefs civils et qui agit aux lieux et places de l'État (...) doit être regardée comme participant à l'exécution du service public de la sécurité aérienne.*”

108 Cfr. *Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos Seus Bens* (Disponível em: <http://dre.pt/pdf1s/2006/06/117A00/43444363.pdf>, acesso em: 12.set.2011); Boisson destaca que os magistrados entenderam que a não manifestação da sociedade de classificação acerca da imunidade de jurisdição no processo criminal em 7 anos de discussão veio a representar uma renúncia de seu direito. Ademais, observou que a sua primeira manifestação em instância civil não foi no sentido de se buscar a jurisdição do Estado de Malta, ao qual teria direito e o renunciou ao tentar atribuir a causa à jurisdição italiana. Por fim, pontuou que o seu argumento de que a imunidade de jurisdição poderia ser suscitada a qualquer momento foi, segundo o tribunal, uma “*violation de la loyauté des débats et du principe de l'estoppel selon lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui*”, uma vez que ficou clara uma abrupta mudança de posicionamento sem qualquer explicação (Boisson, 2010: 899-900).

A *Cour de Cassation*, em apreciação ao derradeiro recurso apresentado, confirmou a decisão das instâncias inferiores, acrescentando, sem maiores enfrentamentos<sup>109</sup>, que a sociedade de classificação estaria vedada ao benefício do regime de canalização da responsabilidade, uma vez que se confirmou no caso que a mesma agiu com conhecimento de que o dano poderia ocorrer (*faut de t merit *), o que afasta de plano a aplica o do art. III(4), da CLC<sup>110</sup>.

Destes casos podemos retirar duas considera es importantes para a verifica o da responsabilidade destas sociedades: (1) o conceito adotado pelo tribunal de “prestar serviços para o navio” conduzir  ao entendimento quanto a sua legitimidade passiva e; (2) ainda entendido que a atividade de classifica o venha a se incluir no conceito de “prestar serviços ao navio”, esta não se estende a todas as atividades da sociedade, de modo que fundamental se faz verificar qual a natureza jurídica da atividade que deu azo ao questionamento acerca da responsabilidade da sociedade; (2.1) se privada, há a possibilidade de se aduzir que a atividade venha a se incluir no rol previsto no art. III(4), da CLC/92; (2.2) se pública, não há se falar em prestar serviços ao navio, uma vez que a atividade da sociedade de classifica o   dirigida ao Estado contratante e não ao navio.

No caso franc es, resta evidente o entendimento jurisprudencial no sentido de que as sociedades de classifica o não se incluem no rol de pessoas imunes na CLC (apesar de doutrina em sentido contrário<sup>111</sup>). Contudo, o mesmo não se pode falar quanto ao entendimento dos tribunais norte-americanos, como se ver  no caso do *Prestige*.

### 3.2.2. O caso *Prestige*

Em 13 de novembro de 2002, o navio taque *Prestige*, que navegava pela bandeira de Bahamas carregado com 76.972 toneladas de óleo pesado, comunicou que havia começado a vaziar óleo nas proximidades de Cabo Finisterra, na região da Galícia espanhola. Seis dias depois, enquanto era rebocado para longe da costa espanhola, o navio partiu em dois e afundou a 260 km de Vigo, liberando cerca de 63.000 toneladas de óleo no mar. Os destroços do navio que, segundo as autoridades espanholas, permaneciam com cerca de 13.800 toneladas de óleo armazenados consigo, continuaram a vaziar por semanas que,

109 Berlingieri, 2012: 1015.

110 Le Droit Maritime Française, Cour de Cassation, Decisão de 25 set. 2012: 992.

111 Por todos, Boisson, 2008: 696-703.

com o auxílio da ação das correntes e dos ventos dispersaram a mancha de óleo da costa ocidental da Galícia para o Golfo de Biscaia, afetando fortemente também a costa norte de Espanha e França <sup>112</sup>.

As operações de limpeza no mar foram realizadas pela Espanha, com o auxílio de navios de mais nove países europeus<sup>113</sup>, com destaque para a França e Portugal, principais interessados na contenção da contaminação<sup>114</sup>.

A *London P&I Club*<sup>115</sup>, juntamente com o Fundo, em antecipação ao grande número de processos que surgiriam em decorrência do desastre, criou duas sedes para o atendimento das vítimas e recebimento dos requerimentos de compensação, nos termos no FIPOL/92 (*Claim Offices*): uma em La Coruña, na Espanha e outra em Bourdeux, na França<sup>116</sup>.

Diante dos recursos disponibilizados, um imbróglgio processual foi constituído em quatro jurisdições distintas: pedidos de compensação feitos diretamente nas sedes de atendimento às vítimas, processos civis e criminais instruídos nas justiças comuns de Espanha, França e Portugal, e uma ação instaurada pelo governo espanhol nos Estados Unidos da América buscando a responsabilização da sociedade de classificação do navio.

A grande questão envolvida não se refere à administração do Fundo, haja vista que apesar do grande número de litigantes a sua atuação se limitou a coordenar a distribuição das compensações de forma equitativa entre as vítimas. O que interessa para os fins deste trabalho, foi, justamente, a atuação

---

112 *The Prestige Incident: IOPC Funds Report* (Disponível em: <http://www.iopcfund.org/prestige.htm>, acesso em: 28.abr.2011).

113 Como resultado da operação, 141.000 toneladas de resíduos oleosos foram retiradas da costa espanhola e 18.300 toneladas foram retiradas da costa francesa, totalizando 159.300 toneladas de resíduos extraídos. Em 2004, o governo espanhol contratou a companhia *RepsolYPV* para a limpeza do óleo remanescente nos destroços do navio, o que lhe custou mais €109,2 milhões. A compensação das vítimas pelos danos sofridos com o vazamento de óleo foi suportada pelo sistema instituído pelo FIPOL/92, do qual fazem parte Espanha, França e Portugal. Para o caso, em razão da limitação de responsabilidade do proprietário do navio, foram disponibilizados €171,5 milhões, sendo € 22,3 milhões suportados pela seguradora do proprietário da embarcação (*London P&I Club*) e os outros € 148,7 milhões suportados pelo Fundo adicional do FIPOL/92 (*The Prestige Incident: IOPC Funds Report... ob. cit.*).

114 Apesar dos avanços pelo mar, não houve nenhum registro de contaminação da costa portuguesa, prova da efetividade da ação preventiva adotada na operação de limpeza off-shore (*The Prestige Incident: IOPC Funds Report... ob. cit.*).

115 A seguradora depositou este montante em 28 de Maio de 2003 em conta judicial aberta em Corcubión, na Espanha, como garantia de não ser cobrando além da limitação de sua responsabilidade.

116 Em 2006 a sede de Bourdeux foi fechada e suas atividades foram transferidas para Lorient, onde passaram a ser administradas pelos mesmos responsáveis pelo atendimento das vítimas do *Erika* (*The Prestige Incident: IOPC Funds Report... ob. cit.*).

em paralelo procedida pelo governo espanhol em foro norte-americano, na tentativa de responsabilizar a sociedade classificadora do navio em 1 bilhão de dólares à título de compensação cumulada com *punitive damages*.

Como ocorrido no caso *Amoco Cadiz*, há a tentativa de se escapar da limitação de responsabilidade prevista na CLC/92 por meio da aplicação da legislação norte-americana, no sentido de se buscar indenizações em patamares mais altos por meio do *forum shopping*, a se cumular, inclusive, a requisição por *punitive damages*, instituto típico de direito norte-americano, estranho ao regime europeu de responsabilidade (local do dano). Interessante é que o governo espanhol é parte em 14 processos ajuizados diretamente contra o Fundo na Espanha e, busca por este meio, suprir os prejuízos sofridos na identificação de terceiros a partilhar a responsabilidade pelo incidente.

O primeiro elemento a se observar neste caso é que o mesmo *se* trata de uma relação que não envolve o proprietário do navio. O Estado lesado, busca por esta via o reconhecimento de que a sociedade classificadora de navios (a *American Bureau of Shipping* – ABS), enquanto terceiro, foi imprudente na emissão do certificado que atestava o bom estado de navegabilidade do navio, tendo, dessa maneira, contribuído para o evento danoso, haja vista que o sinistro decorreu de uma falha mecânica da embarcação.

A ABS, por sua vez, opôs uma série de reconvenções requerendo, dentre outras coisas, compensar os potenciais prejuízos que viesse a sofrer no litígio com os ganhos obtidos pela Espanha diante do FIPOL nos demais processos compensatórios.

Não obstante, requereu uma decisão sumária com o argumento de que a Espanha não provou o devido grau de sua culpabilidade para lhe imputar uma responsabilidade conforme a CLC e, alternativamente, aduziu que a Corte não era competente para julgar o caso nos termos da convenção, em que a Espanha e Bahamas são signatários<sup>117</sup>.

O processo foi processado e julgado pela Corte Distrital de Nova York, em que a juíza Laura Taylor Swain proferiu duas decisões sobre o caso: na primeira

---

117 “Both prongs of ABS’ motion are focused on the jurisdictional and liability channeling provisions of the CLC. Defendants assert that they are covered by the CLC and argue, first, that Plaintiff cannot prove the standard of knowing and reckless conduct on Defendants’ part that would be required to meet the standard for direct liability under the Convention. Defendants also argue that because Spain’s pollution damage claims against them are covered by the CLC, those claims can only be adjudicated in Convention signatory fora”. Cfr. Reino de España v. The American Bureau of Shipping, Decisão de 02.fev.2008: 4.

decisão, publicada em 2 janeiro de 2008<sup>118</sup>, a Corte Distrital reconheceu-se incompetente para o tratamento da matéria, conforme o tratamento legal dado pela CLC/92. Esta decisão foi reformada pela *Court of Appeal*<sup>119</sup> no que tange à aplicação da doutrina do *forum non conveniens* e foi reenviada à Corte Distrital que, em sua segunda decisão, proferida em 8 de março de 2010<sup>120</sup>, reconheceu a competência do foro norte-americano para a resolução do litígio e declarou, conforme o direito norteamericano, que a sociedade de classificação do navio não poderia ser responsabilizada pela poluição ocorrida. Analisemos as decisões.

Na primeira sentença, o tribunal em uma decisão sumária reconheceu a aplicabilidade da CLC/92, no sentido de que o art. III(4)(b) incluiria as sociedades de classificação de navios enquanto “*outra pessoa*<sup>121</sup> que, não sendo membro da tripulação, preste serviços para o navio” e, portanto, tais sociedades não poderiam responder por nenhum pedido de reparação decorrente do ato de poluição, a não ser que “*o prejuízo resulte de ação ou omissão destas pessoas com a intenção de causar tal prejuízo ou por imprudência e com o conhecimento de que tal prejuízo poderia vir a ocorrer*”<sup>122</sup>.

Além disso, a juíza reconheceu que a Corte de Nova York, enquanto tribunal norte-americano, não seria competente para o processamento e julgamento do caso, nos termos do art. IX(1), da CLC/92<sup>123</sup>, por entender que o referido

118 Reino de España v. The American Bureau of Shipping, Decisão de 02.fev.2008: 4.

119 *Cfr.* Reino de España v. The American Bureau of Shipping, Decisão de 12.jun.2009.

120 *Cfr.* Reino de España v. The American Bureau of Shipping, Decisão de 08.mar.2010.

121 O argumento de defesa da Espanha de que o termo “pessoa” neste dispositivo apenas aplicaria às pessoas naturais foi afastado com base no art. I(2), da CLC, que reconhece enquanto “pessoa”, “qualquer pessoa física ou pessoa moral de direito público ou de direito privado, incluindo o Estado e as suas subdivisões políticas”. *Cfr.* Costa Gomes, 2010a: 931.

122 “*The undisputed factual record, even when read in light most favorable to Spain, clearly indicates that ABS is a person who, without being a member of the crew, performed services for the Prestige within the meaning of CLC Article III(4). Accordingly, the CLC is applicable to Spain’s claims against ABS in this action*” (Reino de España v. The American Bureau of Shipping, Decisão de 02.fev.2008: 5).

123 “*Here, however, the issue is whether Spain, as a signatory to the CLC, is bound by the CLC’s provisions and, thus, is obligated under Article IX(1) to pursue its claims in the courts of a contracting state. The CLC, which forms part of Spanish law, limits covered claims to those permitted under its terms; Article IX(1) grants jurisdiction of CLC claims to the courts of signatory states only (...) Spain, as a signatory to the CLC, is bound by the CLC’s provisions and, therefore, must pursue its claims under that Convention in its own courts, or those of another injured contracting state. Since the United States is a non contracting state to the CLC, the Court lacks the jurisdiction necessary to adjudicate Spain’s claims arising from the pollution damage that resulted from the sinking of the Prestige*” (Reino de España v. The American Bureau of Shipping, Decisão de 02.fev.2008: 9).

artigo atribui jurisdição exclusiva aos Estados contratantes para processar e julgar os casos referentes aos eventos ocorridos em seus territórios e a sua inobservância se assemelharia ao descumprimento de uma obrigação contratual por parte do Estado signatário.

A Espanha recorreu desta decisão alegando, em suma, que a CLC/92 não seria capaz de retirar a jurisdição material de uma corte federal norte-americana, posto que os EUA não são signatários desta convenção, não estando obrigados, portanto, aos seus termos<sup>124</sup>.

A *Court of Appeal of the Second Circuit* apreciou o recurso e lhe deu provimento. Em seus fundamentos, no entanto, observou que a acatamento da decisão ao recurso não significa que a corte distrital norte-americana teria de aplicar necessariamente a sua jurisdição para o caso. Isso dependeria de uma análise perfunctória da aplicação da doutrina do *forum non conveniens* e da cortesia internacional (*comity*), que deveria ser propriamente realizada em primeira instância. Na eventualidade desses institutos não acarretarem em sua impronúncia, observou que caberia à Corte analisar qual legislação seria aplicável ao caso e decidir sobre o mérito da questão. Com base nisso, o tribunal não se estendeu na análise do caso, concluindo que o juízo de primeira instância errou ao considerar que a CLC privou a aplicação de sua jurisdição material e reenviou o processo para a sua revisão.

Recebido o processo, a Corte distrital de Nova York, em atendimento ao reenvio efetuado pela *Court of Appeal of the Second Circuit*, reconheceu-se competente com base nos §§ 1332 e 1333, 28 U.S.C, que atribuem jurisdição exclusiva às Cortes dos estados norteamericanos para processar e julgar ações civis em direito marítimo<sup>125</sup> e reconheceu que, em se tratando de uma ação cujo valor indenizatório pleiteado supera 75.000 dólares e possuam elementos de internacionalidade, o processo seria julgado originariamente por

---

124 Acerca da eficácia de convenções internacionais perante terceiros, o professor Fernando Loureiro Bastos identifica a sua possibilidade em algumas espécies de convenções ambientais, que influenciam a esfera de terceiros por meio da estipulação de obrigações para as partes contratantes. No entanto, não é o caso da CLC/69-92. Sobre a eficácia dos tratados perante terceiros, Cfr. Loureiro Bastos, 2010: 301-342.

125 28 U.S.C, § 1333: “The district courts shall have original jurisdiction, exclusive of the courts of the States, of: (1) Any civil case of admiralty or maritime jurisdiction, saving to suitors in all cases all other remedies to which they are otherwise entitled: (2) Any prize brought into the United States and all proceedings for the condemnation of property taken as prize” (Disponível em: <http://codes.lp.findlaw.com/uscode/28/1V/85/1333>, acesso em: 08.mai.2011).

uma Corte distrital. Nessa esteira, reconheceu também ser aplicado o direito norte-americano para a resolução do litígio<sup>126</sup>.

Vejamus a situação do réu antes de aprofundarmos a discussão desta decisão: A *ABS* tem a sua sede principal em Houston, Texas (EUA), porém é registrada conforme as leis de Nova York, uma vez que a sua sede anterior se situava naquela cidade. Não obstante, a realização de suas atividades de certificação e inspeção de navios é efetuada em seus escritórios situados em Hong Kong e Cantão, na China, e em Dubai e Abu Dhabi, nos Emirados Árabes Unidos.

O *Prestige* realizava as suas vistorias especiais e obrigatórias (*special and statutory surveys*) para a emissão de sua classificação, válida por cinco anos, em Cantão, na China. Esta certificação foi emitida pela sede de Houston, EUA, em 2001. As suas vistorias anuais obrigatórias para certificação de classe (*annual and statutory class surveys*), todavia, eram realizadas em Abu Dhabi, Emirados Árabes Unidos, que emitia a sua própria certificação, tendo esta, inclusive, sido a última realizada pelo navio cinco meses antes do incidente. Para navegar conforme a bandeira de Bahamas, o *Prestige* precisava destes dois certificados.

Posto isso, a Espanha argumentou ser a lei norteamericana aplicável ao caso, uma vez que a *ABS* é uma empresa norte-americana e o ato objeto do processo teria decorrido de sua sede norteamericana, que concentra e coordena as atividades de seus escritórios. Alternativamente, aduziu ser aplicável a legislação espanhola, dado que o lesado foi o Estado soberano da Espanha. A *ABS*, por sua vez, alegou ser aplicável a lei do Estado de bandeira, no caso, as Bahamas, posto que os atos objeto do processo foram praticados em diversas localidades do globo e o Estado das Bahamas teria maior proximidade com a causa, uma vez que é o principal interessado na regulação das sociedades que reconhecidamente certificam a navegabilidade de seus navios. Alternativamente, defende a aplicação das legislações chinesa e dos Emirados Árabes Unidos, uma vez que as atividades objeto do litígio foram praticadas nestes países<sup>127</sup>.

Diante desta realidade, a Corte realizou uma análise de precedentes e concluiu no sentido de que, como o réu não é o proprietário do navio e não existe nenhuma relação contratual entre as partes (*tort liability*), o fato mais relevante

---

126 "For the following reasons, the Court determines that the law of the United States governs the resolution of Spain's claims and that, under United States law, *ABS* is entitled to judgment as a matter of law pursuant to Federal Rule of Civil Procedure 56" (*Reino de España v. The American Bureau of Shipping*, Decisão de 08.mar.2010).

127 Borges, 2012: 538 *et ss.*

para a eleição da lei aplicável ao caso é que uma das certificações necessárias para a navegação do navio ter sido emitida pelo escritório norte-americano controlador das demais empresas, o que conduz à concepção de que o ato ilícito objeto da ação foi praticado por um sujeito norte-americano nos EUA. Esta conclusão se pauta na idéia de que o local do incidente foi meramente fortuito, a justificar o afastamento de uma verificação geográfica quanto ao local do dano em detrimento da responsabilidade da empresa controladora pelos atos de suas filiais<sup>128</sup>.

Tendo reconhecido a sua jurisdição e lei aplicável sobre o caso, a Corte em seu juízo de mérito entendeu que, diante da inexistência de precedentes que condenem uma sociedade de classificação enquanto terceiro responsável por poluição decorrente de falhas no navio, acompanhado dos precedentes que reconhecem que a inspeção/vistoria realizada pelas sociedades de classificação se dirige tão somente ao proprietário do navio, que é o responsável final por todos os elementos relacionados ao seu navio, não existem elementos suficientes a justificar a condenação da sociedade de classificação. Seu posicionamento foi reforçado pela desproporcionalidade existente entre o valor da inspeção e o risco que seria assumido por tais instituições, caso pudessem ser reconhecidas enquanto terceiros responsáveis.

### **2.3. O enquadramento das sociedades de classificação neste regime**

Transpondo-se os regimes legais abstratos para uma análise acerca da responsabilidade civil das sociedades de classificação por poluição causada por hidrocarbonetos provenientes de navios por si inspecionados, vemos que inexistente, ao menos expressamente, um tratamento internacional que regule a sua responsabilidade nesse pormenor, nem um firme posicionamento jurisprudencial.

---

128 "As noted above, the parties dispute the relative significance to Spain's claims of the alleged actions and omissions of ABS that are attributable to its headquarters in the United States versus the alleged actions and omissions of ABS that are attributable to its offices in China and the United Arab Emirates. However, it is undisputed that ABS surveys are conducted in accordance with centrally promulgated rules and that at least one of the certificates operative at the time of the casualty was issued from ABS's Houston headquarters (...). Under the principles set forth in *Rationis* and *Carbotrade*, these contacts frame a connection of Spain's claims to the United States that is more significant than the geographic contacts proffered regarding any other nation (including the flag nation) in this action, where the location of the casualty was the product of tragic happenstance and the defendant is neither the ship nor the shipowner. Accordingly, in light of the guidance of the *Lauritzen* triad, *Rationis*, and *Carbotrade*, and the fact that Spain's claims rely on demonstrating wrongful conduct committed by U.S. corporations in the United States, the Court will apply the maritime law of the United States in determining ABS's motion for summary judgment." (Reino de España v. The American Bureau of Shipping, Decisão de 08.mar.2010: 10-12).

A CLC/92, como dito, canaliza a responsabilidade pelo evento danoso para o proprietário do navio, não trazendo, portanto, qualquer menção expressa às sociedades de classificação. A segunda parte do art. III(4) deixa evidente este regime ao estabelecer que “*Sem prejuízo do previsto no parágrafo 5 deste artigo, nenhum pedido de indemnização por prejuízos devidos à poluição (...), pode ser formulado contra: (a) os funcionários ou agentes do proprietário ou membros da tripulação; (b) o piloto ou qualquer outra pessoa que, não sendo membro da tripulação, preste serviço no navio; (c) qualquer afretador (seja qual for o seu estatuto, incluindo o afretador de navio em casco nu), gestor ou operador do navio; (d) qualquer pessoa que desenvolva operações de salvamento com o consentimento do proprietário ou de acordo com instruções de uma autoridade pública competente; (e) qualquer pessoa que esteja a executar medidas de salvaguarda; (f) todos os funcionários ou agentes das pessoas mencionadas nas alíneas (c), (d) e (e), excepto se o prejuízo resultar de acção ou omissão destas pessoas com a intenção de causar tal prejuízo ou por imprudência e com o conhecimento de que tal prejuízo poderia vir a ocorrer*”<sup>129</sup>.

Como pode se observar, a alínea (b) do art. III(4) faz menção a “qualquer outra pessoa que, não sendo membro da tripulação, preste serviço no navio”, ou seja, esta alínea dá abertura para o entendimento de que as sociedades de classificação não poderiam ser demandadas em ações indenizatórias que pleiteiem a compensação por prejuízos causados por poluição.

Note que a terminologia “pessoa”, conforme estabelece o art. I(2), significa, para os fins da convenção, “*qualquer pessoa física ou pessoa moral de direito público ou de direito privado, incluindo o Estado e suas subdivisões políticas*”<sup>130</sup>, de maneira que, no aspecto subjetivo do dispositivo as sociedades de classificação se enquadrariam no rol de pessoas que não poderiam sofrer qualquer pedido de indenização decorrente dos prejuízos causados por poluição de um navio. Resta saber se a mesma cumpre o aspecto objetivo da norma que é a subsunção ao fato “prestar serviço no navio”.

Uma primeira leitura do dispositivo leva-nos a crer que para a sua incidência, fundamental se faz que o agente preste serviços a bordo do navio, como ficou configurado na decisão do caso *Erika*. Contudo, deverá assinalar-se que a tradução portuguesa deste trecho afasta-se das versões oficiais em inglês e

129 Costa Gomes, 2010a: 933-934.

130 Costa Gomes, 2010a: 931.

francês, que dispõem: “*performs services for the ship*”<sup>131</sup> e “*s’acquitte de services pour le navire*”, respectivamente. Ou seja, para a subsunção do fato à norma basta que o agente preste serviços para o navio e não, necessariamente, a bordo do mesmo, conforme denota as expressões “*for*” e “*pour*”, que correspondem à preposição “*para*” em língua portuguesa. Desse modo, há fundamentos para se reconhecer que o regime previsto na CLC/92 poderia afastar a possibilidade das vítimas ajuizarem pedidos de indenização perante as sociedades de classificação de navios, uma vez que esta presta serviços para o navio.

Contudo, a doutrina está dividida neste pormenor. Phillippe Boisson<sup>132</sup> e Francesco Siccardi<sup>133</sup> concordam que, apesar destas sociedades não serem membros da tripulação, os mesmo executam um serviço para o navio imprescindível para a sua operação, do qual há a necessidade de serem realizados fisicamente a bordo do navio para a comprovação do estado real da embarcação, motivo pelo qual deve se reconhecer a sua imunidade. Em sentido contrário estão Nicolai Lagoni<sup>134</sup>, Pierre Bonassies<sup>135</sup> e Francesco Berlingieri<sup>136</sup>. Para Lagoni, a expressão “*o piloto ou qualquer outra pessoa*” pressupõe implicitamente que a outra pessoa deve ter obrigações equivalentes a do piloto para se inserir neste rol.

Já Bonassies se utiliza de dois argumentos para defender o afastamento da imunidade das sociedades de classificação, o primeiro em relação a *mens legis* durante os trabalhos preparatórios da convenção, e o segundo quanto a técnica de interpretação deste tipo de cláusula e o seu texto. Recorda o autor, que durante a discussão acerca da aprovação da convenção, jamais se falou nas sociedades de classificação, bem como a proposta dos Países Baixos para a inclusão do termo “*empregados independentes*” (*entrepreneurs indépendents*) em vez de “*mandatários*” na alínea (a) foi negada, o que demonstraria a predisposição em não reconhecer a imunidade a este tipo de sociedades. Quanto ao texto, em conformidade com o que Lagoni defende, Bonassies entende que, por se tratar o art. III(4) de uma cláusula de exceção, a mesma deverá

---

131 Art. III(4)(b) da CLC/92 (Versão inglesa disponível em: <http://www.iopcfund.org/npdf/Conventions%20English.pdf>, acesso em 29.mai.2011).

132 Boisson, 2008: 696-673.

133 Siccardi, 2005: 691-710.

134 Lagoni, 2006: 289-290.

135 Bonassies, 2008: 691-695.

136 Berlingieri, 2012: 1015-1026.

ser interpretada restritivamente (*ejusdem generis*) e que há diferenças entre as prestações feitas pelas sociedades de classificação e os sujeitos descritos na norma, não sendo, portanto, extensíveis a estas a sua imunidade<sup>137</sup>.

Berlingieri acrescenta que, se levado a efeito o argumento de Boisson acerca da prestação de serviços para o navio, dever-se-ia incluir todos os prestadores de serviço (*vg.* estaleiros de construção e reparação de navios) a caminhar para um regime de “canalização absoluta”, o que dispensaria a lista de pessoas nas demais alíneas do artigo e não foi acordado nos trabalhos preparatórios<sup>138</sup>.

Por outro lado, há além da alínea (b), a alínea (e) deste mesmo artigo que daria azo a uma interpretação quanto à uma eventual imunidade das sociedades de classificação. Segundo este dispositivo seria imune “qualquer pessoa que esteja a executar medidas de salvaguarda”. Ora, mantido o entendimento de “pessoa”, já discutido acima, segundo o art. I(7) da convenção o conceito de “medidas de salvaguarda” seria “quaisquer medidas razoáveis tomadas por qualquer pessoa após a ocorrência de um evento para prevenir ou limitar a poluição”. Levando em consideração que diante de eventos de poluição, as sociedades de classificação inspecionam e reexaminam os navios de natureza técnica semelhante para prevenir a ocorrência de danos futuros. Pode-se reconhecer, para estes casos, uma imunidade fora da alínea (b).

Apesar dos argumentos trazidos por Bonassies e o impasse da jurisprudência que, como pudemos vislumbrar, possui julgados para ambos os entendimentos proferidos na mesma época, acompanhamos a doutrina encampada por Boisson, posto que a finalidade do regime de canalização da CLC/92 é, justamente, eliminar a existência destes responsáveis virtuais, e permitir um contencioso menos custoso e célere para as vítimas. Ademais, as sociedades de classificação, nas prestações de classificação, não apenas prestam um serviço direcionado à administração do navio, imprescindível para a sua navegação, como o devem fazer em contato direto com a embarcação (o que poderia se equiparar a um serviço prestado à bordo), uma vez que precisam inspeciona-lo fisicamente. Além disso, tal interpretação não pode ser dissociada de uma análise econômica, no sentido de que, ao delegar um risco dessa magnitude (sujeição passiva e sem limitação de responsabilidade), os serviços de inspeção e classificação se tornariam impraticáveis e, conseqüentemente, o transporte

---

137 Costa Gomes, 2010b, 399-406.

138 Berlingieri, 2012: 1019.

de óleo em atendimento às normas de segurança convencionadas, em razão da onerosidade excessiva de tais operações.

Entendida a possibilidade acerca da imunidade das sociedades de classificação, há ainda de se reconhecer que o art. III(4) deverá atender os termos de seu parágrafo 5, que estabelece que nenhuma disposição da convenção prejudicará os direitos de recurso do proprietário contra terceiros. Portanto, ainda que tais sociedades não pudessem ser demandadas diretamente, nada impede o redirecionamento da responsabilidade do proprietário do navio perante as mesmas, caso estas tenham incorrido no disposto do art. III(2 (b), que abre a possibilidade de se isentar a responsabilidade do proprietário nas hipóteses em que este provar que o dano resultou, na totalidade, de um fato deliberadamente praticado ou omitido por terceiros com a intenção de praticar o prejuízo.

Esse regime, portanto, prevê a possibilidade das sociedades de classificação vir a responder por um fato de poluição, que se apresenta enquanto responsabilidade extracontratual. Contudo, apenas legitima o proprietário do navio para litigar perante esses sujeitos. Ocorre que o proprietário do navio possui uma relação contratual com estas sociedades, em cujas cláusulas há previsões expressas quanto a exclusão e/ou limitação de sua responsabilidade perante terceiros.

Resta-nos saber se estas cláusulas seriam oponíveis para se sustentar a exoneração de responsabilidade para estes casos, posto que ambas as partes são contratantes. Conforme a verificação acerca da legalidade destas cláusulas de exoneração/limitação, o único ponto em comum entre a jurisprudência francesa, inglesa e americana é no sentido de que se a prática foi dolosa ou equivalente ao dolo (culpa grave), não haveria a possibilidade da parte se aproveitar desta cláusula exoneratória. Desse modo, considerando que para o redirecionamento da responsabilidade para terceiros no regime da CLC/92, fundamental se faz a comprovação do dolo do agente (prática intencional), não há se falar em validade destas cláusulas no presente caso.

A mesma conclusão se dá para a previsão do ISM Code<sup>139</sup>, que estabelece entre as partes o reconhecimento do direito de limitação de responsabilidade

---

139 Instrumento multilateral gerido pelo Comitê Marítimo Internacional (CMI) em que os membros da IACS, da International Chamber of Shipping (ICS), da International Chamber of Commerce (ICC), da International Association of Dry Cargo Shipowner (Intercargo), da International Group of P&I Clubs (IG P&I), da International Union of Marine Insurance (IUMI), da Oil Companies International Marine Forum (OCIMF) e da Organização Marítima Internacional (OMI) são signatários.

das sociedades de classificação em até 10 vezes os honorários por elas recebido por demanda. Desse modo, diante da ausência de normas aplicáveis nesse sentido, o montante indenizável pelas sociedades de classificação dependerá da apreciação equitativa do juiz no caso concreto.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, para a aferição da responsabilidade de uma sociedade de classificação de navios, necessário se faz a distinção entre as atividades por si prestadas: se no exercício de uma atividade privada ou pública.

O contrato de classificação, enquanto prestação de natureza privada apresenta-se como uma prestação de serviço, de espécie contratual como sendo uma empreitada intelectual. O contrato será pautado nas normas internas das sociedades de classificação a deter cláusulas de exoneração/limitação de responsabilidade e de eleição de foro exclusivo para a resolução de eventuais litígios. Tais cláusulas, apesar de válidas para se constar no instrumento, em razão da liberdade contratual entre as partes, não poderão ser suscitadas em seu benefício nos casos de dolo ou de culpa grave, como restou demonstrado na jurisprudência francesa, americana e inglesa discutidas. No caso de responsabilidade extracontratual, tais cláusulas não serão oponíveis a terceiros e as sociedades responderão conforme as peculiaridades de cada ordenamento, no qual nota-se um posicionamento mais rígido dos tribunais franceses em relação aos tribunais de *common law*, no que tange a sua condenação.

Outra distinção entre os sistemas francês, norteamericano e inglês que merece destaque é acerca da lei aplicável à resolução de casos com efeitos transnacionais, uma vez que, em razão do alto grau de internacionalidade presente em litígios marítimos, há a potencialidade de conflitos onde o foro não corresponderá necessariamente com o direito aplicável à resolução do caso. Nesse pormenor, observa-se no sistema francês a incidência da *lex loci commissi delicti*, de modo que a lei aplicável ao caso será a do local onde foi praticado o ato ilícito; no sistema inglês a aplicação da *lex fori*, no qual a lei do foro competente será a da resolução do litígio e; no sistema estadunidense a incidência da *proper law of the tort*, em que diante das peculiaridades do caso busca-se a lei mais próxima das partes e do evento. Esta diferenciação de tratamento legal a uma mesma situação acarreta em sérias questões ao contencioso e à concorrência internacional, a envolver problemas como o *forum shopping* e extensas discussões sobre imunidade de jurisdição e lei aplicável em detrimento do mérito da questão, tornando o processo lento e oneroso.

Observou-se, ainda, que no exercício de sua função pública, as sociedades de classificação têm as suas atividades reguladas por meio da legislação internacional sobre segurança marítima (LC, SOLAS, MARPOL) e atuam em nome do Estado de bandeira por meio da realização de vistorias estatutárias. No Direito comunitário europeu, a Diretiva n.º 94/57/CE, do Conselho, de 22 de novembro, ganha relevo ao regular esta atividade, classificada enquanto um contrato de trabalho, apesar de sua semelhança a um contrato de mandato. Isso porque, traz a possibilidade de limitação da responsabilidade para as sociedades de classificação quando acionadas pelos Estados no exercício de seu direito de regresso.

Ao exercer tal atividade, há de se reconhecer ainda que a sociedade de classificação atuou enquanto agente de um Estado soberano, a deter, nestas hipóteses, imunidade de jurisdição à semelhança da imunidade diplomática entre Estados, como reconhecido pela *Cour D'Appel* de Paris no caso *Erika*.

No que tange ao seu tratamento diante de incidentes ambientais decorrentes de poluição marinha por hidrocarbonetos, resta evidente a carência de regulamentação clara quanto a sua responsabilidade. A própria CLC/92, se mostra nebulosa ao instituir um sistema de canalização recheado de “brechas”, a permitir interpretações distintas quanto aos sujeitos imunes ou não a uma eventual ação de responsabilização. Prova disso foram as decisões proferidas nos casos *Erika* e *Prestige* que, apesar de contemporâneas uma à outra, a interpretação utilizada na corte norte-americana foi diametralmente oposta à francesa.

Neste pormenor, retornam os problemas práticos ao aplicador do Direito, que vão desde questões envolvendo *forum shopping*, com a escolha de foros que se mostrem mais susceptíveis a uma resolução de mérito mais benéfica, até a busca por “*side players*” para responder por uma eventual poluição, no que SICCARDI chama de “*finding deep pocket targets*”<sup>140</sup> na tentativa de se escapar da limitação de responsabilidade do proprietário do navio.

Apesar de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais para ambos os sentidos, entendemos que as sociedades de classificação deveriam ser imunes a uma responsabilização nos termos do art. III(4), (b), da CLC/92, em razão, não só, da finalidade de sua atividade (segurança da navegação), como também da disparidade entre os valores auferidos em detrimento dos riscos que assumiriam ao se reconhecer a sua “exclusão” do rol de pessoas imunes (a onerar

140 Siccardi, 2005: 697.

toda a atividade marítima em seu aspecto econômico com os “novos” riscos embutidos nos valores de classificação), e da facilitação na resolução de litígios desta natureza, a se evitar longas discussões prejudiciais ao mérito. Ademais, há a possibilidade das sociedades de classificação virem a responder perante o proprietário do navio, no exercício de seu direito de regresso, o que não vem a representar uma blindagem quanto a sua responsabilização.

Não obstante, independente do posicionamento adotado, resta evidente a necessidade urgente da edição de convenções que clarifiquem a posição das sociedades de classificação e de outros “*side players*” nestes incidentes no que tange as suas responsabilidades e eventuais limites, dado que a sua atuação se apresenta intimamente relacionada com questões capazes de gerar uma responsabilização, até então, não regulada, embora o seu questionamento tenha se tornado cada vez mais constante no contencioso internacional.

## BIBLIOGRAFIA

ALCÁNTARA, José M.

2008 “Shipbuilding and Classification of ships. Liability to third parties”,  
in: *Zbornik PFZ*, 58, (1-2), 2008, pp. 135/145.

ANTAPASSIS, Anthony

2007 “Liability of Classification Societies”, in: *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol 11.3, dez. 2007, Disponível em: <http://www.ejcl.org/113/article113-22.pdf>(acesso em: 03 abr.2011).

ARROYO, Ignacio

2002 *Compendio de Derecho Marítimo*, Tecnos: Madrid.

2005 *Curso de Derecho Marítimo*, 2.ed., Thomson–Civitas: Madrid.

BASEDOW, Jürgen & WÜRNEST, Wolfgang

2008 “The Liability of Classification Societies towards Ship Buyers”, in: *Il Diritto Marittimo*, Ano CX, Vol I, pp. 278-249.

BASTOS, Fernando Loureiro

2010 “Algumas Considerações Sobre a Produção de Efeitos dos Tratados de Protecção do Ambiente no Espaço Marinho”, in: *Separata de Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, vol. 4, Almedina: Coimbra, pp. 301-342.

BERLINGIERI, Francesco

2012 “Les sociétés de classification peuvent-elles bénéficier de la canalisation prévue à l’article III.2 de la CLC 1992?”, in: *Le Droit Maritime Français*, dez., pp. 1015/1019.

BOISSON, Philippe

2010 “La responsabilité de la société de classification dans l’arrêt Erika”, in: *Le Droit Maritime Français*, nov., pp. 897-902.

2008 “La société de classification bénéficie-t-elle de l’exclusion prévue par l’article III (4) de la convention CLC?”, in: *Le Droit Maritime Français*, set., pp. 696-703.

2007 “Trois mesures au coeur des débats sur le 3ème Paquet de sécurité maritime: indemnisation des passagers, responsabilité de l’armateur et société de classification”, in: *Le Droit Maritime Français*, set., pp. 705-713.

BONASSIES, Pierre

2008 “Sociétés de classification et convention de 1969/1992 sur la responsabilité pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures”, in: *Le Droit Maritime Français*, set., pp. 691-695.

BORGES, Orlindo Francisco

2012 “*Forum shopping* e conflitos de jurisdição no contencioso internacional do ambiente para compensação de prejuízos devidos à poluição causada por hidrocarbonetos: Apontamentos sobre a jurisprudência dos casos Amoco Cadiz e Prestige e o seu contributo para novas políticas de coordenação jurisdicional internacional”, in: *Anais do II Congresso Internacional Florense de Direito e Ambiente* - Preparatório para o Rio+20. Caxias do Sul: PUC/RS, pp. 576 et ss.

BOULOC, Bernard

2010 “Quelques réflexions sur l’aspect pénal de l’arrêt Erika”, in: *Le Droit Maritime Français*, nov., pp. 886-896.

BRATVELD, Gry & GJELTSEN, Gaute

2006 “Classification society liability”, in: *The Intermediary*, set. 2006. Disponível em: <http://www.itic-insure.com/itic-publications/the-intermediary/article/classification-society-liability/> (acesso em: 14.jun.2011).

COELHO, Carlos de Oliveira

2007 *Poluição Marítima por hidrocarbonetos e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina.

COMMARET, Jean-François

2009 *La responsabilité des sociétés de classification: analyse comparative*, Dissertação de mestrado apresentada ao curso *Droit Maritime et des Transports* da *Faculte de Droit et de Science Politique d’Aix-Marseille*. Disponível em: [http://www.cdmt.droit.univ-cezanne.fr/fileadmin/CDMT/Documents/Memoires/Version\\_Final\\_M\\_Commaret.pdf](http://www.cdmt.droit.univ-cezanne.fr/fileadmin/CDMT/Documents/Memoires/Version_Final_M_Commaret.pdf) (acesso em: 14.abr.2011).

DE RAULIN, Arnaud

1993 “L’Epopée judiciaire de l’Amoco Cadiz”, in: *Journal du droit international*, 120 n.º 1 (jan.-mar.), pp. 41-96.

DELEBECQUE, Philippe

2010 “Aspects civils de l’arrêt Erika”, in: *Le Droit Maritime Français*, nov., pp. 878-885.

DU PONTAVICE, Emmanuel

1969 *La pollution des mer par les hydrocarbures*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

DURR, Sean Diederich

s.d. *An analyses of potential liability of classification societies: developing role, current disorder and future prospects*, Dissertação de mestrado apresentada ao curso *Maritime and Shipping Law* da *University of Cape Town*. Disponível em: <http://web.uct.ac.za/depts/shiplaw/theses/durr.htm> (acesso em: 03.abr.2011).

FERRER, Michel

2004 *La responsabilité des Sociétés de Classification*, Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM).

FERRER CORREIA, António

2000 *Lições de Direito Internacional Privado I*, Coimbra: Almedina.

GALVÃO TELLES, Inocêncio

1980 *Direito das Obrigações*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.

GOMES, Manuel Januário da Costa

2010 *Limitação de Responsabilidade por Créditos Marítimos*, Coimbra: Almedina.

IACS

2011 *Classification Societies – What, Why and How?*. Disponível em: [http://www.iacs.org.uk/document/public/explained/Class\\_WhatWhy&How.PDF](http://www.iacs.org.uk/document/public/explained/Class_WhatWhy&How.PDF) (acesso em: 25.mai.2011).

INCIDENT NEWS

2011 *Amoco Cadiz Incident Report*. Disponível em: <http://www.incidentnews.gov/incident/6241> (acesso em: 30.abr.2011).

IOPC

2011 *The Prestige Incident: IOPC Funds Report*. Disponível em: <http://www.iopcfund.org/prestige.htm> (acesso em: 28.abr.2011).

LAGONI, Nicolas

2006 *The third party liability of Classification Societies*. Hamburgo: Springer.

LIMA PINHEIRO, Luís de

2002 *Direito Internacional Privado III: Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Coimbra: Almedina.

2001 *Direito Internacional Privado I: Introdução e Direito de Conflitos – Parte Geral*, Coimbra: Almedina:

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de

2008 *Direito das Obrigações: contratos em especial*, vol. III, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

MILES, Roger

2007 *Class Societies and Liabilities*, disponível em: <http://www.elbornes.com/downloads/pdfarticles/shipping/Class%20Societies%20and%20Liabilities.pdf> (acesso em: 13.jun.2011).

PAPALEO, João César Guaspari

2000 *Contrato a favor de terceiro*, Rio de Janeiro: Renovar.

PEREIRA DE ALMEIDA, António

1983 *Direito Privado II (Contrato de Empreitada)*, Lisboa: AAFDL.

QUÉNEUDEC, Jean-Pierre

1968 “L’incidence de l’affaire du Torrey Canyon sur le droit de la mer”, in: *Annuaire français de droit international*, vol. 14, 1968, pp. 701-718, disponível em: [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi\\_0066-3085\\_1968\\_num\\_14\\_1\\_1515](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1968_num_14_1_1515).

RAPOSO, Mário

2002 “Responsabilidade extracontratual das Sociedades de classificação de navios”, in: *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*, Braga: Coimbra Editora: 2002, pp. 599-611.

ROBERT, Sabrina

2003 *L’Érika: Responsabilités pour um désastre écologique*, Paris: Pedone.

ROMANO MARTINEZ, Pedro

1994 *Contrato de Empreitada*, Coimbra: Almedina.

2004 *Direito das Obrigações. Apontamentos*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: AAFDL.

SICCARDI, Francesco

2005 “Pollution Liability and Classification Societies, Is the System a Fair One?”, in: *Il Diritto Marittimo*, pp. 691-710.

SIMON, Patrick Me

2008 “Le jugement Erika met-il a mal le droit maritime?”, in: *Le Droit Maritime Français*, set. pp. 748-752.

WURMNEST, Wolfgang

2008 “Third party liability of Classification Societies in the context of shipping accidents”, in: *Actas de las II Jornadas Internacionales de Seguridad Marítima y Medio Ambiente*, pp. 109-119, disponível em: [http://www.observatoriodelitoral.es/subido/\\_documentos/publicaciones/obras\\_materias\\_maritimas/actas\\_ii\\_jornadas\\_internacionales\\_seguridad\\_maritima\\_y\\_medio\\_ambiente/Estudios\\_files/Wurmnest.pdf](http://www.observatoriodelitoral.es/subido/_documentos/publicaciones/obras_materias_maritimas/actas_ii_jornadas_internacionales_seguridad_maritima_y_medio_ambiente/Estudios_files/Wurmnest.pdf) (acesso em: 13.mai.2011).

TOTAL

2011 *Erika: review of facts*, disponível em: <http://www.total.com/en/about-total/special-reports/erika/review-of-the-facts-922659.htm> (acesso em: 08.set.2011).

VIDAL JUNIOR, Guilherme A.

1929 *Armamento marítimo: questões de direito*, Lisboa: P.G.R.

# A REABERTURA DO INQUÉRITO (OU A PROIBIÇÃO RELATIVA DE REPETIÇÃO DA AÇÃO PENAL)\*

Tiago Geraldo\*\*

Do I dare  
Disturb the universe?  
In a minute there is time  
For decisions and revisions which a minute will reverse.

T. S. ELIOT, *The Love Song of J. Alfred Prufrock*

**ABSTRACT:** *Under Portuguese Law, an acquittal which has come into force may be quashed and the criminal proceedings re-opened in view of new evidence that challenges the grounds relied on to close the case without filing a charge. The present article provides an overall analysis of the legal framework regulating the re-opening of criminal proceedings, debating, in particular, the value and effectiveness of the decision to close a case, the extent and consequences of the ne bis in idem principle in such context, the concept of new evidence required to re-open proceedings and the general restraints of this institute.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. Objeto e valor do arquivamento. § 1. Objeto do processo arquivado. § 2. Valor do despacho de arquivamento. § 2.1. Breve excursão histórico. § 2.2. Elementos comparatísticos. § 2.3. A solução consagrada no CPP de 1987. § 3. O *ne bis in idem* aplicado ao exercício da ação penal e à decisão final do inquérito. II. Limites gerais da reabertura do inquérito. § 4. O recurso de revisão enquanto *lugar inverso*. § 5. Corolários da distinção entre arquivamento de mérito e arquivamento por falta de prova. § 6. Irrepetibilidade e preclusão. § 7. Impulso processual. III. A prova idónea. § 8. Delimitação negativa. § 9. Novidade da prova e modo de aferi-la; formulação

---

\* O texto ora publicado (adaptado, para cumprimento de normas editoriais, ao Novo Acordo Ortográfico) corresponde, no essencial, ao relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2011/2012, à disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

\*\* Advogado na *Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados*.

de um critério geral. § 10. Valor probatório reforçado. § 11. Concretização do critério adotado. § 11.1. Prova testemunhal. § 11.2. Declarações de arguido. A confissão. § 11.3. Acareação, reconhecimento e reconstituição. § 11.4. Prova pericial. § 11.5. Prova documental. § 11.6. Provas atípicas e provas proibidas. § 11.7. Meios de obtenção da prova. § 12. Meios de reação contra a reabertura do inquérito. Conclusões.

## INTRODUÇÃO

Qualquer atividade investigatória pressupõe uma conclusão e é orientada no sentido de a alcançar. Assim é na investigação realizada nos campos da Ciência, da Filosofia, da História, e é também assim no domínio da investigação criminal: perante a notícia de um crime, ou do que se considera preliminarmente poder qualificar-se como crime, a investigação a realizar pelas autoridades competentes tem por finalidade apurar ou, melhor dizendo, chegar a uma conclusão sobre a existência de indícios que possam justificar a submissão do caso a julgamento e fundamentar uma eventual condenação.

No processo penal português, essa competência é do Ministério Público (MP): encerrada a investigação, e com base nos elementos aí recolhidos, cabe-lhe *concluir* se a ação penal deve ou não prosseguir.

A ação penal não prosseguirá, sendo o processo arquivado, quando o MP conclua, suportado em *prova bastante*, pela ausência de responsabilidade penal ou pela inadmissibilidade do procedimento (*cf.* artigo 277.º, n.º 1, do Código de Processo Penal [CPP]), o mesmo sucedendo quando não tiverem sido reunidos indícios suficientes da prática do crime ou de quem foram os seus agentes (*cf.* artigo 277.º, n.º 2, do CPP).

Porém, por via do disposto no artigo 279.º, n.º 1, do CPP, expirado o prazo previsto para a intervenção hierárquica, o inquérito, já depois de arquivado, pode ser reaberto, renovando-se a ação penal, caso surjam *novos elementos de prova* que invalidem os fundamentos invocados pelo MP no despacho de arquivamento<sup>1</sup>.

---

1 Ressalvadas as devidas particularidades e feitas as necessárias adaptações, o regime de reabertura do inquérito previsto no CPP assumirá igualmente relevância no âmbito de outros processos de natureza sancionatória que compreendam uma fase de investigação a cargo de uma entidade (idealmente) orientada pelos princípios da independência, legalidade e objetividade. Esse o caso, nomeadamente, dos processos de contraordenação, quer os tramitados em conformidade com o respetivo regime geral (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, sucessivamente alterado), quer os que são regulados pelos regimes especiais vigentes entre nós (*v.g.* os regimes processuais plasmados nos artigos 13.º e ss. do Novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e nos artigos 4.º e ss. do Regime Sancionatório do Sector Energético, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro).

Numa análise menos crítica, o regime desenhado pelo legislador poderá parecer claro e evidente, tornando isenta de dificuldades a atividade concretizadora do intérprete – e será porventura essa a razão que explica por que, salvo raras exceções, pouco se tenha cuidado entre nós de tratar da reabertura do inquérito, tema que elegemos como objeto de investigação.

No entanto, na sua aparente simplicidade, as normas adjetivas que legitimam a *repetição* da ação penal, encerrando em si um potencial momento de tensão entre os direitos do arguido e o interesse público na repressão da criminalidade, deixam entrever um conjunto de questões controversas que, revestindo inegável relevância teórica e prática, reclamam do intérprete, não apenas um esforço exegético, mas sobretudo uma rigorosa apreensão dos fundamentos do sistema processual penal à luz dos quais se deve, a nosso ver, procurar justificar e compreender o regime de reabertura do inquérito.

Assim, no plano em que nos pretendemos colocar, questão controversa será, desde logo, a de saber qual é, ou deve ser, o valor do despacho de arquivamento, e se esse valor difere consoante os fundamentos invocados pelo MP na decisão de arquivar. Relacionado com esta questão está o problema do sentido e extensão da *paz jurídica* que o arguido deve (ou não) beneficiar depois de o MP decidir arquivar o inquérito. Neste particular, suscitam-se igualmente dúvidas em torno do sentido da expressão “*novos elementos de prova*” utilizada pelo legislador no artigo 279.º, n.º 1, do CPP, sendo ainda problemático definir que concretos meios de prova serão idóneos a desencadear a reabertura do inquérito.

O presente estudo tem por finalidade analisar as questões acima enunciadas (entre outras que com elas possam estar relacionadas), promovendo uma análise global do regime plasmado no artigo 279.º do CPP que permita responder, no fim deste trabalho, à pergunta que resume, no essencial, o que aqui nos propomos tratar: em que casos e condições pode, *recte*, deve poder ser reaberto o inquérito?

Com a finalidade identificada, começaremos, no Capítulo I, por tentar fixar o objeto e o valor do despacho de arquivamento.

De seguida, no Capítulo II, empreenderemos uma análise dos limites e requisitos de admissibilidade da reabertura do inquérito, procurando, entre o mais, formular um critério geral de novidade da prova, o qual será depois aplicado e testado perante constelações de casos concretos. Esse o objeto do Capítulo III.

A final, serão retomados alguns dos pontos de apoio e argumentos que orientaram esta nossa investigação, e enunciadas, sinteticamente, as suas conclusões mais importantes.

## I. OBJETO E VALOR DO ARQUIVAMENTO

### § 1. Objeto do processo arquivado

Um processo penal dotado de estrutura acusatória exige, na formulação de Castanheira Neves, identidade entre o *acusado*, o *conhecido* e o *decidido*<sup>2</sup>. Por essa razão, impõe-se que o objeto do processo seja fixado, nos seus limites máximos, antes da fase de julgamento, ficando o tribunal a eles (tematicamente) vinculado no seu poder de cognição.

A generalidade da doutrina costuma apontar dois momentos processuais de fixação do objeto do processo: a acusação (do MP, no caso de crimes públicos e semipúblicos, e do assistente, no caso de crimes particulares) e o requerimento para abertura da instrução, quando apresentado pelo assistente<sup>3</sup>.

Estes dois momentos pressupõem um processo que chega à sua fase jurisdicional<sup>4</sup>. Nessa medida, admitir que apenas nesses casos há fixação do objeto do processo implica ao mesmo tempo reconhecer que, caso o processo culmine ainda na fase de inquérito – o que sucederá caso seja arquivado –, não chega sequer a haver objeto do processo.

Pese embora a questão seja controversa, não é esse o nosso entendimento. Defendemos, pelo contrário, a necessidade de se reconhecer a existência de um objeto do processo mesmo que este não alcance a fase jurisdicional, como acontece na hipótese de arquivamento.

Desde logo, se quer a acusação, quer o arquivamento, são resultados do exercício de um mesmo poder – o da ação penal –, então têm de se caracterizar pelo mesmo efeito de vinculação (ou de autovinculação) do MP<sup>5</sup>. Neste sentido, a prolação de um despacho de arquivamento acaba também por gerar,

---

2 Cf. Castanheira Neves, 1968: 196. No mesmo sentido, Figueiredo Dias, 1974: 144-145.

3 Representando o entendimento tradicional – e largamente maioritário – em matéria de fixação do objeto do processo penal, cf., entre outros, Tenreiro, 1987: 997-1044, Ferreira, 1991: 221-239, Isasca, 1995: 53-59, Dantas, 1995: 89-107, *idem*, 1997: 111-124, Barroso, 2003 e Sousa Mendes, 2009: 757.

4 A este propósito, são elucidativas as palavras de Damião da Cunha, 2009: 554, no sentido de que “*toda a conceção sobre o objeto do processo parece estar pensada para a ‘cabeça de um juiz’*”.

5 A questão dos efeitos associados ao despacho de arquivamento, em função do valor que lhe deva ser atribuído, constitui o núcleo do ponto § 2 deste trabalho.

necessariamente, a definição de um *objeto*, de um *tema* de arquivamento, que inclui, quer o *thema decidendum* (os factos do inquérito arquivado), quer o *thema probandum* (as provas do inquérito arquivado)<sup>6</sup>.

É essa, de resto, a direção para a qual a lei parece apontar: as limitações decorrentes do regime de reabertura do inquérito previsto no artigo 279.º do CPP só valerão, em concreto, para um (novo) inquérito relativo a um determinado *conjunto de factos*, fixado como tal no despacho de arquivamento, o que naturalmente pressupõe a fixação prévia de um *objeto do processo*.

De contrário, o próprio regime de reabertura do inquérito tornar-se-ia inoperante. Com efeito, não sendo reconhecida a existência de um *objeto do processo arquivado*, o MP poderia reabrir o inquérito arbitrariamente, sem ter de cuidar pela observância dos requisitos previstos no artigo 279.º do CPP. Efetivamente, não havendo um *tema de arquivamento*, nada impediria o MP de prosseguir a ação penal quanto a factos pelos quais acusou o arguido e, do mesmo passo, iniciar um (novo) processo autónomo relativamente aos factos que, tendo sido investigados, não foram levados à acusação.

Donde, considerando as exigências de efetividade do próprio sistema, e em particular o regime de reabertura do inquérito, não pode deixar de reconhecer-se que o *objeto do processo* é fixado também nos casos de arquivamento<sup>7</sup>.

## § 2. Valor do despacho de arquivamento

### § 2.1. Breve excursus histórico

Como referimos no início deste trabalho, a interpretação do regime de reabertura do inquérito está condicionada, em termos decisivos, pela determinação prévia do valor do despacho de arquivamento. Começamos por recordar a evolução da lei processual penal portuguesa sobre esta matéria.

Na vigência do CPP de 1929, e de acordo com o regime plasmado nos seus artigos 341.º e ss., o MP podia deduzir acusação ou, em alternativa, requerer ao juiz de instrução o arquivamento do processo ou que este ficasse a aguardar produção de prova adicional. Sendo da competência de um juiz, a decisão de

6 Damião da Cunha, 2009: 566, defende igualmente a existência de um *thema decidendum* e de um *thema probandum* indistintamente para qualquer decisão de termo do processo. Com maior desenvolvimento, veja-se ainda, do mesmo Autor, 2002: 160.

7 Em sentido próximo, Damião da Cunha, 2009: 570-571: "[...] no essencial, é na fase de inquérito que se discute, em termos hipotéticos, a juridicidade criminal de uma determinada situação de facto. A decisão final (arquivamento ou acusação) constitui, neste sentido, um 'apuramento' e uma concretização de uma problemática jurídica [...]. Ora, é fácil concluir que o inquérito, por tudo quanto se disse, tem também um 'objecto de discussão'".

arquivamento era suscetível de recurso (nos termos dos artigos 645.º e 646.º do CPP de 1929) e beneficiava do valor de caso julgado, que só podia ser atacado através de recurso de revisão. Já no caso de deferimento, pelo juiz de instrução, do requerimento do MP no sentido de o processo ficar a aguardar produção de *melhor prova*, a eficácia do caso julgado da decisão de abstenção de acusar ficaria condicionada à cláusula *rebus sic standibus*, podendo ceder em resultado da descoberta dessa prova adicional<sup>8</sup>.

Posteriormente, com o advento do Decreto-Lei n.º 35.007, de 13 de outubro de 1945, encerrou-se a era de domínio do processo inquisitório no sistema processual penal português. Neste contexto, de harmonia com a matriz acusatória então adotada, o MP passou de mero *promotor* para verdadeiro *executor* da ação penal<sup>9</sup>, sendo-lhe outorgada, com independência de decisão judicial, competência exclusiva para a decisão de *abstenção de acusar*, quer na hipótese de se constatar que não fora cometido crime algum (*cf.* artigo 25.º do citado Decreto-Lei), quer nos casos de falta de prova (*cf.* artigo 26.º do mesmo diploma).

Os efeitos dessas decisões eram regulados pelo artigo 29.º do mesmo Decreto-Lei, nos termos do qual “[n]ão havendo acusação do Ministério Público nem dos assistentes, serão os autos arquivados ou ficarão a aguardar melhor prova, independentemente de decisão judicial”, acrescentando-se no § único deste preceito que “[o] arquivamento só será definitivo depois de decorridos trinta dias sobre a comunicação ao Procurador da República nos termos do artigo 23.º”.

Embora à data dominasse, entre a jurisprudência e a magistratura do MP, a tese segundo a qual as decisões do MP, como o arquivamento, não assumiam natureza jurisdicional, mas meramente administrativa, podendo ser revogadas a todo o tempo<sup>10</sup>, a doutrina mais prestigiada dessa época defendia exatamente o contrário.

Eduardo Correia, por exemplo, invocava a circunstância de a decisão de arquivamento ter pertencido historicamente a um juiz para sustentar que, ao

---

8 Sobre o regime do arquivamento no CPP de 1929, veja-se a síntese proveitosa de Figueiredo Dias, 1974: 406-416.

9 A expressão é de Cavaleiro de Ferreira, 1986: 43.

10 Para uma resenha dos principais argumentos então utilizados pela magistratura do MP, veja-se Castro e Sousa, 1985: 258. *Cf.* também, como expressão desse mesmo entendimento, Fernandes Afonso, 1954: 153-166. Pode consultar-se, para um enquadramento da polémica, relacionada com aquela outra, que grassou na doutrina ainda a propósito do controlo judicial dos despachos de abstenção de acusação do MP, a partir da CRP de 1976 até ao CPP de 1987, Maximiano, 1981a: 103-157 e 1981b: 91-130.

transferir essa competência decisória para o MP, o legislador não teria desejado retirar-lhe os efeitos preclusivos que antes lhe eram reconhecidos, pelo que devia (continuar a) atribuir-se ao arquivamento determinado pelo MP valor idêntico ao que se atribuía à não pronúncia decidida por um juiz<sup>11</sup>. De acordo com este Autor, a eficácia do caso julgado estaria fundamentalmente ligada, não à autoridade de quem emana o ato (juiz ou MP), mas “antes à natureza da atividade estadual, razão por que muitos actos administrativos deveriam materialmente equiparar-se às sentenças, realizando, nesta medida, uma verdadeira função jurisdicional e sendo-lhe aplicáveis as regras do caso julgado”<sup>12</sup>.

Castanheira Neves<sup>13</sup> e Figueiredo Dias<sup>14</sup> perfilhavam idêntico entendimento. Este último Autor traçava uma distinção entre o arquivamento e o deixar-se o processo a aguardar a produção de melhor prova, atribuindo à primeira decisão – arquivamento determinado pelo MP – a mesma natureza substancial que o arquivamento antes decidido por um juiz e, conseqüentemente, o mesmo valor e eficácia (ou seja, a produção de caso julgado), posição que fundamentava por entender ser inadmissível perturbar o arguido “tantas vezes quantas se queira e por quanto tempo se queira, com uma nova instrução preparatória baseada nos mesmos factos”<sup>15</sup>.

## § 2.2. Elementos comparatísticos

O reconhecimento de força de caso julgado ao despacho de arquivamento (ou, pelo menos, a algumas modalidades desta figura) constitui, como salienta alguma doutrina<sup>16</sup>, uma especificidade quase exclusivamente portuguesa, que se afasta, neste ponto, de soluções consagradas no direito estrangeiro, em que o arquivamento compete a um juiz (como sucede, por exemplo, em Itália<sup>17</sup>), ou então, sendo também da competência do MP, como sucede no Direito

11 Correia, 1966-67: 49.

12 Correia, 1966-67: 50.

13 Castanheira Neves: 159-160.

14 Figueiredo Dias, 1974: 409-416.

15 Figueiredo Dias, 1974: 415.

16 Damião da Cunha, 2002: 160, nota n.º 170.

17 Ainda assim, a doutrina italiana sustenta, praticamente de forma unânime, e quase sempre com base numa argumentação formalista, que os efeitos do despacho de arquivamento não são reconduzíveis ao caso julgado: cf., por todos, Giostra, 1994: 91-98 e Scarpello, 2002: 137-143.

alemão<sup>18</sup>, em que o arquivamento se considera sujeito, qualquer que seja o seu fundamento, à cláusula *rebus sin stantibus*, sendo materialmente assimilado a uma mera suspensão da atividade instrutória, sem carácter definitivo.

Merecedor de referência particular, pela sua originalidade, é o Direito austríaco, no âmbito do qual, por referência ao § 363 do respetivo Código de Processo Penal, se pode concluir que, não obstante o arquivamento não produzir, por via de regra, efeito de caso julgado, já o produzirá quando, no inquérito primitivo, tenha havido constituição de arguido, tendo este, enquanto tal, sido interrogado, detido ou preso preventivamente<sup>19</sup>.

Para além da mencionada originalidade, a solução austríaca tem, quanto a nós, o mérito de deixar claro – e retomaremos esta ideia adiante – que o que justifica a tendencial definitividade do arquivamento é a proteção da *paz jurídica* daquele que já foi coartado no seu âmbito de liberdade por conta de um processo anterior (que veio a redundar na decisão de arquivar)<sup>20</sup>.

### § 2.3. A solução consagrada no CPP de 1987

No contexto do atual CPP, que, ao contrário do CPP de 1929, deixou de regular em termos gerais o instituto do caso julgado<sup>21</sup>, a resposta à questão do valor do despacho de arquivamento, não sendo clara, há-de resultar, num primeiro momento, do confronto do artigo 277.º, n.ºs 1 e 2, do CPP com o regime plasmado no artigo 279.º, que consagra a possibilidade de se reabrir o inquérito.

---

18 Rege nesta matéria o § 174 (2) do *Strafprozeßordnung* (StPO), nos termos do qual, depois do arquivamento, poderá ser deduzida acusação pública caso surjam novos factos ou novas provas. Nas palavras de Eberhard Schmidt, citado por Correia, 1966-67: 66, nota n.º 1, “em certo sentido, a abstenção [de acusar] do M. P. é sempre provisória”. Para uma perspetiva geral sobre o estatuto do MP na Alemanha e o valor das suas decisões, veja-se, também de Schmidt, 1957: 62-63, e ainda Colomer, 1985: 71-79.

19 É evidente a proximidade da solução austríaca com o que vem propor, para o Direito português, Damião da Cunha, 2002: 486 e *idem*, 2009: 572. De acordo com este Autor, o princípio *ne bis in idem* – de que falaremos detidamente no ponto § 3 –, corretamente entendido, implica que ninguém possa ser constituído duas vezes arguido quanto a um mesmo conjunto de factos, pelo que, tendo havido lugar à constituição de arguido no inquérito, este não poderia ser reaberto depois de arquivado.

20 Também assim Correia, 1966-67: 66, nota n.º 1, e Figueiredo Dias, 1974: 415-416.

21 Com efeito, excetuando o artigo 219.º, n.º 2, que exclui a existência de uma relação de litispêndia ou de caso julgado entre o recurso de medidas de coação e a providência de *habeas corpus* (e em que a noção de caso julgado parece ter sido utilizada com um propósito meramente clarificador, sem daí se poder retirar uma vinculação clara do processo penal a esse instituto), o atual CPP só se refere à eficácia de caso julgado a propósito das sentenças penais que conhecem de pedidos de indemnização civil (cf. artigo 84.º). É mais um argumento, portanto, no sentido de que o legislador pretendeu afastar este instituto, de matriz civilística, da órbita do processo penal.

Neste contexto, cabe referir, desde logo, que a mera existência do artigo 279.º do CPP evidencia que o nosso legislador rejeita – como rejeitou no passado – que o arquivamento produza apenas um efeito análogo ao da absolvição da instância<sup>22</sup>.

Para além deste aspeto, há ainda a realçar que os limites e os requisitos da reabertura do inquérito (que analisaremos em detalhe no Capítulo III) são, em nossa opinião, suficientemente objetivos – pressuposta, claro está, a sua correta interpretação – para concluir que o MP não é livre de renovar a ação penal *ad aeternum* até finalmente entender que foi feita *justiça*.

No mesmo sentido, não será também certamente despicienda – constituindo, pelo contrário, uma opção consciente do legislador que não pode deixar de ser devidamente valorada – a circunstância de o CPP de 1987 ter mantido a distinção, já constante do CPP de 1929, entre arquivamento por razões de mérito e arquivamento por falta de prova (*cf.* artigo 277.º, n.ºs 1 e 2, do CPP).

Finalmente, importa ter presente que a lei, para efeitos de recurso de revisão, equipara expressamente à sentença o despacho que tiver posto fim ao processo (*cf.* artigo 449.º, n.º 2, do CPP), como é o caso do arquivamento.

Em face do exposto, a ideia, acima afluída, de que o arquivamento, tal como a acusação, implica necessariamente, pela sua própria natureza, uma vinculação do MP a um juízo sobre um determinado conjunto de factos, parece também encontrar amparo no atual CPP.

Sem embargo, o problema da força jurídica do despacho de arquivamento não se resolve, a nosso ver, através da mera exegese dos preceitos legais que se ocupam da regulação desta matéria. Como deixámos antever logo na Introdução, cremos que a definição dos efeitos associados ao despacho de arquivamento dependerá sempre, em última instância, da própria conceção de processo adotada e do valor que se entenda dever ser atribuído à estabilidade, segurança e *paz jurídica* do cidadão que foi objeto de uma investigação criminal. Essa a perspetiva de que se partirá no ponto seguinte.

### **§ 3. O *ne bis in idem* aplicado ao exercício da ação penal e à decisão final do inquérito**

Retratada sumariamente a evolução legislativa portuguesa em matéria de arquivamento, referidas algumas soluções de Direito estrangeiro e identificadas as principais coordenadas em que assenta o respetivo regime no atual CPP,

---

22 Partilha este entendimento Damião da Cunha, 2002: 162, nota n.º 172.

é chegado o momento de enfrentar a interrogação fundamental que aqui se coloca: deve ou não ser reconhecida força de caso julgado (ou efeito análogo a este) ao despacho de arquivamento proferido pelo MP?

A doutrina, como quase sempre acontece em temas de tão grande sensibilidade, encontra-se dividida, sendo o valor de caso julgado (ou decidido) reconhecido por alguns Autores<sup>23</sup> e rejeitado por outros tantos<sup>24</sup>, muitas vezes com base em diferente argumentação.

Tomando partido nesta querela doutrinária, a razão, a nosso ver, está com os primeiros, ou seja, com aqueles que, na linha de Eduardo Correia, Castanheira Neves e Figueiredo Dias, entendem que, depois do arquivamento, é ilegítimo e inaceitável que a lei possa permitir a pendência *ad eternum* de uma espécie de *espada de Dâmoles* sobre o arguido, consistente na hipótese (inarredável) de reiteração da ação penal e eventual acusação com base nos mesmos factos que, num primeiro momento, conduziram ao arquivamento.

---

23 Aos já mencionados Correia, 1966-67, Castanheira Neves, 1968: 159-160, e Figueiredo Dias, 1974: 409-416, podem acrescentar-se Barreiros, 1981: 337, Castro e Sousa, 1985: 259 e, já na vigência do atual CPP, Souto de Moura, 1991a: 43, Pimenta, 1991: 611, Simas Santos & Leal Henriques, 2008: 105 e, embora sem referência expressa à ideia de caso julgado (mas antes ao princípio *ne bis in idem*), Damião da Cunha, 2009: 558 e, *idem*, 2002: 170-171, nota n.º 170. Ainda que em termos não totalmente coincidentes com o entendimento expresso no presente trabalho, Pinto de Albuquerque, 2011: 751 reconhece que o despacho final do inquérito – incluindo, portanto, o arquivamento – tem força de “*caso decidido*” (embora, de modo contraditório, o mesmo Autor, *ibidem*, p. 752, acabe por dizer que nos casos de arquivamento proferido nos termos do artigo 277.º do CPP não existe qualquer confiança que mereça tutela por parte dos sujeitos processuais no carácter definitivo dessa decisão). No sentido de que o arquivamento produz caso decidido pronunciou-se também alguma jurisprudência, designadamente o Tribunal da Relação de Évora (TRE) no seu acórdão de 16 de dezembro de 2008, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, XXXIII, 5, pp. 269-272, e o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) no seu acórdão de 17 de março de 2010, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, XXXV, 2, pp. 146-150.

24 É esse o entendimento, por exemplo, de Marques da Silva, 2000: 123, que afirma que o atual CPP veio aceitar “o carácter não preclusivo do despacho de arquivamento pelo M.ºP.º em qualquer das hipóteses de arquivamento previstas no art.º 277.º”. No mesmo sentido, Miranda Rodrigues, 1991: 76, segundo a qual “o despacho de arquivamento [...] nunca terá a força de caso julgado que o torna definitivo”. Na mesma linha de entendimento, dizia Cavaleiro de Ferreira, 1986: 200, que “o Ministério Público não julga. Julgar é mesmo, etimologicamente, ação ou função do juiz (judez-judicare) e só a decisão judicial é suscetível de trânsito em julgado”, de constituir “caso julgado”. Por seu turno, Sousa Mendes, 2000: 109-111, nota n.º 15, ainda que enaltecendo a natureza “*saudavelmente dualista*” da anterior lei processual penal (CPP de 1929) quanto ao regime da abstenção de acusar (o mesmo é dizer: arquivar) do MP, acaba por afirmar que, no contexto do atual CPP, “é mais difícil defender a antiga doutrina que via no arquivamento negador da responsabilidade do arguido (*mutatis mutandis*, actual artigo 277.º, n.º 1, do CPP), um arquivamento definitivo [...]”. Na jurisprudência, subscrevendo a mesma posição, podem indicar-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 14 de março de 2007 (Proc. n.º 06S1957), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em: 21.05.2013], e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 3 de julho de 2003, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, 2003, IV, p. 203.

Esteamos, portanto, esta nossa conclusão na ideia geral – que reclama, evidentemente, concretização – de que o arguido deve gozar de *paz jurídica* depois de o inquérito ter sido arquivado<sup>25</sup>.

O caso julgado é, como se sabe, o instituto de defesa por excelência da *paz jurídica* do cidadão que foi objeto de perseguição penal<sup>26</sup>. Porém, na medida em que a referência à noção de caso julgado tende a obnubilar os dados do problema, seja porque não há, no atual CPP – e ao contrário do que sucedia no CPP de 1929 – uma regulação geral deste instituto, seja porque a noção de caso julgado sempre foi historicamente associada às decisões proferidas por um juiz, consideramos preferível fundamentar a tendencial definitividade do arquivamento com base naquele que, tendo desempenhado um papel decisivo na consolidação do próprio conceito de caso julgado, continua ainda hoje a ser, com autonomia, um dos princípios estruturantes do nosso ordenamento processual penal. Falamos do *ne bis in idem*<sup>27</sup>.

25 Em sentido próximo, o TRE, no seu acórdão de 11 de março de 2008 (Proc. n.º 2846/07-1), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em: 21.05.2013], que teve por objeto uma aparente situação de duplicação de inquéritos, para além de afirmar que o “*princípio da legalidade do processo penal impunha, no caso, a reabertura do primitivo inquérito e não a instauração de novo inquérito*”, sublinha que o regime de reabertura do inquérito visa sobretudo aplacar “*considerações de política criminal atinentes à salvaguarda do valor da paz jurídica do arguido*”. O Tribunal Constitucional (TC) tem-se pronunciado também sobre o conceito de *paz jurídica* enquanto valor constitucionalmente protegido. Veja-se, neste sentido, o acórdão n.º 508/02, de 2 de dezembro, em que se afirma que “[h]á que conciliar e equilibrar os vários princípios e interesses em jogo, nomeadamente os do contraditório e da referida proibição da indefesa com aquele outro princípio da celeridade processual e ainda com os princípios da segurança e da paz jurídica, que são valores e princípios de igual relevância e constitucionalmente protegidos”, não se devendo “*permitir que o processo se arraste indefinidamente em investigações exaustivas e infundáveis ou que as mesmas se possam reabrir ou efectuar novamente a qualquer momento no decurso do processo, o que poderia ter consequências desestabilizadoras e frustrar assim o alcance da justiça*”. Cf, sobre o mesmo tema, o acórdão do TC n.º 287/03, de 29 de maio, e o acórdão do TC n.º 104/2006, de 7 de fevereiro, todos eles disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt) [e consultados em: 21.05.2013]. Para um panorama geral das questões suscitadas a propósito do conceito de *paz jurídica*, veja-se, com proveito, Faria Costa, 1980: 13-35. Sobre o mesmo tema, com desenvolvimento e várias referências bibliográficas (desde Eberhard Schmidhäuser a Klaus Volk e Thomas Weigend), cf. ainda Conde Correia, 2010: 167-195.

26 Nas palavras de Correia, 1951: 402: “[...] *no domínio do processo penal, o caso julgado tem historicamente na sua base a alta e premente necessidade de impedir a chamada absolutio ab instancia, ou seja, a absolutio pro nunc, rebus sic stantibus, que conduzia a que, com base num arbitrário ‘plus amplement informé’, um réu absolvido estivesse sempre na contingência de ser objeto de novas ou mais graves acusações*”. Veja-se também sobre esta matéria, com interesse, Alexandre, 2003: 11-77.

27 Sobre o *ne bis in idem* e a sua evolução histórica na dogmática processual penal, pode consultar-se Correia, 1983: 301-378, Lobo Moutinho, 2005: 276-286, Costa Ramos, 2009: 53-114 e Medina de Seiza, 2010: 935-1004. No direito anglo-saxónico, como se sabe, o *ne bis in idem* é habitualmente associado à proibição de *double jeopardy*, embora o âmbito desta proibição seja superior ao daquele princípio. A proibição de *double jeopardy* foi expressamente reconhecida pela 5.ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, nos termos da qual “[...] *nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb* [...]”. Para uma introdução às várias questões suscitadas pela proibição de *double jeopardy*, cf. Amar, 1997: 1807-1848.

Na sua formulação tradicional – vertida, aliás, no artigo 29.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa (CRP) –, o princípio do *ne bis in idem* significa que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime<sup>28</sup>.

Porém, tendo o *ne bis in idem* uma evidente intenção política de garantia daquele que já foi perseguido pelo sistema penal (tipicamente o arguido)<sup>29</sup>, e visando apelar a necessidade de certeza e segurança jurídicas, mesmo se com sacrifício da verdade material – *inexorável* num processo de matriz acusatória, como muitas vezes diz Paulo de Sousa Mendes –, então terá necessariamente de aplicar-se, em alguma medida, logo na fase de inquérito, pois a perturbação da *paz jurídica* do cidadão criminalmente indiciado e as ofensas (legítimas, é certo) contra os seus direitos, liberdades e garantias, começam precisamente nesse momento (basta pensar, a acrescer aos constrangimentos que a submissão a uma investigação penal por natureza acarreta, nas medidas de coação).

Neste sentido, mais do que proibição de duplo julgamento ou punição, o *ne bis in idem*, no quadro de um sistema acusatório como o que vigora entre nós, e ao contrário do que tradicionalmente se diz, deve ser entendido como um princípio aplicável e dirigido à própria ação penal<sup>30</sup>.

Promovida essa *deslocação* sistemática, o *ne bis in idem* passa então a significar que o MP, tanto processualmente como institucionalmente, está em regra impossibilitado de *voltar atrás* para exercer uma vez mais os seus poderes de autoridade – que necessariamente perturbam a *paz jurídica* daquele que é (ou foi) perseguido pelo sistema penal – sobre matéria já anteriormente decidida pelos responsáveis dessa magistratura, seja contradizendo um anterior arquivamento com uma nova acusação, seja substituindo uma acusação por outra de teor diferente. Do *ne bis in idem* assim entendido resulta, numa palavra, uma proibição, de carácter geral, de reiteração da ação penal já realizada ou, dito de outra maneira, uma proibição genérica (incidente sobre o MP) de

---

28 Expressando este entendimento tradicional, no âmbito de uma situação de *duplicação* de inquéritos que releva no âmbito da reabertura do inquérito, e negando expressamente a aplicabilidade do *ne bis in idem* ao despacho de arquivamento, veja-se o já citado acórdão do TRE de 11 de março de 2008 (Proc. n.º 2846/07-1), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em: 21.05.2013].

29 Para uma perspetiva do *ne bis in idem* enquanto um direito fundamental (que indiscutivelmente é), cf. Canotilho & Vital Moreira, 2007: 497. Analisando o impacto da reabertura do processo-crime nos direitos fundamentais do cidadão, incluindo naturalmente o *ne bis in idem*, cf. Arenaza, 1994: 1053-1075.

30 O que diremos a propósito da aplicação do *ne bis in idem* ao exercício da ação penal concorda, no essencial, com a posição defendida por Damião da Cunha, 2009: 556-562, posição essa que o mesmo Autor começou por defender logo em Damião da Cunha, 2002: 157-159.

voltar a resolver, em sentido contraditório, um conflito penal já previamente resolvido<sup>31</sup>.

Neste quadro, às decisões finais de inquérito tomadas pelo MP estará associado não só um *efeito negativo*, de preclusão, traduzido na consumpção da ação penal<sup>32</sup>, mas também um *efeito positivo*, de vinculação<sup>33</sup>, obrigando institucionalmente o MP a conformar-se com a sua decisão e a não *reiterar*, quanto ao mesmo objeto do processo, a ação penal – ou seja, e para o que aqui concretamente nos interessa, vinculando o MP a não contradizer a decisão de arquivamento<sup>34</sup>.

Recuperando o que dissemos no ponto anterior, tais efeitos incidirão, quer sobre o *thema decidendum*, quer sobre o *thema probandum* do arquivamento, no sentido de que o MP, perante o mesmo conjunto de factos e provas, está obrigado a manter e não contrariar a sua anterior decisão, tenha ela sido tomada com base em razões de mérito ou na falta de prova para acusar (pese embora, como se adivinha e se explicitará no ponto § 5 deste trabalho, as consequências da preclusão associada ao arquivamento sejam distintas num e noutra caso).

Em favor da solução proposta pode invocar-se, de resto, um argumento de política criminal (aqui numa perspetiva processual) que cremos ser relevante. Na realidade, reconhecendo-se a aplicação do *ne bis in* a qualquer forma de exercício da ação penal, saem reforçadas as exigências – que são ao mesmo tempo garantias – de um inquérito conduzido com a máxima diligência e responsabilidade, cobrindo todos os meios e linhas de investigação possíveis.

Com efeito, se, como julgamos ser pacífico, em face do poder de dirigir o inquérito sem dependência judicial, deve exigir-se ao MP a correspondente

---

31 Que o arquivamento, tal como a acusação, corresponde à “*resolução de um conflito penal*”, entende-o também Damiano da Cunha, 2002: 485.

32 É esse, aliás, o sentido atribuído ao *ne bis in idem* pela generalidade da doutrina alemã, que associa este princípio à ideia de *strafklageverbrauch*, que significa, precisamente, consumpção da ação penal (cf. Damiano da Cunha, 2009: 553).

33 Alguma doutrina, como por exemplo Götz, citado por Damiano da Cunha, 2002: 146, fundamenta o efeito de vinculação com base na proibição, originariamente trabalhada no âmbito do Direito civil, de *venire contra factum proprium*, associada ao princípio da confiança e à boa fé.

34 Em sentido contrário, relacionando especificamente o *ne bis in idem* com a possibilidade de “*duplicação de processos*”, mas negando a sua relevância por referência ao despacho de arquivamento, veja-se o já citado acórdão do TRE de 11 de março de 2008 (Proc. n.º 2846/07-1), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em: 21.05.2013].

responsabilidade<sup>35</sup>, a solução proposta terá então o mérito de *forçar* o MP, aquando da decisão de arquivar o inquérito, a decidir autorresponsavelmente, comprometendo-se com o procedimento de investigação que lhe subjaz e sabendo de antemão que essa decisão o vincula para futuro<sup>36</sup>.

A solução aqui defendida acaba, pois, por traduzir-se, como sublinha DAMIÃO DA CUNHA<sup>37</sup>, num “*factor de moralização*” do exercício dos poderes de autoridade em que se traduz a ação penal, o que deve ser entendido, não como a imposição arbitrária de constrangimentos à atuação do MP (concretizando um qualquer pré-juízo sobre o papel e o estatuto desta magistratura), mas sobretudo como uma forma de prestigiar institucionalmente o MP através da responsabilização e conseqüente credibilização do exercício do *jus punendi* estatal.

Sustentar, pelo contrário, a ideia de que o arquivamento não acarreta qualquer *efeito preclusivo* não pode deixar de ser visto, em certa medida, como um “*convite à incúria e ligeireza*”<sup>38</sup> do MP na condução do inquérito, à custa, o que é mais grave, da liberdade, segurança e *paz jurídica* do cidadão que foi criminalmente perseguido.

Em sentido crítico, poderá objetar-se: como são então tuteladas e defendidas as lúdicas expectativas das vítimas na descoberta da verdade material e na condenação do(s) responsável(is) pelo crime? Também aqui, cremos, são as regras do processo a resolver de forma equilibrada esta potencial *tensão*, concedendo às vítimas a possibilidade de forçarem a reversão do sentido da decisão de arquivamento e, dessa forma, impedir uma eventual consolidação dos seus efeitos na ordem jurídica.

Na realidade, as vítimas, *recte*, os ofendidos constituídos assistentes (ou com a faculdade de assim se constituírem, desde que o façam no prazo processualmente definido), confrontados com um despacho de arquivamento, têm duas formas de reação ao seu dispor: requerer a intervenção hierárquica, nos termos

---

35 É caso para recordar o conhecido brocardo alemão: *keine Herrschung ohne Haftung* (em tradução nossa: não há poder sem responsabilidade).

36 Sobre a responsabilidade do MP no momento de decidir, dizia Afonso, 1954: 163, “*ser intuitivo que o MP, da mesma forma que tem de ponderar as razões justificativas da sua abstenção de acusar, por certo não será menos exigente ao decidir-se a reiniciar o processo*”. Poderíamos contrapor dizendo que intuitivo é que o MP só ponderará efetivamente, com o cuidado devido, as razões do arquivamento, se souber de antemão que essa decisão não poderá ser facilmente revogada no futuro.

37 Damião da Cunha, 2009: 559.

38 Figueiredo Dias, 1974: 418.

dos n.ºs 1 e 2 do artigo 278.º do CPP, podendo aí solicitar, designadamente, que o inquérito prossiga e sejam realizadas diligências de prova adicionais; ou apresentar requerimento para abertura da instrução, nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 287.º do CPP, manifestando a sua discordância com as razões de facto (ou de direito) em que se fundou o despacho de arquivamento e, nesse contexto, indicar meios de prova que, não tendo sido produzidos no inquérito, deponham no sentido da existência de indícios suficientes para submeter o(s) arguido(s) a julgamento.

Feito este necessário parêntesis, convém agora precisar que, em nosso entender, os efeitos que sustentamos estarem associados à decisão final de inquérito por força do *ne bis in idem* só se justificam no caso de ter havido lugar à constituição de arguido(s) ou de resultar dos autos a existência de suspeito(s)<sup>39</sup>.

Essa é, na realidade, uma decorrência do próprio *ne bis in idem*, que se configura, não como um constrangimento abstrato e não materialmente justificado à renovação da ação penal *tout court*, mas antes como instrumento de garantia daquele (tipicamente o arguido) que foi objeto de perseguição penal. Ou seja: só quando a ação penal é exercida por referência a um ou mais sujeitos (os presumíveis autores ou participantes na execução dos factos sob investigação) poderá falar-se, em sentido verdadeiro e próprio, em perturbação de *paz jurídica* e na correspondente expectativa desses sujeitos, fundada no arquivamento, de que tal *paz jurídica* não voltará a ser posta em crise<sup>40</sup>.

Ao invés, na hipótese de a ação penal e o inquérito prosseguirem sem “*suspeitos*” definidos, a renovação ou repetição das investigações, por muito que possam perturbar aqueles que são chamados a colaborar com a justiça, não será de molde a afetar os valores da estabilidade, segurança e *paz jurídica* que o *ne bis in idem*, entendido como instrumento de garantia daquele que é perseguido criminalmente, visa salvaguardar.

Para além disso, e não obstante tudo o que ficou dito, naturalmente não ignoramos que o despacho de arquivamento não é, no plano substantivo, a

39 Para uma comparação, quanto ao respetivo estatuto processual, entre o arguido e o suspeito (ou o “*imputado não constituído arguido*”), veja-se Lobo Moutinho, 2000: 143-190.

40 Concordamos, pois, no essencial, com a posição, a que já aludimos previamente, de Damião da Cunha, 2002: 486, ainda que a circunscrição, proposta por este Autor, do efeito preclusivo do arquivamento aos casos em que tenha havido constituição de arguido, deixando portanto de fora o suspeito, nos pareça de rejeitar, na medida em que acaba por deixar *nas mãos* do MP – a quem cabe, em regra, proceder à constituição de arguido, ou pelo menos validá-la (cf. artigo 58.º do CPP) – a determinação dos efeitos do arquivamento, para além de que pode levar o MP a evitar a constituição de arguido quando ela, por força da lei, deva ter lugar.

mesma coisa que uma decisão de absolvição proferida por um juiz, o que, sendo uma evidência em sentido lógico, seria sempre confirmado, como é, pela existência do artigo 279.º, n.º 1, do CPP<sup>41</sup>.

Nessa medida, o *ne bis in idem*, que defendemos ser aplicável também à fase de inquérito, limitando a repetição do exercício da ação penal pelo MP, terá de compatibilizar-se – embora, paradoxalmente, possa reputar-se como o seu fundamento primeiro – com a figura processual consagrada naquele preceito e que constitui objeto deste trabalho: a reabertura do inquérito. Cabe, pois, apurar em que termos se dará essa (necessária) compatibilização.

## II. LIMITES E REQUISITOS DA REABERTURA DO INQUÉRITO

### § 4. O recurso de revisão enquanto *lugar inverso*

Como se deixou assinalado logo na Introdução, o labor doutrinário em tema de reabertura do inquérito é, pelo menos entre nós, bastante escasso<sup>42</sup>. Existem, porém, outras figuras, de algum modo afins daquela, que têm merecido maior atenção doutrinária e jurisprudencial e que, nesse sentido, poderão auxiliar-nos na compreensão do instituto que constitui o objeto deste trabalho.

É esse o caso, designadamente, da revisão de sentença com base em novos factos ou meios de prova (*cf.* artigo 449.º, n.º 1, alínea *d*), do CPP), conhecida na doutrina como revisão *propter nova*<sup>43</sup>.

A afinidade entre a reabertura do inquérito e a revisão *propter nova* resulta da circunstância de num e noutro caso se convocar o conceito de novidade da prova<sup>44</sup>. Mas a identidade entre essas figuras parece ficar-se apenas por aí.

De acordo com o artigo 449.º, n.º 1, alínea *d*), do CPP, pode rever-se uma sentença transitada em julgado para remediar a condenação de um inocente, com base na descoberta de novos factos ou meios de prova que, de *per si* ou

41 Pinto de Albuquerque, 2011: 751, admite igualmente a possibilidade de reabertura do inquérito em qualquer uma das modalidades de arquivamento previstas no artigo 277.º do CPP.

42 Na doutrina nacional, tratam autonomamente do regime de reabertura do inquérito Pinto de Albuquerque, 2011: 751-753, Simas Santos e Leal Henriques, 2008: 114-116, Maia Gonçalves, 2009: 605-606, Pimenta, 1991: 611, e Conde Correia, 2007: 69-72.

43 Veja-se, por todos, Conde Correia, 2010.

44 Ao contrário do que sucede por referência à reabertura do inquérito, a novidade da prova necessária ao recurso de revisão tem merecido particular atenção da doutrina. No âmbito do Direito português, podem referir-se as monografias de Santana, 1990 e de Conde Correia, 2010. No estrangeiro, tem sido particularmente produtiva a doutrina italiana, podendo nesse domínio consultar-se Luca, 1963, Vessicelli, 1992: 1061-1066 e Adorno, 1999: 2606-2612.

conjugados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação.

Assim, ao contrário do que sucede na reabertura do inquérito, em que se põe em causa o despacho de arquivamento para retomar o exercício da ação penal, com a revisão *propter nova* atinge-se diretamente uma decisão judicial para favorecer o arguido.

Certo é, pois, que, como realça alguma doutrina, “*em vez da identidade das situações está em causa a diferença*”<sup>45</sup> quando se confrontam estas duas figuras. Todavia, nem por isso o estudo e a compreensão jurídica da revisão *propter nova* se mostram menos pertinentes na análise dogmática da reabertura do inquérito, e isto pelas razões seguintes.

Atenta a sua natureza intrinsecamente sistemática<sup>46</sup>, qualquer ordem jurídica acaba por evidenciar, nos seus diferentes universos de regulação, um sentido de unidade e coerência material, dessa forma produzindo, na formulação de Faria Costa, “*espaços de normatividade que desencadeiam ou abrem por si mesmos linhas de força agregadoras que outra coisa não são senão topoi*”<sup>47</sup>. E um concreto espaço de normatividade, acrescenta o mesmo Autor, pode ser “*iluminante e justificador, em termos de racionalidade material, do seu lugar inverso*”<sup>48</sup>.

Pois bem: é precisamente nesta perspetiva que entendemos relevante, na economia do presente trabalho, considerar o regime legal e a compreensão teórica e prática da revisão *propter nova* – ou seja, concebendo esta figura como *lugar inverso* da revisão do despacho de arquivamento<sup>49</sup>, *recte*, da reabertura do inquérito.

Tratando-se a revisão *propter nova* de um *lugar inverso* relativamente à reabertura do inquérito, justificar-se-á o recurso, na interpretação desta última figura, a um raciocínio analógico invertido, daí resultando um comando

45 Cf. Conde Correia, 2010: 466. Para uma comparação exaustiva das características do mecanismo da revisão de sentença com as da reabertura do inquérito, consulte-se Vanni, 1989: 169-209.

46 Sobre o conceito de sistema, o pensamento sistemático e as suas implicações na teoria do Direito, é decisiva a obra de Canaris, 2002.

47 Faria Costa, 1998: 511-512.

48 Faria Costa, 1998: 513.

49 Em sentido próximo, cf. Figueiredo Dias, 1974: 411, que se refere à reabertura do processo como “*uma verdadeira revisão, embora simplificada no que toca à sua tramitação processual e diferente quanto à entidade que a ordena*”. Também Pinto de Albuquerque, 2011: 752, designa a reabertura do inquérito como uma “*revisão pro societate*”.

interpretativo da maior importância. Dir-se-á assim que, na medida em que com a revisão pretende anular-se o caso julgado para infirmar uma condenação injusta, a interpretação dos respetivos pressupostos e requisitos deve naturalmente ser extensiva<sup>50</sup>. Já no caso da reabertura de inquérito, objeto deste trabalho, a situação é exatamente a inversa: trata-se de quebrar, *contra reum*, uma decisão do próprio MP para se voltar a exercer a ação penal. Nessa medida, estando em causa a *paz jurídica* daquele que já foi perseguido pelo sistema penal, impor-se-á, ao invés do que vimos suceder com a revisão *propter nova*, uma interpretação restritiva dos pressupostos e requisitos desta figura.

É dentro deste espírito que devem ser entendidas as soluções que proporemos de seguida.

### § 5. Corolários da distinção entre arquivamento de mérito e arquivamento por falta de prova

Em matéria de arquivamento, como se referiu acima, a lei processual vigente distingue com clareza duas modalidades essenciais<sup>51</sup>, que aqui voltam a enunciar-se.

Por um lado, prevê-se no n.º 1 do artigo 277.º do CPP o arquivamento pleno ou de mérito, fundado em *prova bastante*<sup>52</sup> de se não ter verificado qualquer

50 Já Correia, 1951: 27, dizia que “quando a revisão funcione em benefício e só em benefício do condenado – como é a hipótese da relevância, nos termos do n.º 4 do artigo 673.º do Código de Processo Penal, «de novos factos ou elementos de prova» – é manifesto que aquela última razão de ser do caso julgado não funciona e, desse ângulo, bem se pode tornar o funcionamento da revisão mais amplo e mais elástico [...]”.

51 Como cremos resultar com clareza dos capítulos anteriores deste trabalho, só nos interessam as modalidades de arquivamento previstas no artigo 277.º do CPP, na medida em que a reabertura do inquérito não é aplicável aos outros despachos de arquivamento, designadamente os proferidos nos termos dos artigos 280.º, n.º 1, e 282.º, n.º 3, ambos do CPP. A doutrina é unânime neste sentido: veja-se Simas Santos & Leal Henriques, 2008: 127, Souto de Moura, 1991b: 43-45, Pinto de Albuquerque, 2011: 752, Reis, 1990: 61-70 e Medina de Seíça, 2009: 988. Cabe ainda referir, a este propósito, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) nos casos Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge (processos apensos C-187 e 385/01), de 11 de fevereiro de 2003, disponível em <http://curia.europa.eu> [consultado em: 21.05.2013], cuja parte decisória se transcreve: “O princípio ne bis in idem, previsto no artigo 54. da convenção de aplicação do acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa, relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinada em 19 de junho de 1990 em Schengen, aplica-se igualmente a procedimentos de extinção da ação penal, como os que estão em causa nos processos principais, pelos quais o Ministério Público de um Estado-membro arquiva, sem intervenção de um órgão jurisdicional, o procedimento criminal instaurado nesse Estado, depois de o arguido ter satisfeito determinadas obrigações e, designadamente, ter pago determinada soma em dinheiro fixada pelo Ministério Público”. Em sentido idêntico decidiu, entre nós, o acórdão do TRP de 3 de julho de 2003, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, XXVIII, 4, p. 203.

52 De acordo com Varela, Bezerra & Nora, 2006: 471, “[q]uando qualquer meio de prova não dotado de força probatória especial atribuída por lei, crie no espírito do julgador a convicção da existência de um facto, diz-se que foi feita prova bastante – ou que há prova suficiente – desse facto”.

crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de o procedimento ser legalmente inadmissível.

Por outro lado, prevê-se no n.º 2 do citado preceito o arquivamento por falta de prova, caso não tenha sido possível ao MP obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os seus agentes<sup>53</sup>.

A generalidade da doutrina e da jurisprudência, ignorando o sentido da distinção traçada pelo legislador, tem entendido que pode haver reabertura do inquérito tanto na primeira como na segunda das situações descritas, sendo o regime aplicável indiferenciado qualquer que seja a modalidade de arquivamento<sup>54</sup>.

Julgamos não ser este, porém, o entendimento mais correto. De facto, se é regra assente que, onde a lei não distingue, não deve o intérprete distinguir (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), o contrário é igualmente verdade, *i.e.*, operando a lei uma diferenciação, cabe ao intérprete perscrutar o sentido e as eventuais consequências dessa diferença.

Examinando o sentido da distinção entre arquivamento definitivo e arquivamento por falta de prova, que o legislador do CPP de 1987 fez questão de manter, e considerando neste ensejo o que dissemos acima quanto à aplicação do *ne bis in idem* ao exercício da ação penal (*cf.* ponto § 3), entendemos que o regime de reabertura do inquérito tem necessariamente de diferir consoante estejamos perante a primeira ou a segunda modalidade de arquivamento prevista no artigo 277.º do CPP<sup>55</sup>.

---

53 Se a legalidade e a objetividade a que está sujeita a atividade do MP enquanto titular da ação penal impõem que este investigue à *charge et à décharge*, parece daí resultar uma clara preferência do legislador pela solução do arquivamento fundado em razões de mérito sobre o arquivamento determinado por falta de prova. Neste sentido, o MP só deverá arquivar com base na falta de prova quando não seja possível, através da investigação, chegar a uma decisão sobre a materialidade do crime investigado.

54 *Cf.*, por exemplo, acórdão do TRE de 3 de novembro de 2008 (Proc. n.º 2846/07-1), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em: 21.05.2013]. Quanto à corrente doutrinária representativa deste entendimento, remete-se para as referências bibliográficas constantes da nota n.º 24.

55 A este propósito, merece referência particular a posição de Sousa Mendes, 2000: 109-111, nota n.º 15, que, como se referiu acima (*cf.* nota n.º 24), parte do princípio de que a distinção *saudável* operada pelo CPP de 1929 não se verifica no atual CPP. Como *remédio* contra a indefinição da situação do arguido após o arquivamento, entende este Autor que, sendo o processo arquivado, o arguido deveria poder requerer a abertura da instrução de molde a que fosse atribuído ao despacho de arquivamento o valor de uma decisão verdadeiramente jurisdicional, como seria o caso do despacho de não pronúncia. Na medida em que a lei não o permite, circunscrevendo a possibilidade de o arguido requerer a abertura da instrução aos casos em que contra ele tenha sido deduzida acusação, o referido Autor conclui, a nosso ver com inteira razão, pela inconstitucionalidade material do artigo 287.º, n.º 1, alínea *a*), do CPP — onde se estabelece tal limitação —, por violação das garantias de processo criminal consagradas no artigo 32.º da CRP.

No caso do arquivamento pleno ou de mérito (*cf.* artigo 277.º, n.º 1, do CPP), a autovinculação do MP é total e o juízo do MP é perentório: não só não houve prova suscetível de fundamentar uma acusação, como se provou, em termos *bastantes*, que não haveria, relativamente aos factos que constituíam objeto de investigação, a prática de qualquer crime ou que o procedimento seria inadmissível.

Há, por conseguinte, um compromisso do MP incondicional e necessariamente fundado no sentido de não contradizer o arquivamento. E esse compromisso é tanto mais absoluto considerando que o MP poderia, ou melhor, deveria limitar-se a proferir despacho de arquivamento por insuficiência de indícios para acusar (*cf.* artigo 277.º, n.º 2, do CPP) caso não tivesse reunido *prova bastante* da inexistência de responsabilidade penal (ou da impossibilidade de a efetivar).

Na medida em que o arquivamento de mérito implica uma preclusão absoluta e voluntária da ação penal por parte do MP, diríamos em suma que, na pureza dos princípios, o processo, nesses casos, não deveria poder em hipótese alguma ser retomado, sendo a figura da reabertura do inquérito inaplicável.

Tal leitura, porém, não é consentida pelo teor expresso do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, sendo mesmo contrariada por este<sup>56</sup>. Efetivamente, o citado preceito fala em “*novos elementos de prova que invalidem os fundamentos invocados*” pelo MP no arquivamento, e esses *fundamentos* tanto podem consistir na insuficiência indiciária (*cf.* artigo 277.º n.º 2, do CPP), como na *prova bastante* de que fala o artigo 277.º, n.º 1, do CPP.

Não obstante, o que acaba de ser dito não impede, antes impõe, uma diferenciação na aplicação do regime de reabertura do inquérito numa e noutra hipótese de arquivamento. Vejamos então em que termos.

Relativamente ao arquivamento de mérito, em que a decisão de pôr termo à ação penal é perentória e fundada num juízo de mérito sustentado em *prova bastante* (*cf.* artigo 277.º, n.º 1, do CPP), dita a lógica que só serão suscetíveis de infirmar os fundamentos invocados pelo MP nessa decisão os elementos de prova que, sendo *novos*, ponham flagrantemente em crise a validade – aqui

---

56 Em sentido contrário, *cf.* Souto de Moura, 1991b: 114, que entende que o regime do artigo 279.º do CPP “*está limitado às situações de arquivamento por falta de prova e adução de prova nova*”. Embora, como referimos, seja nossa convicção que, na medida em que o arquivamento por razões de mérito implica uma preclusão absoluta e voluntária da ação penal por parte do MP, o processo não deveria, nesses casos, poder em caso algum ser retomado, sendo a reabertura do inquérito consequentemente inadmissível, essa pretensão (teórica) é infirmada pela letra da lei.

em sentido lato – da *prova bastante* com base na qual o MP determinou o arquivamento dos autos.

Entendemos, por conseguinte, que, depois de um arquivamento de mérito, só será possível reabrir o inquérito com *novos elementos de prova* que evidenciem que a *prova bastante* em que se baseou a decisão de arquivar era, afinal, errónea<sup>57</sup>. Elementos de prova secundários ou apenas complementares à prova carreada para o inquérito primitivo serão, pois, rigorosamente irrelevantes para efeitos de aplicação do regime previsto no artigo 279.º, n.º 1, do CPP, na sequência de um despacho de arquivamento proferido nos termos do artigo 277.º, n.º 1, do CPP.

Na dilucidação do que sejam *elementos de prova erróneos* podemos, também aqui, recorrer ao labor doutrinário expendido por referência ao recurso de revisão, em particular aquele que se funda na constatação de que foram determinantes para a decisão “*falsos meios de prova*” (cf. artigo 449.º, n.º 1, alínea d), do CPP)<sup>58</sup>. Neste sentido, poderão incluir-se no conceito de *elementos de prova erróneos*, designadamente, não só documentos forjados, mas também depoimentos de ofendidos, testemunhas ou peritos que tenham sido manipulados em virtude de tortura, coação ou qualquer outra forma de influência ilícita sobre o conteúdo da declaração<sup>59</sup>.

Dito isto, a par das hipóteses de arquivamento de mérito, em que reabertura do inquérito só deve ser admitida nos termos restritos acima enunciados, concorrem os casos de arquivamento por falta de prova (cf. artigo 277.º, n.º 2, do CPP). Também aqui há um efeito preclusivo associado à decisão de arquivamento: tendo o MP considerado que os factos e as provas que constituem o objeto do processo concretamente em causa eram insuscetíveis de conduzir a uma acusação, a ação penal consumiu-se quanto a eles, não podendo ser renovada. Ou seja, com base nos mesmos pressupostos – no plano dos factos e da prova – que levaram ao arquivamento, a ação penal é irrepetível.

Contudo, e ao contrário do que vimos suceder no arquivamento por razões de mérito, o MP não formula na hipótese em análise um juízo perentório e

57 Em sentido próximo, cf. Moreira dos Santos, 2003: 337-338, que afirma que “*só pode reabrir[-se] inquérito com base em factos que demonstrem ter havido erro de facto quanto à fundamentação do arquivamento*”.

58 Embora, segundo cremos, não faça sentido, neste âmbito (da reabertura do inquérito), impor que a falsidade dos elementos de prova que conduziram ao arquivamento tenha sido constatada em sentença transitada em julgado, como resulta do teor expresso do artigo 449.º, n.º 1, alínea d), do CPP.

59 Subscrevendo idêntico entendimento, cf. Pinto de Albuquerque, 2011: 1206.

definitivo sobre a materialidade da infração, pelo que a preclusão associada a esta modalidade de arquivamento não poderá considerar-se absoluta.

Deve assim entender-se que, no arquivamento determinado por insuficiência de indícios, a preclusão da ação penal fica expressamente sob reserva da cláusula *rebus sic standibus*, i.e., condicionada à superveniência de novos elementos de prova que permitam ao MP tomar uma decisão de mérito no final do inquérito (seja para acusar, seja para arquivar *definitivamente*), o que pressupõe a possibilidade de o inquérito ser reaberto<sup>60</sup>, sendo aliás esta, por definição, a modalidade de arquivamento a que, com menos dificuldade, se consegue aplicar o regime de reabertura do inquérito.

Não obstante, e como veremos adiante (*cf.* ponto § 9), em função do conceito de novidade adotado nem a todos os elementos de prova *objetivamente* novos deverá ser reconhecida aptidão para reabrir o inquérito.

## § 6. Irrepetibilidade e preclusão

Como tivemos oportunidade de afirmar no ponto § 3 deste trabalho, entendemos que a situação daquele que foi objeto de perseguição criminal deverá permanecer estável, e tendencialmente imperturbável, depois de proferido o despacho de arquivamento. É precisamente por esse motivo que, em nossa opinião, só em condições muito apertadas poderá lançar-se mão do mecanismo de reabertura do inquérito previsto no artigo 279.º, n.º 1, do CPP.

Ora, atento o carácter excepcional da reabertura do inquérito, não nos parece admissível que a ação penal possa, qual pedra de Sísifo, ser recomeçada tantas vezes quantas as necessárias – no entender do MP – para se fazer *justiça*.

Consequentemente, o efeito preclusivo associado ao arquivamento de um inquérito previamente reaberto deve considerar-se absoluto para todos os efeitos, não podendo ser abalado por quaisquer novos elementos de prova – e isto

---

60 Pode aliás dizer-se que os despachos de arquivamento por insuficiência de indícios culminam, quase invariavelmente, com uma referência expressa à possibilidade de reabertura do inquérito. Veja-se, neste sentido, e a título exemplificativo, a parte final do despacho de arquivamento proferido no âmbito do proc. de inquérito n.º 201/07.0GALGS (aliás, recentemente reaberto), relativo ao desaparecimento de uma criança inglesa no Algarve, findo em 2008 (e logo aí tornado público), onde se pode ler, na parte final (p. 47), o seguinte: “*quem se sentir inconformado com o epílogo das investigações, terá possibilidade de contra ele reagir, podendo, para alterar eventualmente esse epílogo [do arquivamento], desencadear diligências com base em novos elementos de prova [...] e as diligências requeridas sejam sérias, pertinentes e consequentes*”. Também assim, Conde Correia, 2007: 49-51, nos exemplos que fornece quanto às várias modalidades de arquivamento, introduz sempre, nos casos de arquivamento determinado com base no artigo 277.º, n.º 2, do CPP, uma menção à possibilidade de reabertura do inquérito.

quer se trate de arquivamento por razões de mérito, quer se trate de arquivamento por falta de prova.

Nesta conformidade, por referência a um determinado conjunto de factos – o mesmo é dizer: por referência a um determinado objeto do processo –, a reabertura do inquérito é irrepetível, sendo inadmissível renovar por duas ou mais vezes a ação penal para investigar o mesmo exato conjunto de factos. Em síntese: nos termos do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, o inquérito só pode ser reaberto uma única vez.

Em abono desta tese pode argumentar-se que, havendo como que uma *dupla conforme* de arquivamentos, perturbar por uma terceira (!) vez a *paz jurídica* daquele que foi já, por duas ocasiões, objeto de uma investigação criminal, seria, como afirma Conde Correia, “*contraproducente, sendo o prejuízo causado certamente maior do que o lucro em justiça material daí resultante*”<sup>61</sup>.

Assim, reaberto o inquérito, o MP terá então a sua derradeira oportunidade de concluir uma investigação com resultados satisfatórios, corrigindo os erros de facto que tenham sido detetados na fundamentação do arquivamento proferido no âmbito do inquérito primitivo. Não logrando o MP fazê-lo no contexto do inquérito reaberto, as consequências da consolidação na ordem jurídica de uma eventual *injustiça* – aqui identificada com a não sujeição do responsável pela prática de um crime a uma nova investigação e, eventualmente, a julgamento – deverão ser aplacadas pela máquina repressiva estadual, confessadamente incapaz de garantir, como seria sua obrigação, o esclarecimento cabal da notícia do crime e o encerramento efetivamente *definitivo* do inquérito<sup>62</sup>.

Esta, quanto a nós, a interpretação razoável, em razão dos valores que aqui se confrontam, do artigo 279.º, n.º 1, do CPP.

61 Conde Correia, 2010: 167.

62 Recordar-se novamente que os interessados (designadamente, aqueles que se assumam como vítimas, *recte*, como assistentes ou com a faculdade de assim se constituírem), aquando do (segundo) arquivamento, têm também, por uma segunda vez, a possibilidade de tentar reverter o sentido da decisão do MP. E a lei permite que o façam através de duas vias alternativas: ou suscitando a intervenção hierárquica, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 278.º do CPP, podendo aí requerer, designadamente, que o inquérito prossiga e sejam realizadas diligências de prova adicionais, ou apresentando requerimento para abertura da instrução, nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 287.º do CPP, expondo nesse ensejo a sua discordância com as razões de facto (ou de direito) em que se fundou o despacho de arquivamento.

## § 7. Impulso processual

Se, como referimos, o arquivamento tem associado um efeito preclusivo – a consumpção da ação penal – e uma autovinculação do MP que o obriga a manter, responsabilmente, as suas decisões, fará sentido admitir-se que, depois do arquivamento, o MP possa prosseguir paralelamente investigações sobre os mesmos factos, recolhendo provas com vista a infirmar aquela (sua) decisão de arquivar?

Em homenagem ao sentido e extensão do *ne bis in idem* que acima propugnámos, e a uma certa ideia de lealdade que entendemos não poder estar completamente dissociada da prossecução da ação penal<sup>63</sup>, somos levados a responder negativamente a esta pergunta.

Nesta perspetiva, depois de arquivado, o MP só poderá reabrir o inquérito se os novos elementos de prova exigidos pelo artigo 279.º, n.º 1, do CPP chegarem ao seu conhecimento por intermédio de terceiro (designadamente, através da vítima ou de uma testemunha), e não no decurso de diligências de prova realizadas de moto próprio pelo MP.

Pressupondo um despacho do MP de deferimento ou recusa da reabertura do inquérito<sup>64</sup>, o n.º 2 do artigo 279.º do CPP aponta também neste sentido, pois só se defere ou recusa o que foi previamente requerido por outrem. Fica assim excluída, portanto, a possibilidade de reabertura oficiosa do inquérito<sup>65</sup>.

Não se vê razão para não admitir, em todo o caso, que a reabertura do inquérito possa ser desencadeada na sequência de requerimento probatório apresentado por terceiro (designadamente, pela vítima), solicitando ao MP, com base em elementos já recolhidos (obtidos por si ou do conhecimento público), que proceda a diligências de prova adicionais (já no âmbito do inquérito reaberto, portanto) que visem confirmar o sentido para que apontam esses elementos.

---

63 Sobre este tema veja-se o texto de Figueiredo Dias, 1996: 344-352, aí se podendo ler (p. 349) que “*deriva para ele [MP] um estrito dever de lealdade, de fair play do seu comportamento processual, que se não analisa em qualquer atitude moral geral evanescente, mas se concretiza em exigências muito concretas de forma de actuação*”.

64 Não era essa a solução propugnada no projeto do novo CPP da autoria de Figueiredo Dias, aí se defendendo, ao invés, um controlo judicial da reabertura do inquérito (solução que, numa perspetiva *de jure condendo*, consideramos preferível à que se encontra atualmente consagrada, essencialmente porque garante que a reabertura do inquérito será decidida por um sujeito processual que não o responsável pelo arquivamento que se pretende *revogar*).

65 Contra, Pinto de Albuquerque, 2011: 753, que afirma que a “*reabertura do processo pode ser determinada oficiosamente pelo magistrado do MP ou a requerimento do assistente ou do denunciante com a faculdade de se constituir assistente*”, embora não adiante qualquer justificação para suportar esta sua interpretação (que expressamente contraria a letra da lei).

E que elementos poderão ser esses? Pode apontar-se como hipótese, a título exemplificativo, as declarações públicas, eventualmente com reprodução nos órgãos de comunicação social, do próprio arguido, cujo interrogatório foi considerado fundamental para a decisão de arquivamento, reconhecendo ter sido ele o autor do crime investigado no inquérito primitivo.

Para além disso, a regra geral da não oficiosidade da abertura do inquérito deve compreender, pelo menos, uma outra exceção: a aquisição de novos elementos de prova, com relevo para o inquérito arquivado, no âmbito de investigações realizadas em outro processo.

Na realidade, caso o MP adquira *fortuitamente* novos elementos de prova no âmbito da investigação empreendida num processo diferente daquele que foi arquivado, não se pode verdadeiramente dizer que tenha violado ou sequer tido a intenção de violar o efeito preclusivo associado à sua decisão de arquivar<sup>66</sup>. Neste sentido, deve admitir-se, em homenagem à continuidade entre a licitude da produção da prova e a legitimidade da sua valoração, a aptidão dos elementos assim obtidos a fundamentar a reabertura do inquérito.

### III. A PROVA IDÓNEA

#### § 8. Delimitação negativa

Podendo considerar-se um truísmo, nem por isso pode deixar de aqui se afirmar que, depois de arquivado, não é possível reabrir o inquérito, nos termos do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, com prova *igual* àquela que conduziu ao arquivamento<sup>67</sup>.

66 Em sentido próximo, Maia Gonçalves, 2009: 606: “ao MP podem vir a deparar-se novos e decisivos elementos de prova v.g. surgidos em um outro processo, e seria solução intolerável para a realização da justiça, que a lei portanto não poderia perflhar, não permitir, em tal caso, a reabertura do inquérito”. Na mesma linha, entendeu o TRP no seu acórdão de 6 de junho de 2007 (Proc. n.º 0615391), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em: 21.05.2013], que “[p]erante os fundamentos do arquivamento – não identificação completa dos denunciados incluindo o seu paradeiro – e ao surgimento destes novos elementos embora no inquérito n.º ./00, de Castelo de Paiva, é mais que óbvio a justificação e necessidade de reabertura do inquérito n.º ../00 de Marco de Canavezes.”

67 Coisa diferente sucede no Direito italiano, em que é possível reabrir o inquérito com base na mera reapreciação da prova carreada para o inquérito primitivo, desde que a reabertura seja *motivada*. Determina a este respeito o artigo 414.º, n.º 1, do Código de Processo Penal italiano: “[d]opo il provvedimento di archiviazione emesso a norma degli articoli precedenti, il giudice autorizza con decreto motivato la riapertura delle indagini su richiesta del pubblico ministero motivata dalla esigenza di nuove investigazioni”. Sobre o regime do arquivamento e da reabertura do inquérito no Direito italiano, cf. Giostra, 1994: 91-98, Padula, 1995: 9-10, *idem*, 2005, Scarpello, 2002, Tedeschi, 2000:253-254, Varone, 2005: 1637-1669 e Carbone, 2007: 499-505.

Constitui prova *igual* – e, portanto, insuscetível de desencadear a reabertura do inquérito – aquela que, tendo sido obtida ou produzida no âmbito do inquérito primitivo, não foi por qualquer razão valorada na decisão final de arquivamento.

Para além disso, também a reapreciação da prova anterior, mesmo que tenha lugar na sequência da deteção de um erro, grosseiro ou não, na sua valoração, não pode fundamentar a reabertura do inquérito, o mesmo sucedendo com a requalificação jurídica dos factos que conduziram ao arquivamento.

### § 9. Novidade da prova e modo de aferi-la; formulação de um critério geral

Feita esta elementar (mas necessária) delimitação negativa, é altura de reafirmar o que consta da lei: o inquérito só pode ser reaberto se surgirem “*novos elementos de prova*” (cf. artigo 279.º, n.º 1, do CPP).

Do ponto de vista metodológico, cabe dizer, antes de mais, que a concretização do conceito de “*novos elementos de prova*” deve ser feita numa perspetiva eminentemente normativa<sup>68</sup>, excluindo considerações de natureza psicologista e obrigando o intérprete a indagar, amparado nos princípios e valores que estruturam e se relacionam com este instituto, que elementos de prova *devem* considerar-se *novos* de molde a poderem fundamentar a reabertura do inquérito.

É também normativa, na sua essência, a perspetiva adotada pela generalidade da doutrina e da jurisprudência a propósito da revisão *propter nova*, o nosso eleito *lugar inverso*<sup>69</sup>. Nesse concreto domínio, predominam na doutrina portuguesa os Autores que propõem uma interpretação restritiva dos requisitos aplicáveis ao recurso de revisão<sup>70</sup>, quando, em nosso entender, aí se justificaria, ao invés, uma compreensão extensiva (cf. ponto § 4). Não obstante, sendo inapropriada em sede de revisão *propter nova*<sup>71</sup>, a verdade é que, atentos os valores em presença, essa perspetiva restritiva é, como vimos, a que melhor serve a correta interpretação da reabertura do inquérito, pelo que poderão aproveitar-se diretamente para o tema que nos ocupa – sem necessidade,

68 No mesmo exato sentido, cf. Figueiredo Dias, 1974: 411.

69 Cf., por todos, Conde Correia, 2010: 590-604.

70 Cf., em sentido crítico, Correia, 1951: 18, Cavaleiro de Ferreira, 1965: 525, Figueiredo Dias, 1974: 99 e Conde Correia, 2010: 590-591.

71 Acompanhamos de perto, nesta matéria, o que diz Conde Correia, 2010: 590.

portanto, de recorrer à tal *analogia invertida* – alguns contributos da prática jurisprudencial e do pensamento doutrinal sobre esta matéria.

De acordo com o STJ, “*dada a ‘responsabilidade das partes na condução do processo, é razoável que não se lhes permita a revisão da sentença quando forem responsáveis pela injustiça que invocam*”<sup>72</sup>, pelo que se devem considerar “*novos apenas os factos que fossem ignorados ou não pudessem ser apresentados ao tempo do julgamento, quer pelo tribunal, quer pelas partes*”<sup>73</sup>.

Especificamente em matéria de prova, entendeu também o STJ que, não sendo uma testemunha inquirida sobre questões que mais tarde se vieram a considerar relevantes, “*isso apenas se deve à opção da recorrente, que não a qualquer obstáculo, nomeadamente a desconhecimento – à data do julgamento – de que se soubesse algo mais do que aquilo a que depôs e que lhe foi perguntado, ou alguma circunstância que tivesse impedido de se pronunciar sobre tal ponto*”<sup>74</sup>, não podendo, por conseguinte, tal testemunha considerar-se *prova nova*.

Em sentido próximo, Paulo Pinto de Albuquerque, também a propósito do recurso de revisão, veio sustentar que “*a lei não permite que a inércia voluntária do arguido em fazer actuar os meios ordinários de defesa seja compensada pela atribuição de meios extraordinários de defesa*”<sup>75</sup>.

Dos argumentos recenseados avulta claramente uma ideia de *responsabilidade* na obtenção e produção da prova, a qual traz associados efeitos preclusivos sobre aquele que, tendo a seu cargo o dever de produzir essa prova, só não o fez por *culpa* sua.

Transpondo essa ideia para o objeto deste trabalho, e considerando, desde logo, que a reabertura do inquérito é determinada pela mesma entidade que decidiu previamente arquivar o processo (o MP), entendemos que só poderão fundamentar a decisão de reabrir o inquérito os elementos de prova que, sendo desconhecidos pelo MP à data do arquivamento, também não poderiam por este ter sido conhecidos nesse momento.

Noutra perspetiva, com o arquivamento fica consumida a relevância probatória, para efeitos de (reiteração do) exercício da ação penal, de todos os

72 Cf. acórdão do STJ de 14 de junho de 2006, publicado na *Colectânea de Jurisprudência* do STJ, 2006, Tomo II, p. 217-222.

73 Cf. acórdão do STJ de 17 de abril de 2008 (Proc. n.º 07P4840), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em: 21.05.2013].

74 Cf. acórdão identificado na nota n.º 72.

75 Pinto de Albuquerque, 2011: 1208.

elementos de prova utilizados ou que podiam, *recte*, deviam – tivesse a investigação sido levada a cabo de modo competente – ter sido utilizados para fundamentar a decisão final de inquérito<sup>76</sup>.

A esta luz, para efeitos de aplicação do regime previsto no artigo 279.º, n.º 1, do CPP, só serão suscetíveis de desencadear a reabertura do inquérito elementos de prova novos, no sentido de que eram desconhecidos pelo MP aquando do arquivamento, se – e este é o ponto crucial – tal desconhecimento não for de alguma forma imputável ao próprio MP.

Concretizando o critério adotado, o desconhecimento dos elementos de prova será imputável ao MP quando resulte de incúria ou negligência na condução do inquérito primitivo. Dir-se-á assim que, quando o MP, na sua qualidade de *dominus* do inquérito com plena liberdade de investigação, não chegue à prova por *culpa* sua, omitindo o dever, ou melhor, o ónus de investigar e recolher toda a prova possível<sup>77</sup>, deve assumir a responsabilidade pelos (maus) resultados da investigação, não podendo reabrir o inquérito, e com isso perturbar a *paz jurídica* daquele que foi investigado, para corrigir uma falha ou um lapso que só a ele – ou melhor: à negligência daqueles a quem coube dirigir o inquérito – será imputável.

Em nosso entender, é com base neste critério geral, promotor da propugnada responsabilização do MP pela atividade investigatória, que deve ser aferida a aptidão dos meios de prova a despoletar a reabertura do inquérito.

76 Não nos parece, de resto, destituído de sentido que a este propósito se fale num *ne bis in idem* em matéria de prova, querendo com isso significar-se que os elementos de prova que, em função da valoração efetuada, conduziram a um determinado desfecho do inquérito, não podem ser novamente apreciados pelo MP (desde logo para pôr em crise aquele desfecho).

77 Sobre esta matéria, veja-se, com interesse, Bettiol, 1936: 241-253, Figueiredo Dias, 1982: 125-143, Cavaleiro de Ferreira, 1986: 303 e ss., e Marques da Silva, 2011: 110 e ss. Este último Autor (Marques da Silva, 2011: 111) vem afirmar que “[a]inda que a questão do ónus da prova não se coloque nos precisos termos do processo civil, é sempre razoável a pergunta se sobre o MP ou o acusador particular não recai o encargo de afastar a presunção de inocência, e isto porque sem uma mínima actividade probatória dos factos alegados não será nunca possível a condenação, pois funciona o princípio da presunção de inocência. O arguido presume-se inocente pelo que se lhe não exige actividade probatória alguma em ordem a comprovar esta verdade interina do processo, tendo em conta que se tal lhe fosse exigido se lhe estaria a impor um encargo às vezes de impossível realização. Por isso soe-se dizer-se que incumbe à acusação a prova dos factos imputados ao arguido”. É também esse, no essencial, o nosso entendimento. No mesmo sentido, veja-se ainda Sousa Mendes, 2004: 139 que, de forma pragmática, faz o seguinte diagnóstico da ação penal, em particular na fase de inquérito: “Nomeadamente, o Ministério Público (MP), dirigindo o inquérito, e os OPC que o assistem (artigo 263.º, n.º 1, CPP e art 2.º da Lei da Organização da Investigação Criminal) sentem então a premência de carrear para o processo todos os elementos necessários para deduzir a acusação, sendo caso disso (artigo 283.º CPP)”, concluindo, a final, que “[m]ormente no inquérito, a parcialidade do MP é um facto, apesar de todos sabermos que ele tem de investigar à charge et à décharge”. Recentemente, veio reavivar a questão do ónus da prova em processo penal Dá Mesquita, 2011: 324-336.

Concretizando, e a título de exemplo, haverá elementos de prova desconhecidos por causa imputável ao MP – e isto sem prejuízo de eventuais invalidades que ao caso possam caber<sup>78</sup> – quando, no âmbito do inquérito que veio a ser arquivado, o MP tenha decidido não ouvir uma testemunha cuja inquirição fora requerida por um qualquer sujeito processual, querendo depois fundamentar a reabertura do inquérito com base no seu depoimento.

Pelo contrário, não será imputável ao MP o desconhecimento de um determinado meio de prova quando essa prova for objetivamente superveniente e, bem assim, quando, por causa imputável ao arguido ou à defesa no seu conjunto, o arquivamento se tiver baseado em prova falsa ou manipulada (*e.g.* a testemunha que, coagida pelo arguido, presta depoimento favorável à defesa).

### § 10. Valor probatório reforçado

Nos termos do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, a par da novidade, é ainda (cumulativamente) necessário, para reabrir o inquérito, que os novos elementos de prova sejam de molde a invalidar os fundamentos do despacho de arquivamento, tenha ele sido determinado por razões de mérito – e aqui o sentido da nova prova deverá ser, como já referimos, o de num primeiro momento demonstrar a falsidade (em sentido lato) dos elementos probatórios que conduziram à decisão de arquivar – ou por insuficiência de indícios.

Impõe-se, portanto, um valor probatório reforçado dos *novos elementos de prova* para que possa haver reabertura do inquérito, não sendo suficiente o mesmo grau (mínimo) de convicção que obriga o MP, uma vez obtida a notícia do crime, a abrir inquérito.

E também não basta que os *novos elementos de prova* se limitem a suscitar dúvidas sobre a bondade da decisão de arquivar<sup>79</sup>. Aliás, em caso de dúvida resultante de eventual contradição entre a prova que, sendo insuficiente para acusar, conduziu ao arquivamento, e a prova nova com base na qual se pretende

78 Designadamente, por omissão de diligências que pudessem reputar-se essenciais para a descoberta da verdade, cominada como nulidade processual no artigo 120.º, n.º 1, alínea d), do CPP.

79 Pronunciou-se neste sentido o TRE, em acórdão de 3 de novembro de 2008 (Proc. 2846/07-1), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultado em: 21.05.2013]: “A relevância da motivação do despacho de arquivamento propaga-se para além dos momentos da sua sindicabilidade (intra-orgânica ou judicial) aos efeitos futuros do despacho que vale como caso decidido, pois os novos elementos de prova têm de por em causa esses fundamentos e não apenas a bondade da decisão”.

reabrir o inquérito, não deverá este ser reaberto, em homenagem, entre o mais, ao princípio *in dubio pro reo*<sup>80</sup>.

Neste quadro, e em face da ausência de padrão geral e abstrato, deve exigir-se, para a reabertura do inquérito – ou seja, para que possa legitimamente pôr-se em causa a *paz jurídica* de que o arguido deve poder gozar após o arquivamento –, que dos *novos elementos de prova* resulte, para o MP, um grau de convicção pelo menos similar àquele que justifica a dedução de acusação.

Assim, os *novos elementos de prova*, isoladamente ou em conjugação com a prova junta e examinada no inquérito primitivo (mesmo que dessa conjugação advenha apenas a demonstração da falsidade da prova junta ao primeiro inquérito), devem convencer o MP da existência de indícios suficientes da prática do crime e dos seus agentes (*cf.* artigo 283.º, n.ºs 1 e 2, do CPP) que apontem no sentido de que a responsabilidade criminal destes será, com grande probabilidade, confirmada em julgamento.

Em nossa opinião, só nesta hipótese se justificará a quebra da *paz jurídica* do arguido que a reabertura do inquérito (quase sempre) necessariamente acarreta<sup>81</sup>.

---

80 Embora alguns Autores sustentem que a decisão de acusar, fundada num juízo de probabilidade, é rebelde à aplicação do princípio *in dubio pro reo* (*cf.* neste sentido, por exemplo, Conde Correia, 2007: 21), a aplicação deste princípio na hipótese vertente tem inteiro cabimento, na medida em que o potencial juízo de probabilidade (que poderá vir a fundamentar a reabertura do inquérito), sendo baseado num determinado conjunto de provas (novas), será sempre contrário a um outro juízo, também ele assente num determinado substrato probatório, firmado anteriormente pela mesma entidade (o MP), excetuando, claro está, o caso em que o arquivamento tenha sido determinado com base na absoluta inexistência de provas. Ora, havendo provas num e noutro sentido, sem que nenhuma delas se superiorize às demais, a dúvida deverá ser resolvida em termos favoráveis ao arguido, o que neste contexto implica não reabrir o inquérito.

81 Na medida em que a reabertura do inquérito é tramitada sem intervenção de um juiz, sendo da exclusiva competência do MP, só a título incidental é possível entrever, a partir da jurisprudência dos Tribunais superiores portugueses, precedentes e critérios de decisão do próprio MP aplicados neste domínio. Ainda assim, resulta da análise dessas decisões que, para justificar a reabertura do inquérito, é frequente invocar-se que dos novos elementos de prova têm de resultar “*fortes indícios*” da prática de um crime (sendo certo que, para que o inquérito termine com uma acusação, basta que tenham sido recolhidos indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente – *cf.* artigo 283.º, n.º 1, do CPP). Tal pode ser confirmado através dos excertos das seguintes decisões, todas elas disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt):

– acórdão do STJ de 2 de junho de 2011 (Proc. n.º 680/03.5 TVLSB.L1) [consultado em: 21.05.2013]: “O despacho de reabertura do inquérito surge em finais de 1998, apoiando-se no parecer médico-legal, porque havia fortes indícios da prática pelos arguidos de um crime de homicídio negligente”;

– acórdão do TRL de 24 de junho 2010 (Proc. n.º 680/03.5TVLSB.L1-6) [consultado em: 21.05.2013]: “4a. O 2.º Apelante, em 26/11/93, apresentou na Diretoria da Polícia Judiciária, em Lisboa, denúncia-crime por considerar que a D fora vítima de negligência médica - alínea F) da matéria assente e da fundamentação da sentença. 5a. A 16/11/98 os AA, ora Apelantes, foram notificados do despacho de arquivamento do inquérito, sem prejuízo de obtenção de melhor prova. 6a. O parecer, solicitado, do Conselho Médico-Legal foi junto aos autos em 23/11/1998. 7a. Nesse mesmo dia, o Ministério Público ordenou a reabertura do inquérito por considerar haver fortes indícios da prática pelos arguidos do crime de homicídio negligente

## § 11. Concretização do critério adotado

Apresentadas as linhas orientadoras que, em nosso entender, devem guiar o intérprete na compreensão das exigências de *novidade* e *valor* dos *elementos de prova* aptos a desencadear a reabertura do inquérito, é altura de concretizar o nosso entendimento por referência aos vários meios de prova previstos no CPP e a outras realidades conexas.

### § 11.1. Prova testemunhal

De acordo com jurisprudência do STJ, uma testemunha que já tenha sido inquirida não pode ser considerada um *novo elemento de prova*, mesmo que haja ampliação do depoimento, *i.e.*, mesmo que a testemunha venha a ser questionada e a depor sobre matérias sobre as quais não incidiu o seu depoimento anterior<sup>82</sup>. Tal jurisprudência, embora produzida por referência ao recurso de revisão, vale, por maioria de razão (*cf.* ponto § 4), ainda com maior acuidade no caso de reabertura do inquérito.

Esta solução justifica-se em obediência ao critério geral atrás formulado: se a testemunha não foi questionada pelo MP, a quem competia a sua inquirição, sobre matérias tidas posteriormente por essenciais, a responsabilidade será exclusivamente sua, enquanto *dominus* do inquérito. *Sibi imputet*.

Também na hipótese de uma testemunha não ter sido ouvida porque o MP entendeu que o seu depoimento seria irrelevante, deve considerar-se que o desconhecimento desse meio de prova é imputável ao titular da ação penal e,

---

*p. e p. no artigo.º 136.º do CP/82 e propôs uma medida cautelar de detenção a fim de os médicos arguidos serem presentes ao JIC para 1.º interrogatório judicial, prestação de caução e aplicação de medida de coação mais gravosa que o simples TIR já prestado";*

– acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 11 de outubro de 2006 (Proc. n.º 8.03.4/TAMDA. C1) [consultado em: 21.05.2013]: “*Salvaguardando algumas alterações de palavra, verificamos que a queixosa vem queixar-se dos mesmos factos de que já se queixou e 23 de Setembro de 2002, que já foram objeto de apreciação e decisão, apresentando 5) mesmos meios de prova que na queixa inicial indicou. [...] Nesta perspectiva, cremos que não existem fundamentos, atento o teor da queixa ora apresentada, para determinar a reabertura do inquérito nos termos do disposto no artigo 279.º, n.º1 do CPP, pelo que se mantém o despacho de arquivamento proferido”; e*

– acórdão do TRP de 16 de janeiro de 2002 (Proc. n.º 0141271) [consultado em: 21.05.2013]: “*A última nota é ainda uma simples constatação, para acentuar que a reabertura pretendida pelo Ministério Público se encontra sujeita a pressupostos – os do artigo 279.º, cit. – cuja realidade, tanto quanto sabemos, ainda não se apurou: neste momento apenas há notícia de que uma nova testemunha tem conhecimento directo de factos que, na opinião dos assistentes, invalidam, pelo menos, alguns dos fundamentos que ditaram o arquivamento”.*

82 *Cf.* acórdão do STJ de 1 de julho de 2004, publicado na *Colectânea de Jurisprudência do STJ*, 2004, Tomo II, p. 247.

como tal, não se pode concluir pelo preenchimento do requisito da *novidade* exigido pelo artigo 279.º, n.º 1, do CPP.

O mesmo se diga quanto à testemunha que não compareceu – não tendo o MP feito nada para que esta comparecesse – ou que não chegou sequer a ser notificada, por falha imputável ao MP e, bem assim, quanto à testemunha que foi inquirida com dispensa de juramento e que mais tarde passou a estar em condições de o (dever) fazer<sup>83</sup>.

No caso, distinto, de uma testemunha vir contradizer o seu depoimento anterior, deverá ser investigada pela prática do crime de falsidade de testemunho (*cf.* artigo 360.º do CP), mas o arguido não deve ser prejudicado pelo facto de essa testemunha ter atuado de modo ilícito e de o MP ter valorado positivamente tal depoimento, exceto no caso de a falsidade do testemunho se ter devido a alguma forma de coação exercida por aquele (ou por alguém que tenha atuado sob as instruções do arguido).

Contrariamente, caso uma testemunha fosse desconhecida ou não pudesse ter sido ouvida por causa que se veio a apurar ser imputável a terceiros, designadamente ao arguido (*e.g.* no caso de sequestro), tornando-se a sua inquirição possível em momento posterior, deverá a mesma ser considerada *prova nova* para efeitos do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, sendo, como tal, apta a despoletar a reabertura do inquérito<sup>84</sup>.

## § 11.2. Declarações de arguido. A confissão

Nos termos referidos *supra*, o efeito preclusivo associado ao arquivamento é reconhecido no interesse do arguido, para salvaguarda da sua liberdade e segurança, em suma, da sua *paz jurídica*.

---

83 Esta última hipótese é objeto de ampla discussão no âmbito do recurso de revisão: veja-se, por todos, Conde Correia, 2010: 321.

84 O filme *Fracture* (na tradução portuguesa: *Ruptura*), de 2007, realizado por Gregory Hoblit, parte de uma situação idêntica à que traçamos. Logo numa das primeiras cenas do filme, Ted Crawford (personagem interpretada por Anthony Hopkins) dispara dois tiros sobre a sua mulher, que fica em coma. Ted Crawford é depois levado pela polícia e acaba por confessar os factos. Com a confissão na mão, os procuradores decidem não realizar diligências de prova adicionais, designadamente buscas para encontrar a arma do crime. Contudo, vem-se mais tarde a apurar que a confissão de Ted Crawford foi prestada perante um agente da polícia que era nem mais nem menos do que amante da sua mulher, o que indiciava a existência de coação na obtenção dessa confissão e a tornava, por conseguinte, inadmissível. À falta de prova, Ted Crawford acaba por sair em liberdade e o processo termina. Na hipótese de o processo não ter avançado e a mulher de Ted Crawford sair do coma e confirmar que fora efetivamente o seu marido quem disparara os dois tiros, o inquérito, quanto a nós, teria de poder ser reaberto com base nesse depoimento.

Nessa medida, se o arguido, tendo-se remetido ao silêncio no inquérito primitivo, decidir, após o arquivamento, confessar livremente e sem reservas a prática do crime ao MP, deve entender-se que a sua confissão – no pressuposto, evidentemente, de ser considerada credível – será apta a desencadear a reabertura do inquérito.

Para além disso, e como se avançou em capítulo anterior, poderá ser desencadeada a reabertura do inquérito com vista à confirmação dos “indícios” resultantes de uma eventual confissão pública (por exemplo, através da imprensa) do arguido relativamente a um crime objeto de investigação num inquérito que veio a culminar num despacho de arquivamento.

### § 11.3. Acareação, reconhecimento e reconstituição

Durante o inquérito, a prova, nos casos de acareação (*cf.* artigo 146.º do CPP), reconhecimento (*cf.* artigos 147.º a 149.º do CPP) e reconstituição (*cf.* artigo 150.º do CPP), é produzida por decisão exclusiva do MP, tomada oficiosamente ou na sequência de requerimento.

Nessa medida, não tendo sido produzidos tais meios de prova no inquérito primitivo, não deverá admitir-se, atendendo ao que se disse acima quanto à exclusão, em regra, da reabertura oficiosa do inquérito (*cf.* ponto § 7), que a sua produção *ex novo* possa fundamentar a reabertura do inquérito – o que não significa, bem entendido, que estas diligências não possam ser realizadas depois de reaberto o inquérito –, para além de que seria sempre difícil entrever neste tipo de prova, a que na prática se tende a reconhecer pouca valia<sup>85</sup>, o grau de solidez e consistência necessário para invalidar os fundamentos invocados pelo MP no despacho de arquivamento, como exige o artigo 279.º, n.º 1, do CPP.

### § 11.4. Prova pericial

Não obstante a prova pericial gozar de um valor probatório reforçado (*cf.* artigo 163.º, n.º 1, do CPP), a sua produção, na fase de inquérito, também está na disponibilidade do MP (*cf.* artigo 154.º, n.º 1, do CPP), pelo que, não tendo sido realizada no inquérito primitivo, não deverá igualmente admitir-se, considerando o nosso entendimento, que uma *nova perícia* possa despoletar a reabertura do inquérito.

---

85 Reconhecem-no Medina de Seíça, 2003: 1413 e Conde Correia, 2010: 583.

Para além disso, a prova pericial tem sido considerado inidónea pela nossa jurisprudência a fundamentar a revisão de sentenças<sup>86</sup>, devendo mais uma vez considerar-se essa jurisprudência aplicável, por maioria de razão (*cf.* ponto § 4), à reabertura do inquérito.

### § 11.5. Prova documental

Considerando o tendencialmente elevado grau de certeza que este meio de prova proporciona<sup>87</sup>, a apresentação de novos documentos – pressuposta, claro está, a sua genuinidade – constituirá, à partida, fundamento particularmente idóneo a desencadear a reabertura do inquérito.

Assim sucederá, por exemplo, na hipótese de os *novos* documentos não terem chegado ao conhecimento do MP, aquando do inquérito primitivo, designadamente porque o arguido os ocultou, vindo depois a ser apresentados por terceiro.

No caso, porém, de os *novos* documentos se revelarem contraditórios com outros que tenham sido juntos aos autos do inquérito primitivo, tendo estes últimos sido determinantes para a decisão de arquivamento – o que tipicamente sucederá na hipótese de o arquivamento que se pretende *revogar* ter sido ditado por razões de mérito (*cf.* artigo 277.º, n.º 1, do CPP) – só poderá, em nossa opinião, desencadear-se a reabertura do inquérito se tais novos documentos revestirem um valor probatório pelo menos idêntico ou (preferencialmente) superior aos primeiros.

Para além disso, no caso do arquivamento de mérito, considerando a posição expressa no ponto § 5, os *novos documentos* só poderão fundamentar a reabertura do inquérito se através deles for possível demonstrar que os elementos de prova em que se fundamentou a decisão de arquivar estavam viciados. Será esse o caso, *v.g.*, do arquivamento de mérito fundado na inimputabilidade em razão da idade do arguido, comprovada através do seu documento de identificação, vindo mais tarde a apurar-se que esse documento era falso.

---

86 Consulte-se, sobre esta matéria, o acórdão do STJ de 31 de março de 1982, publicado no *BMJ*, 315, 1982, p. 214: “[...] *se simples pareceres técnicos fossem suficientes para anular os efeitos do caso julgado, estava descoberta a maneira de os réus terem praticamente garantida a revisão das sentenças*”. Na mesma linha pode consultar-se o acórdão do STJ de 4 de novembro de 1993, publicado no *BMJ* 431, 1993, p. 356: “*o referido parecer não pode considerar-se como facto novo, visto que, dada a sua natureza, apenas pode considerar-se como meio de prova, mas, como tal, não passa de mais uma opinião técnica que, muito embora não concorde com as perícias feitas no processo, não pode abalar as decisões proferidas*”.

87 O que a lei, aliás, expressamente reconhece quando, no artigo 391.º-A, n.º 3, do CPP, considera haver “*provas simples e evidentes*” quando a prova é essencialmente documental.

### § 11.6. Provas atípicas e provas proibidas

A designada prova atípica constitui, em grande medida, uma “*distorção ilegítima*”<sup>88</sup> e particularmente desleal (porque não previsível) do sistema probatório, representando, no dizer de Conde Correia, “*uma nova possibilidade de agressão (porventura injustificada) contra os direitos, liberdades e garantias do arguido*”<sup>89</sup>. Entendemos, por isso, considerando a natureza e os princípios que travejam a figura em análise, que *novos elementos de prova* atípicos não poderão fundamentar a reabertura do inquérito.

Também as provas proibidas, sendo inadmissíveis para todos e quaisquer efeitos (*cf.* artigo 125.º do CPP), não poderão evidentemente fundar a reabertura do inquérito.

### § 11.7. Meios de obtenção da prova

Por “*novos elementos de prova*”, na aceção do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, deve entender-se, apenas, meios de prova (previstos no Título II, do Livro II, do CPP) e não meios de obtenção da prova (previstos no Título III, do Livro II, do CPP)<sup>90</sup>.

As razões que o justificam são evidentes: subordinando a reabertura do inquérito à realização, por exemplo, de um exame, de uma revista, de uma busca, de uma apreensão ou de uma escuta telefónica, a ação penal seria retomada com base numa mera expectativa – de resultado naturalmente incerto – de que o substrato dessa produção de prova seria apto a invalidar os fundamentos do despacho de arquivamento, o que equivaleria a esvaziar de sentido a letra e o espírito do regime de reabertura do inquérito.

Na realidade, temos por certo que o artigo 279.º, n.º 1, do CPP exige que a reabertura do inquérito seja determinada com base em prova já existente e no valor concreto que esta apresenta, e não numa prova putativa que poderá, ou não, vir a ser obtida. Neste sentido, deve entender-se que a *novidade* exigida no artigo 279.º, n.º 1, do CPP se reporta preponderantemente ao meio de prova e não ao resultado da sua produção, sendo os “*novos elementos de prova*”, na aceção do artigo 279.º, n.º 1, do CPP, necessariamente um *prius* relativamente à reabertura do inquérito, e não algo que possa ser conhecido (apenas) depois de esta ter sido desencadeada.

88 A expressão é de Medina de Seíça, 2003: 1411.

89 Conde Correia, 2010: 579.

90 Exatamente assim, Conde Correia, 2010: 584, ainda que a propósito do recurso de revisão.

Para além deste aspeto, há ainda a ressaltar que o recurso aos meios de obtenção de prova depende necessariamente de decisão do MP, pelo que, não tendo este determinado a realização de exames, revistas, buscas, apreensões ou escutas telefónicas durante o inquérito que culminou com o arquivamento, não deverá admitir-se que o possa fazer em sede de reabertura do inquérito, excetuando-se os casos em que por essa via é recolhida prova no âmbito de outro processo que, pondo em causa os fundamentos do arquivamento, vem legitimar a reabertura do inquérito arquivado<sup>91</sup>.

### § 12. Meios de reação contra a reabertura do inquérito

Caso o MP defira o pedido de reabertura do inquérito com base em prova que não se deva considerar *nova*, nos termos acima propugnados (*cf.* ponto § 9), ou que não revista o necessário valor reforçado, como também se sustentou (*cf.* ponto § 10), poderá o arguido (ou suspeito) afetado pelo inquérito reaberto reclamar hierarquicamente dessa decisão do MP, nos termos do artigo 279.º, n.º 2, do CPP<sup>92</sup>.

Sendo essa reclamação indeferida, não obstante a decisão do superior hierárquico do MP ser insuscetível de sindicância judicial<sup>93</sup>, o arguido não deixará, ainda assim, de poder pôr em crise os fundamentos da reabertura do inquérito caso seja deduzida contra ele uma acusação, devendo para o efeito requerer a competente abertura da instrução (*cf.* artigo 287.º, n.º 1, alínea *a*), do CPP), contestando, nessa sede, a verificação dos requisitos necessários à reabertura do inquérito que veio a culminar com a pretensão do MP de sujeitá-lo a julgamento<sup>94</sup>.

## CONCLUSÕES

As soluções propostas neste trabalho partem de duas premissas fundamentais que, em jeito conclusivo, aqui se perfilam de modo transparente.

A primeira é a de que, num processo penal de matriz acusatória como o que vigora entre nós, o princípio *ne bis in idem* acaba por dirigir-se, não tanto

---

91 Sobre esta matéria, veja-se a parte final do ponto § 7 deste trabalho.

92 O n.º 2 do artigo 279.º do CPP pressupõe, por conseguinte, que o visado pela (nova) investigação que terá lugar no âmbito do inquérito reaberto seja pessoalmente notificado da decisão do MP no sentido de deferir o pedido de reabertura do inquérito, devendo, assim, considerar-se analogicamente aplicável ao caso vertente o disposto no artigo 113.º, n.º 10, do CPP.

93 É esse o entendimento generalizado da jurisprudência. Veja-se, por todos, o acórdão do TRP de 2 de novembro de 2001, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, XXX, 6, p. 211.

94 No mesmo sentido, *cf.* Souto Moura, 1991b: 114.

(ou apenas) para os tribunais, mas também (ou sobretudo) para o MP. Nessa medida, o *ne bis in idem*, mais do que proibição de duplo julgamento (como é tradicionalmente entendido), implica antes uma proibição de o MP resolver por mais de uma vez, e de forma contraditória, um mesmo conflito penal.

Temos para nós, em consequência, que todas as decisões do MP são caracterizadas por dois efeitos: um de carácter negativo, ou de preclusão, consistente na consumpção dos poderes necessários ao exercício da ação penal; outro de carácter positivo, ou de vinculação, que impõe a responsabilização do MP pelas suas decisões, obrigando-o a conformar-se institucionalmente com elas e a não contradizê-las. Por este prisma, não poderá deixar de reconhecer-se a tendencial definitividade das decisões do MP, incluindo o arquivamento.

A segunda premissa fundamental em que respaldamos o nosso pensamento sobre o objeto deste trabalho é a de que a reabertura do inquérito, colocando potencialmente em causa a *paz jurídica* do cidadão que foi criminalmente perseguido, tem de ser entendida como um mecanismo de natureza excepcional.

Neste sentido, os requisitos desta figura, plasmados no artigo 279.º do CPP, devem ser interpretados de modo restritivo, exigindo-se, designadamente, que os elementos de prova aptos a desencadear a reabertura do inquérito revistam valor reforçado e impondo-se, ademais, a adoção de um conceito de *novidade* da prova que não reconheça idoneidade – para reabrir o inquérito – àqueles elementos probatórios cujo desconhecimento, aquando do arquivamento do inquérito primitivo, seja de alguma forma imputável ao MP, designadamente por negligência ou incompetência deste na condução da investigação.

Da conjugação das duas premissas enunciadas, e dos resultados interpretativos que delas defluem, avulta a ideia, que pode e deve arvorar-se como referencial interpretativo da reabertura do inquérito, de uma verdadeira proibição geral de *repetição* da ação penal, constituindo o regime consagrado no artigo 279.º do CPP, aplicado nos seus (necessariamente) apertados limites, exceção residual a uma tal proibição de carácter genérico.

Creemos ser possível, a esta luz, construir um modelo de decisão das hipóteses de reabertura do inquérito que, responsabilizando o MP pela decisão tomada no final da fase de investigação – e é seguindo o caminho da responsabilização que se prestigia esta magistratura e o exercício da ação penal –, salvaguarda ao máximo, sem com isso corromper a letra ou o espírito da lei, a *paz jurídica* de que todos os cidadãos que foram objeto de perseguição penal devem poder beneficiar depois do arquivamento.

## BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Rossano  
1999 “Il concetto di ‘prove nuove’ ai fini della revisione”, *Cassazione Penale*, pp. 2606-2612.
- AFONSO, Fernandes  
1954 “O caso julgado e os despachos de abstenção de acusar proferidos pelo MP”, *Scientia Iuridica*, Ano 13, 1954, pp. 153-166.
- ALEXANDRE, Isabel  
2003 “O Caso Julgado na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 11-77.
- AMAR, Akhil Reed  
1997 “Double Jeopardy Law made simple”, *Yale Law Journal*, 106, pp. 1807-1848.
- ARENAZA, Segrelles de  
1994 “Sobreseimiento provisional, reapertura del proceso y derechos fundamentales”, *Cuadernos de política criminal*, N.º 54, pp. 1053-1075.
- BARREIROS, José António  
1981 *Processo Penal*, Coimbra: Almedina.
- BARROSO, Ivo Miguel  
2003 *Estudos sobre o Objecto do Processo Penal*, Lisboa: Visus Editores.
- BETTIOL, Giuseppe  
1936 “Presunzioni e onere della prova nel processo penale”, *Rivista Italian di Diritto e Procedura Penale*, Ano 8, N.º 3, pp. 241-253.
- CANARIS, Claus-Wilhelm  
2002 *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (tradução de António Menezes Cordeiro), 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & VITAL MOREIRA  
2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I (Artigos 1.º a 107.º), Coimbra: Coimbra Editora.
- CARBONE, Amato  
2007 “Efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione ed ordine di imputazione coatta del GIP”, *Archivio della nuova procedura penale*, Piacenza, Ano 18, N.º 4, pp. 499-505.
- CASTANHEIRA NEVES, António  
1968 *Sumários de processo penal*, policopiado, Coimbra.

CASTRO e SOUSA, João

1985 *A Tramitação do Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

CAVALEIRO de FERREIRA, Manuel

1965 “Revisão Penal (Artigo 678.º, n.º 4, do Código de Processo Penal)”, *Scientia Iuridica*, pp. 520-526.

1986 *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Lisboa: Editora Danúbio.

COLOMER, Juan-Luis Gomez

1985 *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona: Bosch, pp. 71-79.

CONDE CORREIA, João

2010 *O “Mito do Caso Julgado” e a Revisão* Propter Nova, Lisboa: Coimbra Editora.

2007 *Questões Práticas Relativas ao Arquivamento e à Acusação e à sua Impugnação*, Porto: Universidade Católica Editora.

CORREIA, Eduardo

1951 “Para quem devem ser ‘novos’ os factos ou elementos de prova que fundamentam a revisão das decisões penais?”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano VI, pp. 381-410.

1966-67 “Despacho de arquivamento do processo e caso julgado”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 99, p. 33-36, pp. 49-52 e pp. 65-68.

1983 *A teoria do concurso em Direito criminal; I Unidade e pluralidade de infracções; II Caso julgado e poderes de cognição do Juiz*, Coimbra: Almedina.

COSTA RAMOS, Vânia

2009 *Ne bis in idem e União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora.

DÁ MESQUITA, Paulo

2003 *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora.

2011 *A Prova do Crime e o Que se Disse Antes do Julgamento. Estudo sobre a Prova no Processo Penal Português à Luz do Sistema Norte Americano*, Coimbra: Coimbra Editora.

DAMIÃO DA CUNHA, José Manuel

2002 *O Caso Julgado Parcial. Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, Porto: Universidade Católica Editora.

2009 “*Ne bis in idem* e exercício da acção penal”, in AA. VV., *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Almedina, pp. 553-581.

DANTAS, António Leones

1995 “Definição e evolução do objecto do processo no processo penal”, *Revista do Ministério Público*, 63, pp. 89-107.

- 1997 “Os Factos como Matriz do Objecto do Processo”, *Revista do Ministério Público*, Ano 70, 1997, pp. 111-124.
- FARIA COSTA, José de
- 1980 “A Caução de Bem Viver: um subsídio para o estudo da evolução da prevenção criminal”, separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXI.
- 1998 “A responsabilidade jurídico-penal das empresas e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade, nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)”, in AA. VV., *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I (Problemas Gerais), 1998, pp. 501-517.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
- 1974 *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 1982 “Ónus de alegar e de provar em processo penal?”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 105, pp. 125-143.
- 1996 “Do princípio da ‘objectividade’ ao princípio da ‘lealdade’ do comportamento do ministério público no processo penal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128, pp. 344-352.
- FERREIRA, Marques
- 1991a “Meios de prova”, in AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, pp. 221-270.
- 1991b “Da alteração dos factos objecto do processo penal”, Ano 1, N.º 2, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, pp. 221-239.
- GIOSTRA, Glauco
- 1994 *L’Archivio*, Torino: G. Giappichelli Editore.
- ISASCA, Frederico
- 1995 *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, Coimbra: Almedina.
- LOBO MOUTINHO, José
- 2000 *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Editora.
- 2005 *Da unidade à pluralidade dos crimes no Direito Penal português*, Lisboa: Publicações Universidade Católica.
- LUCA, Giuseppe de
- 1963 *I Limiti Soggettivi della Cosa Giudicata Penale*, Milano: Giuffré.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes
- 2009 *Código de Processo Penal Anotado e Legislação Complementar*, 17.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

MARQUES DA SILVA, Germano

2000 *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa: Verbo.

2011 *Curso de Processo Penal*, II, 5.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Verbo.

MAXIMIANO, António Henrique Rodrigues

1981a “A Constituição e o Processo Penal – Competência e estudo do Ministério Público, do Juiz de Instrução Criminal e do Julgador – A decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346.º e 351.º do Código de Processo Penal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 2, vol. 5.º, pp. 103-157.

1981b “A Constituição e o Processo Penal – Competência e estudo do Ministério Público, do Juiz de Instrução Criminal e do Julgador – A decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346.º e 351.º do Código de Processo Penal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 2, vol. 6.º, pp. 91-130.

MEDINA DE SEIÇA, Alberto

2003 “Legalidade da prova e reconhecimentos ‘atípicos’ em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante”, in AA. VV., *Liber Disciplinorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1387-1421.

2010 “A aplicação do *ne bis in idem* na União Europeia (Aspectos de um processo ainda não transitado)”, in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 935-1004.

MOREIRA DOS SANTOS, Gil

2003 *O Direito Processual Penal*, Porto: Edições ASA.

PADULA, Luciano

1995 “La riapertura delle indagini nel nuovo Codice di Procedura Penale”, *Archivio delle nuova procedura penale*, Piacenza, Ano 6, N.º 1, pp. 9-10.

2005 *L'Archiviazione*, Milano: Giuffrè.

PIMENTA, José da Costa

1991 *Código de Processo Penal Anotado*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Rei dos Livros.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo

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.

REIS, Célia

1990 “Os efeitos do arquivamento em caso de dispensa de pena”, in AA. VV., *Questões Avulsas de Processo Penal*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 61-70.

RODRIGUES, Anabela Miranda

1991 “O Inquérito no Novo Código de Processo Penal”, in AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, pp. 59-79.

SANTANA, Cecília Maria C. Lages Azevedo

1990 *Dos Limites à Revisão Penal*, policopiado, Lisboa: Universidade Católica Editora.

SIMAS SANTOS, Manuel & LEAL HENRIQUES, Manuel

2008 *Código de Processo Penal Anotado*, Volume I, Lisboa: Rei dos Livros.

SCARPELLO, Cosimo

2002 *L'archiviazione*, Milano: Cedam.

SCHMIDT, Eberhard

1957 *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal* (tradução de José Manuel Nuñez), Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

SOUSA MENDES, Paulo de

2000 “O Processo Penal em Acção: Hipótese e Modelo de Resolução”, in AA. VV., *Questões Avulsas de Processo Penal*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 85-126.

2004 “As Proibições de Prova no Processo Penal”, in AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coordenação de Maria Fernanda Palma), Coimbra: Almedina, pp. 133-154.

SOUTO DE MOURA, José

1991a “Notas sobre o Objecto do Processo”, *Revista do Ministério Público*, Ano 48, pp. 41-73.

1991b “Inquérito e Instrução”, in AA. VV., *Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, pp. 81-145.

TEDESCHI, Alfonso

2000 “In tema di riapertura delle indagini a seguito di archiviazione”, *La giustizia penale*, Roma, Ano 105, N.º 4, Parte III, pp. 253-254.

TENREIRO, Mário

1987 “Considerações sobre o objecto do processo penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 47, pp. 997-1044.

VANNI, Roberto

1989 “Revisione del giudicato penale”, in AA. VV., *Enciclopédia del Diritto*, XL, Milano: Giuffrè, pp. 169-209.

VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel & NORA, Sampaio e

2006 *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed. (reimp.), Coimbra: Coimbra Editora.

VARONE, Fabio

2005 “Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notizia criminis e abnormità dell’atto processuale penale”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Ano 48, N.º 4, pp. 1637-1669.

VESSICHELLI, Maria

1992 “Le ‘nuove prove’ nella revisione”, *Cassazione Penale*, pp. 1061-1066.



# O VALOR DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO REGIME DA INDEMNIZAÇÃO POR INDEVIDA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

*André Paralta Areias*

**ABSTRACT:** *The present article intends to analyze the compliance of the regime set forth in article 225 of the Portuguese Criminal Procedure Code which foresees the Extra-contractual Liability of the State for damages resulting from the criminal judicial power, related to the undue deprivation of liberty, with the Portuguese Constitution and the judicial precedents of the European Court of Human Rights. We consider that the created regime proves to be insufficient to respond to all situations that may result from a judicial absolution based on the principle in dubio pro reo. To that extent, we will focus on the system of compensation for unlawful or unjustified deprivation of liberty, and conclude with the analysis of paragraph c) of number 1 of article 225 of the Portuguese Criminal Procedure Code and the possible violation of constitutional principles such as presumption of innocence, equality and proportionality.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. O Direito à liberdade. II. A responsabilidade do Estado por danos causados por indevida privação da liberdade. 1. Privação da liberdade ilegal. 2. Privação da liberdade decorrente de erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto. 3. Privação da liberdade por se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou atuou justificadamente. III. A conformidade do artigo 225.º, n.º 1, alínea c), com a Constituição da República Portuguesa e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 1. O valor do princípio da presunção de inocência ou *in dubio pro reo* à luz da Constituição da República Portuguesa e de diplomas supra-nacionais. 2. A possível violação do princípio da presunção de inocência pela alínea c) do n.º 1 do artigo 225.º do Código de Processo Penal. Conclusões

## INTRODUÇÃO

A polémica e interessante questão da qual este artigo se ocupa prende-se com a eventual limitação do direito à indemnização por privação indevida da liberdade que a alínea c) do n.º 1 do artigo 225.º do Código de Processo Penal (“CPP”) estabelece para as situações de absolvição com base no princípio *in dubio pro reo*.

De facto, o aumento da criminalidade financeira e a crescente luta contra este fenómeno por parte dos Estados, seja através do seu papel regulador, seja por intermédio da sua ação penal, constitui um factor de maior ingerência estatal na liberdade individual dos cidadãos. A ação estatal neste âmbito encontra-se constitucionalmente legitimada, na ordem jurídica portuguesa, pela alínea *f*) do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”), constituindo uma incumbência prioritária do Estado “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

Com efeito, em Portugal, tem-se vindo a assistir a um movimento de maior controlo e sancionamento deste tipo de crimes, sendo disso exemplo a revisão operada pela Lei n.º 28/2009, de 19 de junho, ao regime sancionatório no setor financeiro em matéria criminal e contraordenacional, a qual ditou o aumento da moldura penal para um máximo de prisão até 5 anos para alguns crimes financeiros: os crimes de abuso de informação e manipulação do mercado, previstos nos artigos 378.º e 379.º do Código dos Valores Mobiliários, respetivamente; a atividade ilícita de receção de depósitos e outros fundos reembolsáveis, previsto no artigo 200.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras; e a prática ilícita de atos ou operações de seguros, de resseguros ou de gestão de fundos de pensões prevista no artigo 202.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de abril.

O agravamento das penas em apreço traduz-se numa maior permeabilidade desses tipos incriminadores à possibilidade de aplicação de medidas de coação privativas da liberdade, tal como a de obrigação de permanência na habitação, prevista no artigo 201.º do CPP, sendo ainda de notar que a intromissão na liberdade pessoal dos cidadãos através da ação penal poderá sempre ter lugar caso se verifiquem os pressupostos da detenção previstos no artigo 254.º e seguintes do CPP.

Em face do exposto, importa dar resposta à seguinte questão: será justo, ou mesmo moral, fazer alguém suportar uma privação da liberdade levada a cabo em benefício da realização do interesse público geral de eficácia da instrução criminal que se revele sem fundamento válido, geradora de danos severos, sem que posteriormente ocorra qualquer tipo de ressarcimento?

Será esta a questão a que procuraremos dar resposta nos pontos que se seguem.

## I. O DIREITO À LIBERDADE

A função jurisdicional penal do Estado evidencia, por vezes, uma dimensão algo corrosiva face a certos direitos fundamentais, aquando da prossecução das suas mais elementares finalidades de segurança e justiça. Como exemplos de direitos fundamentais suscetíveis de serem afetados nesse campo podemos indicar os seguintes: a liberdade pessoal, cuja tutela constitucional está prevista no artigo 27.º da CRP; a integridade pessoal, prevista no artigo 25.º da CRP; a reserva da vida privada, o bom nome e reputação, previstos no artigo 26.º da CRP; o sigilo das comunicações, referido no artigo 34.º da CRP; o direito de propriedade, que consta no artigo 62.º da CRP; a liberdade profissional, prevista no artigo 47.º da CRP.

Não obstante a manifesta importância de todos estes direitos, por regra aquele que se revela mais “ameaçado” pela ação penal do Estado é a liberdade pessoal dos cidadãos. Acresce que a afetação da liberdade pessoal condiciona todos os outros direitos fundamentais, uma vez que nenhum direito poderá ser exercido na sua plenitude sem liberdade total do seu titular. A liberdade assume-se, deste modo, como a base de qualquer direito.

Consagrado na Constituição de 1976, no seu artigo 27.º, o direito fundamental à liberdade aqui referido é, nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o “direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar”<sup>1</sup>.

Ora, esse sentido de liberdade, em toda a sua pureza e essência, constitui um “momento absolutamente decisivo e essencial [...] da pessoa humana [...], que lhe empresta aquela dignidade em que encontra o seu fundamento granítico a ordem jurídica (e, antes de mais, jurídico-constitucional) portuguesa”<sup>2</sup>. E um Estado que não acolhe como valor fundamental do seu código genético o direito à liberdade não poderá, de maneira alguma, ser considerado um Estado de direito democrático respeitador da dignidade da pessoa humana.

Neste plano, o direito penal representa, nas palavras de Hassemer, “o instrumento do Estado que determina os limites da liberdade no caso concreto”, sendo “um instrumento da liberdade por meio da repressão”. Hassemer, recorrendo à teoria do contrato social, considera que cada

1 Canotilho & Moreira, 2007: 478.

2 Miranda & Medeiros, 2005: 299.

cidadão renuncia a uma parcela da sua liberdade, sendo esta confiada ao Direito, na pessoa do Estado, que servirá de garante para que um indivíduo não trate os outros com desprezo, não penetrando nos limites da liberdade do outro. Conclui o Autor que “a ideia do Direito Penal era originariamente uma ideia de liberdade. Porque só a liberdade em segurança – não liberdade caótica ou a liberdade do estado de natureza – pode sobreviver. E a segurança da liberdade é o Direito Penal”.

Contudo, Hassemer não esquece que a tradição liberal do Estado está ligada intensamente aos direitos fundamentais e aos respectivos direitos de defesa. Estes direitos “protegem a esfera da pessoa, da liberdade humana contra o Estado e determinam as relações entre Estado e cidadão. A partir dos direitos fundamentais o cidadão pode reconhecer que intervenções ele não tem de suportar [...]”<sup>3</sup>.

Podemos assim retirar das palavras de Hassemer que a prossecução das finalidades do direito penal deverá ter em consideração a necessidade de gerir de forma equilibrada, proporcional e justa o bem comunitário que se traduz na luta contra a criminalidade, e na concomitante defesa da ordem jurídica existente, com o respeito pelos direitos fundamentais dos particulares que são alvo de um processo penal, nomeadamente o direito fundamental à liberdade.

Neste campo assume especial importância o direito constitucional, o qual funciona como referência na aplicação e no funcionamento do processo penal e na sua relação com os direitos fundamentais dos cidadãos. Daí afirmar-se que o processo penal é verdadeiro direito constitucional aplicado<sup>4</sup>, devendo os preceitos legais, nessas matérias, ser interpretados à luz da Constituição e aplicados de acordo com e a partir desta.

O carácter granítico que o direito à liberdade representa no âmbito da disciplina dos direitos, liberdades e garantias, constituindo a base de muitos dos direitos constantes no Capítulo I do Título II da CRP, impõe a consagração de certas limitações à sua restrição. Segundo o artigo 27.º, n.º 2, da CRP, “ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”.

---

3 Hassemer, 2004: 47.

4 Miranda & Medeiros, 2005: 353.

Para além da consagração da pena de prisão em virtude de sentença criminal condenatória, a qual constitui a restrição mais natural e lógica do direito à liberdade, a CRP prevê ainda no n.º 3 do seu artigo 27.º outras restrições a esse direito, delegando no legislador a estipulação das condições em que aquelas deverão ter lugar. Todas as restrições à liberdade previstas no referido preceito constitucional representam consequências habituais dos processos penais, e a sua consagração em preceito constitucional específico obedece ao princípio da tipicidade constitucional das restrições à liberdade.

Para além do respeito pelo princípio da tipicidade, todas as restrições que o legislador ordinário venha a estabelecer devem obedecer aos limites fixados no n.º 2 do artigo 18.º da CRP. As restrições têm de estar expressamente previstas na Lei Fundamental e limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Isto é, deverá essa restrição respeitar o princípio da proporcionalidade, devendo, para tanto, ser necessária, adequada e racional na prossecução do fim pretendido.

A constatação da fragilidade de alguns direitos fundamentais face ao exercício da função jurisdicional penal, mas em especial da vulnerabilidade do direito à liberdade face às medidas cautelares e de polícia, às medidas de coação e às penas de prisão e medidas de segurança que resultam do processo penal, motivou o legislador constitucional a consagrar no n.º 5 do artigo 27.º da CRP que “[a] privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer”.

Esta norma, embora remeta para o legislador a regulamentação das situações de indemnização por privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei, constitui uma garantia contra a interferência abusiva do Estado na esfera de liberdade dos particulares, configurando, por si só, o direito à indemnização e o dever de indemnizar do Estado. O carácter programático da referida norma é meramente aparente, uma vez que “o facto de a constituição remeter para a lei a regulamentação da indemnização não tolhe a aplicabilidade direta e imediata deste preceito (cfr. artigo 18.º-1), devendo os órgãos aplicadores do direito dar-lhe eficácia, mesmo na falta de lei”<sup>5</sup>.

No entanto, o legislador não olvidou a necessidade de dar eficácia a tal preceito constitucional e, com a entrada em vigor do CPP de 1987

---

5 Canotilho & Moreira, 2007: 187.

(Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro), que consagrou o direito à indemnização por parte de quem tivesse sofrido “detenção ou prisão preventiva manifestamente ilegal” ou que “não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia” (artigo 225.º do referido diploma), foi dado o primeiro passo na construção de um regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos provocados por atos da função jurisdicional e, em concreto, por atos da função jurisdicional penal<sup>6</sup>.

Desta forma, com a entrada em vigor do CPP em 1987, foi consagrado o direito à indemnização por parte de quem tivesse sofrido detenção ou prisão ilegal, procurando, assim, dar-se resposta a todos os prejuízos que derivassem de uma privação da liberdade ilegal ou injusta. Prejuízos que, pela gravidade das consequências que decorrem de uma privação da liberdade ilegal ou injusta, merecem uma especial proteção por parte da lei.

## II. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS POR INDEVIDA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

Com efeito, o sacrifício do direito à liberdade mostra-se, por vezes, fundamental na prossecução dos objetivos de instrução criminal próprios do processo penal. A realização dessas finalidades implica, quando estritamente necessária, a ação do *ius puniendi* estatal sobre aqueles que ameaçam a ordem pública ou a instrução penal, nomeadamente através da detenção daqueles que se encontram numa situação de flagrante delito, nos termos dos arts. 254.º e seguintes do CPP<sup>7</sup>, ou a imposição de medidas de coação como a prisão preventiva (artigo 202.º do CPP) e a obrigação de permanência na habitação (artigo 201.º do CPP).

Em princípio, se todos os parâmetros legais e constitucionais forem respeitados, a imposição destes comportamentos não origina qualquer direito de indemnização. No entanto, como é sabido, assim como os homens falham, também o sistema por si dirigido não é infalível.

Desse modo, e com o objetivo de tutelar eventuais injustiças que poderiam surgir através da imposição das referidas condutas, o artigo 225.º

---

6 Não obstante a existência do regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado (Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de novembro de 1967) à data da publicação do Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, a verdade é que este excluía do seu âmbito de aplicação os danos provocados por atos jurisdicionais.

7 E, também, a detenção como medida de polícia, prevista no art. 250.º, n.º 6, do CPP.

do CPP, em concretização da disposição constitucional vertida no artigo 27.º, n.º 5, da CRP, veio estabelecer que “quem tiver sofrido detenção, prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação” terá o direito de requerer indemnização dos danos sofridos no caso da decisão que motivou essa situação ser considerada ilegal ou injusta.

Embora existam opiniões contrárias pertinentes que colocam em causa a constitucionalidade do artigo 225.º face ao artigo 27.º, n.º 5, da CRP, designadamente por não prever todas as formas de privação da liberdade<sup>8</sup>, percebe-se que o legislador apenas tenha optado por referir estas três situações, uma vez que elas representam as mais diretas vias de privação da liberdade dos particulares por parte do processo penal.

Não obstante, desde a sua implementação, todas as alterações introduzidas no artigo 225.º (sendo a primeira datada de 1998 e a segunda de 2007), foram no sentido de uma maior abertura e de alargamento do seu âmbito de aplicação. Por exemplo, em 1998 foi eliminada a referência a “prejuízos anómalos e de particular gravidade” causados pela privação da liberdade, e que seria condição necessária para a concessão de indemnização. Por sua vez, em 2007 foi clarificado que a indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada seria também aplicável aos casos em que tivesse sido determinada a medida de coação de obrigação de permanência na habitação, procedendo-se ainda a uma distribuição por três alíneas dos fundamentos dessa indemnização.

Deste modo, chegamos ao regime que atualmente vigora no nosso ordenamento jurídico, o qual estabelece três condições ou fundamentos para que se considere que existiu uma ilegal ou injustificada privação da liberdade e para que, conseqüentemente, sejam ressarcidos todos os danos daí resultantes. Em primeiro lugar, haverá lugar a indemnização se a privação da liberdade for ilegal, com base do n.º 1 do artigo 220.º e no n.º 2 do artigo 222.º do CPP. Em segundo lugar, se a privação da liberdade for motivada por erro grosseiro na apreciação dos seus pressupostos de facto. Por último, há ainda lugar ao pagamento de indemnização se se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou atuou justificadamente.

---

8 Caupers (2003: 49) considera que responsabilidade do Estado por privação da liberdade ilegal ou injustificada “deveria ser alargada a todos os casos em que sejam determinadas pelo juiz medidas limitativas da liberdade de movimentos do cidadão. Questiona o Autor “[p]orque não hão de ser indemnizáveis os prejuízos causados pela proibição injustificada de sair do País, quando esta haja impedido o cidadão de cumprir um contrato, com inerentes prejuízos?”

O respetivo pedido de indemnização deverá ser feito por intermédio de ação de responsabilidade civil intentada em tribunal comum e dirigida contra o Estado, em ação proposta pelo lesado ou por qualquer uma das pessoas referidas no n.º 2 do artigo 226.º do CPP, no prazo de um ano contado a partir do momento em que o lesado foi libertado, ou do prazo em que tenha sido definitivamente decidido o processo penal respetivo (artigo 226.º, n.º 1, do CPP)<sup>9</sup>.

Passemos agora à análise detalhada de cada um dos referidos fundamentos de ilegal ou injustificada privação da liberdade.

### 1. Privação da liberdade ilegal

A alínea *a*) do n.º 1 do artigo 225.º do CPP prevê o primeiro fundamento do direito à indemnização por privação da liberdade. Essa disposição define as hipóteses de ilegalidade da privação, remetendo para os fundamentos do pedido de *habeas corpus*.

Atendendo ao preceito em análise, haverá privação ilegal da liberdade, no caso da detenção, de acordo com o artigo 220.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*), *c*) e *d*) do CPP, quando: *(i)* se verifique estar excedido o prazo para a entrega ao poder judicial; *(ii)* a detenção se manteve fora dos locais legalmente permitidos; *(iii)* seja efetuada ou ordenada por entidade incompetente; ou *(iv)* seja motivada por facto que a lei não permite.

O regime da detenção está previsto nos arts. 254.º a 261.º do CPP, onde se enunciam as entidades competentes para proceder à detenção (artigos 255.º e 257.º do CPP), os prazos para o detido ser presente às autoridades judiciárias competentes (artigo 254.º do CPP) e as circunstâncias em que a detenção pode ter lugar (artigos 255.º a 257.º do CPP). A detenção pode verificar-se em qualquer fase do processo, e pode mesmo ocorrer antes de um processo ser instaurado, como acontece no caso de detenção em flagrante delito.

Segundo Germano Marques da Silva<sup>10</sup>, o regime da detenção em Portugal caracteriza-se pela sua provisoriedade e pela sua finalidade específica.

9 Embora já tenha sido declarada a conformidade deste prazo com a Constituição (vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de março de 2005, processo 05A87) não parece adequado que este prazo seja mais reduzido do que aquele que está previsto no artigo 5.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, segundo o qual o direito à indemnização por responsabilidade civil extracontratual do Estado prescreve no prazo que de três anos.

10 Marques da Silva, 2008b: 262.

É uma medida provisória porque está sujeita a limites máximos temporais impostos pelo artigo 254.º do CPP e, segundo o mesmo artigo, tem como finalidades específicas a apresentação do detido a julgamento sob a forma sumária ou para ser presente ao juiz para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coação, ou ainda para assegurar a sua presença em ato processual.

Já a privação da liberdade, no caso de prisão preventiva (e, por interpretação extensiva, no caso de obrigação de permanência na habitação), poderá ser considerada ilegal, nos termos do artigo 222.º, n.º 2, alíneas *a)*, *b)* e *c)* do CPP, quando: *(i)* seja efetuada ou ordenada por entidade incompetente; *(ii)* seja motivada por facto que a lei não permite; ou *(iii)* se mantenha para além dos prazos fixados pela lei ou por decisão judicial.

Quanto aos pressupostos de aplicação destas medidas de coação, para além das condições gerais de aplicação previstas nos artigos 191.º e 192.º do CPP, estas terão de ser ordenadas por despacho de juiz de instrução (artigo 194.º e 269.º n.º 1, alínea *b)*, do CPP) e de respeitar os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade previstos no artigo 193.º do CPP. Para além disso, verificados os juízos de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, deverão ser respeitados os requisitos específicos de cada medida de coação previstos nos artigos 201.º (obrigação de permanência na habitação) e 202.º do CPP (prisão preventiva). Esses requisitos específicos são, no caso de aplicação de obrigação de permanência na habitação, a existência de fortes indícios da prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos e, no caso de prisão preventiva, a probabilidade de haver fortes indícios da prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou se estiverem verificadas quaisquer das situações previstas nas alíneas *b)* a *f)* do artigo 202.º do CPP<sup>11</sup>.

Assim, verificado um dos referidos fundamentos de ilegalidade da privação da liberdade que venha a ser declarado por uma decisão judicial prévia que revogue essa privação, poderá o lesado requerer indemnização pelos danos sofridos.

---

11 É de salientar que as últimas alterações ao CPP, introduzidas pela Lei n.º 26/2010, de 30 de agosto, alargaram as possibilidades de aplicação da medida de coação de prisão preventiva a outras situações de crimes puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos.

## 2. Privação da liberdade decorrente de erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto

Em relação ao critério previsto na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 225.º do CPP, haverá indemnização por privação injusta da liberdade quando esta se tenha “devido a erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia”. A situação aqui referida traduz-se numa errada apreciação dos pressupostos de facto que motivam a aplicação das medidas de coação de prisão preventiva ou obrigação de permanência em habitação, ou mesmo da detenção de alguém. Essa apreciação deverá ser grosseira e leviana, de tal maneira que um juiz médio, razoavelmente cuidadoso e ponderado na valoração dos elementos de facto, não tivesse incorrido em tal falha. Esse será também o critério que permitirá aferir a censurabilidade do erro em causa.

Não estamos aqui perante uma decisão ilegal por violação direta da lei ou da Constituição, mas sim defronte de uma decisão judicial que, através de uma falsa representação da realidade, enquadrou erroneamente, e culposamente, determinada situação nos títulos legitimadores da privação da liberdade legalmente admissíveis.

O erro aqui em causa configura uma situação de erro de facto que, segundo o preceituado, deverá ser um “erro indesculpável, crasso ou palmar, cometido contra todas as evidências e no qual incorre quem actua sem os conhecimentos ou a diligência exigível”<sup>12</sup>.

Atendendo à jurisprudência existente, os pressupostos de facto da privação da liberdade devem ser avaliados à luz das circunstâncias do momento em que foi aplicada a medida de coação ou detida a pessoa. Nas palavras de Pinto de Albuquerque, “o tribunal deve proceder a um juízo de prognose póstuma reportado à data em que foi proferida a decisão”<sup>13</sup>.

Para além disso, e no que concerne às medidas de coação, os pressupostos de facto que motivam a sua aplicação deverão ser quer os que se verificam no momento inicial em que é aplicada a medida de coação, quer em relação aos momentos posteriores em que se deva proceder ao reexame oficioso dos respetivos pressupostos de aplicação que, segundo o artigo 213.º do CPP, deverá ter lugar de três em três meses ou quando no processo

---

12 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de outubro de 2004, processo 04B2543.

13 Albuquerque, 2011: 641.

forem proferidos despacho de acusação ou de pronúncia, ou decisão final sobre o objeto do processo<sup>14</sup>.

Deste modo, fica patente que nesta alínea *b)* do n.º 1 do artigo 225.º do CPP, ao contrário do que se exigia na alínea *a)* do mesmo preceito, exige-se a qualificação do erro. Este terá de ter um caráter grosseiro ou, noutras palavras, terá de ser “escandaloso, crasso, supino, que procede de culpa grave do errante”. Terá de ser “aquele em que não teria caído uma pessoa dotada de normal inteligência, experiência e circunspeção”<sup>15</sup>, aquele que se reconduza a uma conduta culposa ou negligente do juiz.

Contudo, segundo o n.º 2 do artigo 225.º do CPP, o dever de indemnizar cessa “se o arguido tiver concorrido, por dolo ou negligência, para a sua privação da liberdade”, naquele que é referido por Carlos Alberto Cadilha como o princípio da conculpabilidade ou corresponsabilidade<sup>16</sup>. Tal princípio é igualmente aplicável aos casos previstos na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 225.º do CPP, que passamos agora a analisar.

### **3. Privação da liberdade por se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou atuou justificadamente**

Finalmente, o derradeiro e último fundamento de indemnização por privação injusta da liberdade foi introduzido pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto. Segundo a alínea *c)* do n.º 1 do artigo 225.º do CPP, haverá indemnização se “se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou atuou justificadamente”. É assim consagrado o direito à indemnização nos casos de privação da liberdade formalmente legal e sem erro grosseiro sobre a verificação dos pressupostos de facto, mas substancialmente injusta, por se ter confirmado a irresponsabilidade do detido.

Destarte, parece evidente que terá de haver uma decisão final do processo que absolva o arguido com base nesses fundamentos. Verifica-se assim que, ao contrário do que sucede com os restantes fundamentos previstos no artigo 225.º do CPP, em que o vício não depende do desfecho do processo, a responsabilidade aqui referida resulta, neste caso, do facto de ser proferida uma decisão absolutória ou um despacho de não pronúncia.

14 Cadilha, 2008: 206.

15 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de janeiro de 2008, processo 07A2381.

16 Conceitos atribuídos noutra contexto por Cadilha (2008: 86).

A primeira causa de absolvição ou de não pronúncia do arguido terá como fundamento a comprovação de que este agiu justificadamente, ou seja, com base numa das causas de exclusão da ilicitude constantes do Código Penal (“CP”). Segundo o artigo 31.º, n.º 2, do CP, não serão ilícitos os atos praticados em legítima defesa, no exercício de um direito, no cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade, ou com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.

No que respeita à segunda causa de absolvição ou não pronúncia do arguido, será necessário comprovar-se no processo que este não foi o agente do crime. Ou seja, terá de haver um juízo categórico que ateste claramente que o arguido não cometeu o crime que lhe é imputado. Não se trata de afirmar, agora, que o agente praticou um ato que configurava um crime, embora agindo de forma justificada. O que aqui está em causa será a total indiferença do arguido na prática do crime que lhe é imputado, no sentido de se poder afirmar que “não foi ele o agente do crime”.

Tal como no caso de indemnização por sentença absolutória no juízo de revisão previsto no artigo 462.º do CPP, também aqui se verifica um retrocesso na posição das autoridades judiciais que, à partida, teriam fortes indícios para proceder à detenção ou à aplicação de uma medida de coação restritiva da liberdade, mas, posteriormente, com a análise mais profunda do processo e das respetivas provas, se conclui que o arguido não foi o agente do crime ou atuou justificadamente, proferindo-se, assim, um despacho de não pronúncia ou uma decisão de absolvição e, desse modo, “substituindo uma verdade errada”<sup>17</sup>. Chegando-se, então, à conclusão de que os pressupostos em que se baseou essa privação da liberdade provisória, afinal, não se verificaram, fará todo o sentido compensar aquele que se viu privado da sua liberdade e, bem assim, da sua dignidade, por força de um crime que lhe era imputado e no qual não teve qualquer participação.

No que respeita a este fundamento de indemnização por injusta privação da liberdade, e em contraposição com os restantes fundamentos, podemos concluir que, embora o dano provocado ao lesado seja, em qualquer dos casos, ilícito, o facto que origina o dano, nesta situação concreta, é lícito, ao contrário do que se verifica nas situações descritas nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 225.º do CPP.

---

17 Catarino, 1999: 52.

Na referida alínea, a decisão de sujeitar alguém a detenção ou a medida de coação privativa da liberdade não está ferida de ilegalidade, uma vez que foram respeitados todos os requisitos legais para a aplicação dessas medidas, não se tendo a decisão baseado em nenhuma apreciação errónea dos pressupostos de facto. O que acontece é que, uma vez que a aplicação dessas medidas provisórias assenta unicamente em juízos de indicição, *i.e.*, uma forte convicção de prática de crime doloso e imputação do mesmo ao arguido – o que, no caso concreto das medidas de coação se ilustra na exigência de *fumus commissi delicti* – o grau de certeza que está implícito na decisão de promover a aplicação dessas medidas será necessariamente menor do que aquele que acompanha a tomada de uma decisão final no processo. Essa menor convicção na tomada de decisão que, posteriormente, dá lugar a uma decisão tomada com um maior nível de certeza deve-se, principalmente, à precariedade da investigação criminal, a qual não se encontra ainda concluída no momento em que as medidas provisórias são tomadas, e na posterior análise da prova produzida que se irá revelar fundamental para a aquisição do maior grau de certeza possível da decisão final. E, como bem sabemos, os contornos intrincados subjacentes, designadamente, à criminalidade financeira traduzem-se, muitas das vezes, em juízos de indicição que não correspondem a efetivas condenações no final dos processos.

Ora, deste modo, estamos perante um ato lícito do Estado, suscetível de provocar danos a particulares, sendo certo que a responsabilidade do Estado pela prática de atos lícitos danosos se encontra plasmada no artigo 22.º da CRP. Segundo a doutrina, a cláusula geral da responsabilidade das entidades públicas, prevista no artigo mencionado, ao fazer referência a “prejuízos” estaria a contemplar a responsabilidade civil por factos lícitos, enquanto a expressão “violação” abrangeria a responsabilidade civil por factos ilícitos<sup>18</sup>.

Desde a consagração de indemnização por outro tipo de atos lícitos estaduais, como seja, por exemplo, a expropriação por utilidade pública, que se desenharam os contornos de uma indemnização por privação da liberdade legal. Até porque, como afirma Gomes Canotilho, “a expropriação

---

18 Nesse sentido, Miranda, 2008: 356.

da liberdade [...] não tolera [...] um tratamento mais desfavorável que a expropriação da propriedade”<sup>19</sup>.

Ora, a previsão da responsabilidade civil extracontratual por atos lícitos remete-nos para a figura da indemnização pelo sacrifício, ou responsabilidade pelo sacrifício, segundo a qual seria indemnizado aquele que “viu os seus direitos sacrificados em resultado de uma actuação lícita destinada a fazer prevalecer um direito ou um interesse de valor superior”<sup>20</sup>.

Nesta situação concreta, haverá responsabilidade civil sem que esteja preenchido um dos seus pressupostos típicos, *i.e.*, a ilicitude. Isto porque verificando-se a existência de interesses superiores de natureza pública – por exemplo, neste caso concreto, as exigências de instrução criminal e a segurança pública – que só poderão prevalecer com o sacrifício do direito particular à liberdade, por intermédio da imposição de medidas cautelares privativas da liberdade, essa conduta deixa de ser considerada ilícita para se mostrar justificada e lícita de acordo com a ordem jurídica vigente.

Para além disso, com a consagração deste tipo de responsabilidade em 2007 no nosso sistema de ressarcimento de danos causados por privações da liberdade injustas, o regime português tornou-se num sistema de controlo material<sup>21</sup>, ao qual se contrapõem os de controlo formal. Enquanto os sistemas de controlo material visam tutelar todos os casos em que um indivíduo é sujeito a medidas privativas da liberdade durante um processo penal que culmina com uma decisão que o iliba da prática do crime (por inexistência de crime ou por inexistência de facto imputado), tornando esse sacrifício individual materialmente injustificado, os sistemas de controlo formal apenas aceitam a responsabilidade por danos causados por medidas privativas quando esta seja ilegal (por ter sido violada uma norma legal relativa à respetiva aplicação ou manutenção). Como afirma Luís Guilherme Catarino, os sistemas de controlo material, ao invés do que sucede nos sistemas de controlo formal, “traduzem uma forma de reforço do ‘status libertatis’, ‘a posteriori’, pois incidem sobre situações em que as medidas cautelares privativas da liberdade se revelam injustas pela sentença definitiva”<sup>22</sup>.

---

19 Canotilho, 1974: 222.

20 Leitão, 2007: 397.

21 Anteriormente à reforma de 2007 vigorava, em Portugal, um sistema de controlo formal.

22 Catarino, 1999: 348.

Neste sentido, o legislador português tem vindo a responder positivamente às Recomendações do Conselho da Europa<sup>23</sup>, que vão no sentido de garantir a reparação dos prejuízos de todos aqueles que não sejam condenados pelos crimes cuja alegada prática esteve na origem da aplicação de medidas privativas da liberdade. Não obstante, conforme analisaremos mais adiante, essa abertura não foi total.

No entanto, o grande dilema que resulta da análise da mencionada alínea *c*) reside no seguinte facto: será que aquele que foi absolvido por insuficiência de provas, com base na aplicação do princípio *in dubio pro reo*, não terá direito a indemnização por privação da liberdade? Em suma, será que a alínea *c*) do n.º 1 do artigo 225.º do CPP é restritiva do princípio da presunção de inocência? É esta a questão que procuraremos responder de seguida e que constituirá o ponto fulcral do presente artigo.

### III. A CONFORMIDADE DO ARTIGO 225.º, N.º 1, ALÍNEA *c*), COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA E A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

#### 1. O valor do princípio da presunção de inocência ou *in dubio pro reo* à luz da Constituição da República Portuguesa e de diplomas supranacionais

Antes de mais, cumpre fazer uma breve exposição relativamente ao significado do princípio da presunção de inocência ou *in dubio pro reo* e à sua importância no nosso ordenamento jurídico.

No entanto, será necessário fazer um prévio esclarecimento etimológico. Embora existam correntes de opinião que consideram que existe total autonomia entre o princípio *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de inocência<sup>24</sup>, propugnamos a indissociação destes dois princípios, considerando que o princípio *in dubio pro reo* se encontra integrado no conteúdo fundamental do princípio da presunção de inocência.

O princípio *in dubio pro reo* vincula o juiz em situações de dúvida na resolução da causa (situações de *non liquet*), a pronunciar-se a favor do réu.

23 Falamos, pois, da Recomendação n.º R (80) 11, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 27 de junho de 1980 e da Recomendação n.º R (2006) 13, adotada pelo Comité de Ministros em 27 de setembro de 2006.

24 Nesse sentido, vide Neves, 1968: 56.

Isto significa que, ao contrário do que acontece no processo civil em que, por regra, aquele que invoca uma pretensão tem o ónus de a provar, sendo que, em caso de dúvida do juiz, a questão seria resolvida contra quem tinha o ónus da prova (artigo 342.º do Código Civil), em processo penal, por não existir um ónus de prova da inocência por parte do réu, as situações de dúvida resolvem-se a favor deste. Em caso de dúvida (decide-se) a favor do réu, seria esta a tradução literal do latim *in dubio pro reo*. Ou seja, enquanto o princípio da presunção de inocência indica (como veremos melhor adiante) quem tem de provar o quê em processo penal, o princípio *in dubio pro reo* irá solucionar os casos em que a prova da culpa do arguido não é evidente e esclarecedora. Deste modo, tal como Souto de Moura<sup>25</sup>, podemos afirmar que o princípio *in dubio pro reo* constitui a mais importante consequência intra-processual do princípio da presunção de inocência.

Previsto no artigo 32.º, n.º 2, da CRP, o princípio da presunção de inocência “assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade constituem elementos essenciais da democracia”<sup>26</sup>. Segundo o referido artigo, “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

Verificamos assim que, muito embora tal princípio esteja expressamente consagrado na Constituição em artigo próprio, ele encontra-se intimamente ligado com os valores da dignidade da pessoa humana e com o conceito de Estado de direito democrático. Assim, se por mera hipótese, o artigo 32.º, n.º 2, da CRP não estivesse consagrado, o princípio da presunção de inocência não poderia de forma alguma ser negado, uma vez que decorre diretamente dos artigos 1.º e 2.º da CRP.

Este princípio encontra-se ainda consagrado em inúmeros diplomas internacionais que vinculam Portugal por força do artigo 16.º da CRP, o qual consagra uma cláusula aberta dos Direitos Fundamentais. Tal princípio encontra-se previsto, nomeadamente, no artigo 6.º, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“CEDH”), de 1950, segundo o qual

---

25 Souto de Moura, 1990: 32.

26 Marques da Silva, 2008a: 81.

“[q]ualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”<sup>27</sup>.

Podemos, assim, constatar o carácter supra-nacional e a importância reconhecida internacionalmente do princípio da presunção da inocência que o tornam num vetor fundamental de um Estado Democrático que se proclama respeitador dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Enquanto princípio geral do processo penal, o princípio da presunção de inocência assume ampla projeção em todas as fases do processo penal. De facto, ele está intimamente ligado com a problemática das medidas provisórias privativas da liberdade tais como a detenção ou as medidas de coação privativas da liberdade. Contudo, este princípio não se limita à fase inicial do processo, tendo importância assinalável na fase do julgamento, nomeadamente na valoração da prova produzida que, mostrando-se inconclusiva, deverá motivar o juiz a absolver o réu com base no princípio *in dubio pro reo*. Será, então, um princípio que percorre todo o processo penal, desde a fase de inquirido até ao trânsito em julgado da decisão final.

O princípio da presunção da inocência é um valor central do processo penal português, que se traduz num direito fundamental<sup>28</sup> do arguido em não ter de provar a sua inocência em processo penal no qual é envolvido. Ou seja, o arguido será inocente desde o início do processo até à sua conclusão, salvo prova da sua culpa com base em sentença transitada em julgado. Seguindo Rui Patrício, “se a prova feita não é suficiente para formar a convicção do julgador no sentido da culpa ou da inocência do arguido, então deve ser absolvido, não tendo a presunção da sua inocência sido ‘ilidida’”<sup>29</sup>, podendo acrescentar-se ainda que, desse modo, se porá em prática a orientação de que na falta de certezas quanto à culpa do arguido, a decisão deverá ser proferida no sentido que lhe é mais favorável (*in dubio pro reo*).

A presunção de inocência pressupõe ainda igualdade de armas com os restantes intervenientes processuais, de maneira a que a defesa do arguido não seja desconsiderada e desvalorizada e, desse modo, verificar-se um

---

27 O referido princípio tem igualmente previsão no n.º 1 do artigo 11.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e no n.º 2 do artigo 14.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1976.

28 A sua previsão no Título II da Parte I da CRP (Direitos e deveres fundamentais) confere o carácter de direito fundamental ao princípio da presunção de inocência.

29 Patrício, 2004: 31.

retrocesso intolerável para o modelo inquisitório de processo. Intimamente relacionada com as garantias de defesa está a figura da constituição de arguido, a qual deverá ser apenas considerada como a assunção de um conjunto de direitos e deveres por parte de alguém formalmente constituído como sujeito processual e contra quem corre um processo penal, e não um atestado de culpabilidade com a concomitante diminuição do princípio da presunção de inocência. Isto porque, embora “o tratamento do arguido como inocente vai ter de caminhar em paralelo com uma crescente convicção da culpabilidade por parte do julgador à medida que o processo se aproxima do momento da condenação definitiva”<sup>30</sup>, isto não significa que, desde a constituição de arguido e a aproximação do fim do processo seja gerada uma limitação das garantias de defesa do arguido e a consequente desvalorização do princípio *in dubio pro reo*. Ou seja, a constituição de arguido confere ao réu um conjunto de direitos, entre os quais se encontra o direito à presunção de inocência, que o acompanham intactos e imutáveis até ao termo do processo.

Neste contexto, poderíamos afirmar que existe uma contradição entre o princípio da presunção de inocência e a aplicação de medidas de coação, nomeadamente a aplicação de medidas privativas da liberdade. E, de facto, essa contradição parece verificar-se. Pelo menos num sentido axiológico, uma vez que a privação da liberdade no âmbito de um processo penal, ainda que tenha carácter provisório e seja de natureza cautelar, estará sempre em confronto com o princípio da presunção da inocência, ou não fosse um dos corolários deste princípio o direito à liberdade dos cidadãos. Isto porque, conforme assinala Pedro Teixeira de Sá, para além destas medidas cautelares conterem necessariamente um “efeito estigmatizante” dentro e fora do processo, o que acontece é que “as mais das vezes, aos olhos do juízo social, se o arguido está preso então é porque é culpado”<sup>31</sup>. E esse efeito extra-processual que as medidas privativas da liberdade possuem não pode deixar, de alguma maneira, de comprimir o direito fundamental à presunção de inocência.

Não obstante, perante uma situação de colisão de direitos particulares, os quais não têm carácter absoluto, e direitos coletivos particularmente qualificados, deverão, por vezes, e no estrito respeito pelo princípio da

---

30 Souto de Moura, 1990: 36.

31 Teixeira de Sá, 1999: 400.

proporcionalidade constante do n.º 2 do artigo 18.º da CRP, prevalecer os interesses coletivos fundamentais como a segurança e a ordem pública e os fins do processo penal prosseguidos pelas medidas privativas da liberdade. Em suma, a privação provisória da liberdade, seja através de detenção seja através de medidas de coação privativas da liberdade, será sempre um mal necessário.

Assim, quer por força da reserva de lei, quer por força da reserva de decisão judicial, as medidas privativas da liberdade carecem de uma “justificação excepcional”<sup>32</sup>, de modo a compatibilizarem-se com o princípio da presunção de inocência. Acresce que a compatibilidade de medidas de coação privativas da liberdade com tal princípio estará ainda dependente de estas serem aplicadas apenas como medidas cautelares, *i.e.*, com fins exclusivamente relacionados com as exigências do correspondente processo, nunca funcionando como pena antecipada.

Podemos, assim, falar de um duplo nível de proteção do arguido face à aplicação de medidas de coação privativas da liberdade, que encontra na presunção da inocência a sua justificação. Por um lado, os princípios gerais da necessidade, adequação e proporcionalidade na aplicação de medidas de coação, previstos no artigo 193.º, n.º 1, do CPP, e o princípio especial da subsidiariedade e excecionalidade na aplicação da prisão preventiva e da obrigação de permanência na habitação, previsto no n.º 2 do artigo 193.º do CPP – que impõem a preferência pela aplicação de medidas de coação que se mostrem menos gravosas, só se justificando a aplicação de medidas privativas da liberdade na estrita necessidade de realização dos fins do processo – funcionam como mecanismo de proteção do direito à liberdade e, conseqüentemente, do princípio da presunção de inocência. Este mecanismo funcionará *a priori*, *i.e.*, previamente à aplicação de qualquer medida de coação privativa da liberdade, e terá efeitos fundamentalmente intra-processuais. Por outro lado, a criação de um regime de indemnização por privação da liberdade ilegal ou injustificada funcionará, igualmente, como proteção contra atentados comprovados contra o princípio da presunção de inocência, compensando-se aquele que viu a sua inocência provisoriamente em causa pela aplicação de medidas privativas da liberdade que se vieram a mostrar desnecessárias pela posterior absolvição do arguido. Quanto a este último mecanismo, a sua intervenção dar-se-á *a posteriori*, ou seja,

---

32 Miranda & Medeiros, 2005: 307.

depois do decretamento de medidas privativas da liberdade, e terá efeitos essencialmente extra-processuais.

Ora, se o primeiro nível de proteção se encontra consagrado na sua plenitude no ordenamento jurídico português, podendo, contudo, em alguns casos, não ser integralmente respeitado, o mesmo não poderemos afirmar em relação ao segundo nível de proteção.

De facto, a indemnização por privação injusta da liberdade contém uma clara lacuna, não prevendo a concessão de indemnização a quem seja absolvido com base no princípio *in dubio pro reo*. Veremos de seguida a justeza desta opção legislativa e a conformidade da mesma com a Constituição.

## **2. A possível violação do princípio da presunção de inocência pela alínea c) do n.º 1 do artigo 225.º do Código de Processo Penal**

Como temos vindo a demonstrar até este momento, a absolvição, a não pronúncia ou o arquivamento do processo com base no princípio *in dubio pro reo* ocorre pela insuficiência de provas existentes, a qual não permite atestar a relação de culpabilidade do arguido na prática de determinado crime que lhe é imputado. Ao contrário das decisões absolutórias que, pela prova existente e produzida, comprovam a inocência do arguido na prática do crime, as decisões que absolvam o arguido com base no princípio *in dubio pro reo* não comprovam a inocência deste.

Da leitura da lei resulta claramente que a opção do legislador parece ter sido a de, para além dos casos de prisão ilegal ou injustificada por se verificar a existência de um erro grosseiro, apenas admitir indemnização por privação da liberdade injusta no caso de se comprovar que o arguido não foi o agente do crime ou que atuou justificadamente. Ao empregar a redação “se comprovar que o arguido não foi o agente do crime [...]”, o legislador não deixa margem para dúvidas de que não quis abranger, no âmbito deste artigo, as absolvições com base no princípio *in dubio pro reo*.

Com efeito, a discussão em torno da consagração de um regime mais amplo de ressarcimento de danos provocados por privações da liberdade indevidas tem encontrado eco na doutrina portuguesa, alguma da qual tem vindo a tecer duras críticas aos regimes que têm vigorado em Portugal e ao carácter restritivo que revela, face a regimes mais garantísticos que vigoram noutras ordens jurídicas.

Por altura da discussão do anteprojeto de revisão do CPP que viria a culminar na reforma de 2007, diversas vezes se insurgiram contra o regime

discriminatório que iria ser consagrado no artigo 225.º do CPP, o qual vedaria a indemnização por privação indevida da liberdade a quem tivesse sido absolvido com base no princípio *in dubio pro reo*.

Teresa Beleza foi uma das vozes mais críticas, alertando para a antinomia constante em tal preceito que, na sua opinião, seria inaceitável. Para a Autora “o pedido de indemnização não deveria depender duma comprovação positiva da inexistência de responsabilidade (por falta de imputação ou por funcionamento duma causa de justificação): qualquer sentença absolutória deveria ter esse efeito, independentemente do fundamento da absolvição, pois só isso estaria em sintonia com o regime processual das sentenças penais [...], com uma aplicação consequente do princípio da presunção de inocência do arguido [...] e com o facto de se opor à aplicabilidade de medidas de coação qualquer causa de isenção de responsabilidade ou de extinção do procedimento cautelar”<sup>33</sup>.

Também Faria Costa demonstrou ter algumas reservas relativamente ao novo regime, atualmente em vigência, afirmando que “a especiosa distinção entre comprovar que alguém está inocente e não se alcançar provar que alguém é culpado, fará uma incompreensível diferença”<sup>34</sup>.

No entanto, foi Paulo Pinto de Albuquerque quem encontrou as maiores incongruências no regime que viria a ser aprovado. Segundo a posição do Autor, tal regime violaria claramente o princípio da presunção de inocência, podendo o tribunal cível recusar a indemnização sempre que não se tivesse comprovado a inocência do arguido, ou seja, sempre que este tivesse sido absolvido em processo penal com base no princípio *in dubio pro reo*. Para Pinto de Albuquerque, a diferenciação “entre sentenças absolutórias de primeira categoria (aquelas em que se comprove a inocência do arguido ou a justificação do ato) e sentenças absolutórias de segunda categoria (aquelas em que se não comprove a inocência do arguido ou a justificação do ato), as primeiras dando lugar a indemnização da prisão preventiva e as segundas não dando lugar a indemnização, constitui um retrocesso à dogmática pré-liberal, anterior à revolução francesa que distinguia vários tipos de absolvições”<sup>35</sup>.

---

33 Beleza, 2009: 684.

34 Faria Costa, 2009: 455.

35 Albuquerque, 2009: 439.

Assim, as críticas tecidas por alguns Autores não deixam de ter uma estreita ligação com as Recomendações propostas pelo Conselho da Europa, uma vez que são formuladas numa perspetiva de consagração de um regime de indemnização por privação da liberdade indevida mais amplo e sem discriminação entre sentenças absolutórias, tal como é propugnado nas mesmas.

Sem prejuízo do exposto, também a jurisprudência, seja nacional ou comunitária, se tem vindo a pronunciar relativamente à natureza do nosso regime de ressarcimento de danos provocados por indevidas privações da liberdade e à sua conformidade com o princípio da presunção de inocência, com posições nem sempre coincidentes.

No que respeita à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”), a questão ora formulada mereceu já a atenção desse órgão em algumas decisões que envolviam Estados que não o português. No entanto, será de grande utilidade perceber qual tem sido o sentido da jurisprudência produzida pelo TEDH relativamente a estas questões, uma vez que o modo como o regime jurídico português se encontra estruturado poderá gerar uma certa vulnerabilidade das decisões dos nossos tribunais face às normas constantes na CEDH a que Portugal se encontra vinculado.

Como é sabido, o TEDH fiscaliza a aplicação e o cumprimento da CEDH por parte dos seus Estados signatários, podendo qualquer Estado contratante ou qualquer particular que se considere vítima de uma violação da Convenção, dirigir diretamente ao TEDH uma queixa alegando a violação por um Estado contratante de um dos direitos garantidos pela Convenção.

Ora, neste caso específico que agora analisamos, o preceito da Convenção que se encontra em causa é o artigo 6.º, relativo ao direito a um processo equitativo. Segundo o n.º 2 do mencionado artigo “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Consagra-se, como já tivemos oportunidade de referir, o valor supra-nacional do princípio da presunção de inocência.

Como se disse, casos estrangeiros que envolviam decisões tomadas à luz de regimes jurídicos semelhantes ao português já foram escrutinados pelo TEDH, tendo merecido da sua parte uma clara reprovação. Podemos referir, a título de exemplo, alguns acórdãos que nos parecem ter marcado definitivamente a posição do TEDH e que motivaram, inclusivamente, a consagração de alguns princípios que deverão ser respeitados na atribuição

de indemnizações por danos provocados por privações da liberdade que se venham a revelar indevidas pela absolvição do arguido.

Refira-se, designadamente, o caso *Sekanina v. Áustria*<sup>36</sup>, onde pela primeira vez se suscitou uma questão semelhante à que agora analisamos, tendo o tribunal considerado que os efeitos que decorrem do princípio da presunção de inocência se prolongam para lá do processo penal, devendo tal princípio ser também respeitado no processo cível posterior à absolvição do arguido, no qual este será compensado pela privação da liberdade a que indevidamente foi sujeito. Adicionalmente, no caso *Capecau v. Bélgica*<sup>37</sup>, considerou-se contrária à CEDH uma norma belga que, no âmbito da concessão de indemnização por privação da liberdade indevida, exigia a produção adicional de prova por parte do arguido de maneira a reforçar a convicção do tribunal da sua inocência, considerando-se que essa exigência consubstanciava uma inversão do ónus da prova no processo de indemnização, o qual se mostra incompatível com o princípio da presunção de inocência que deveria vigorar durante e após o processo-crime. Importa ainda sublinhar a importância das decisões proferidas nos casos *Puig Panella v. Espanha*<sup>38</sup> e *Tendam v. Espanha*<sup>39</sup>, em que o TEDH considerou que o princípio da presunção de inocência teria sido violado por decisões judiciais que negaram a compensação ao arguido por privação indevida da sua liberdade por não ter ficado claramente comprovada a não participação do arguido nos factos que lhe eram imputados, não tendo, por conseguinte, ficado integralmente comprovada a sua inocência.

Assim, resultam dos acórdãos acima citados algumas linhas orientadoras que deverão nortear a concessão de indemnização a quem tenha sido sujeito a uma indevida privação da liberdade. O TEDH deixa claro que não deverá haver diferenciação entre sentenças absolutórias que comprovem a inocência do arguido e sentenças absolutórias que se tenham fundamentado no princípio *in dubio pro reo*, assinalando ainda que, em relação a estas últimas, as consequências jurídicas que derivem dessa decisão não deverão ser de menor intensidade do que aquelas que resultam de uma sentença absolutória em que tenha ficado comprovada a inocência do arguido, nomeadamente no

36 Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 20 de maio de 1992, processo n.º 13126/87.

37 Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 13 de janeiro de 2005, processo n.º 42914/98.

38 Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 25 julho de 2006, processo n.º 1483/02.

39 Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 13 de julho de 2010, processo n.º 25720/05.

que diz respeito ao acesso à indemnização por danos causados por privação da liberdade indevida.

Ora, os tribunais portugueses também tiveram oportunidade de se pronunciar relativamente ao conteúdo da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 225.º do CPP e à sua compatibilidade com o princípio da presunção de inocência. No entanto, num sentido oposto àquele que tem sido o entendimento perfilhado pelo TEDH.

Relativamente à jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”), a corrente de opinião seguida tem considerado que a privação da liberdade legalmente efetuada e mantida a que se siga a absolvição expressamente referida ao princípio *in dubio pro reo* não confere direito à indemnização.

São vários os acórdãos que manifestam essa posição, quer ao abrigo da versão do artigo 225.º do CPP anterior à reforma de 2007, quer posteriormente a essa reforma. Tais decisões consideram que “a circunstância de alguém ser sujeito a prisão preventiva, legal e judicialmente estabelecida, e depois vir a ser absolvido em julgamento, sendo então libertado, por não se considerarem provados os factos que lhe eram imputados e que basearam aquela prisão, só por si, não possibilita o direito a indemnização”<sup>40</sup>, referindo-se ainda que embora a absolvição possa configurar uma “decorrência do princípio *in dubio pro reo*”, o facto de “não se provar que [os arguidos] praticaram os factos não significa que os não tenham praticado”<sup>41</sup>. Podemos, aliás, afirmar que a opinião maioritária na jurisprudência do STJ vai nesse preciso sentido<sup>42</sup>.

A questão ora em crise foi igualmente sindicada pelo Tribunal Constitucional (“TC”), designadamente no acórdão n.º 116/02, de 13 de março de 2002, prolatado no processo n.º 62/00. Embora o TC não tivesse conhecido o objeto do recurso por razões formais, quem procurou dar resposta à polémica questão aqui tratada foi Fernanda Palma, tendo-o feito no seu voto de vencido.

A Autora, formulando a questão em termos amplos, questionava se os danos pelos riscos de uma inutilidade da prisão preventiva “revelada *ex post*”

40 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de junho de 2004, processo 04A1572.

41 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2008, processo 08B1747.

42 Podemos indicar, nomeadamente, os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça: de 27 de novembro de 2003, processo 03B3341; de 27 de setembro de 2005, processo 05A2228; de 5 de junho de 2007, processo 07A1460; de 22 de janeiro de 2008, processo 07A2381.

não deveriam ser suportados pelo Estado em vez de onerarem apenas o arguido. Considerava que estaria em causa “um problema de justiça no relacionamento entre o Estado e os cidadãos” e que, ponderados os valores em causa, não seria “legítimo exigir-se, em absoluto e sem condições, a cada cidadão o sacrifício da sua liberdade em nome da necessidade de realizar a justiça penal, quando tal cidadão venha a ser absolvido [...] pelo menos em todos os casos em que a pessoa em questão não tenha dado causa a uma suspeita sobre si própria, mas surja como vítima de uma inexorável lógica investigatória”. Assim, conclui a Autora, que “não deve [...] um juízo provisório sobre a culpabilidade do arguido ser mais valioso do que um juízo definitivo de absolvição justificando, em absoluto, os danos sofridos nos seus direitos” sob pena de se limitar, irremediavelmente “o valor da presunção de inocência”.

Deste modo, Fernanda Palma deu o primeiro impulso na jurisprudência constitucional portuguesa relativamente à questão de saber se o princípio da presunção de inocência era, de algum modo, posto em causa pelo artigo 225.º do CPP. Não obstante o seu voto de vencido ter como objetivo principal criticar o regime do artigo 225.º do CPP então em vigor, o qual, como já tivemos oportunidade de verificar, vedava por completo o direito à indemnização a quem tivesse sido sujeito a uma privação lícita da sua liberdade e que tenha sido posteriormente absolvido (sistema de controlo formal), certo é que Fernanda Palma não deixou de afirmar que o modelo então em vigor poderia revelar-se uma séria ameaça ao princípio da presunção de inocência.

Em face dos pedidos de fiscalização da constitucionalidade, a posição do TC tem sido idêntica em todas as decisões, considerando que não existe qualquer inconstitucionalidade no artigo 225.º do CPP. E se relativamente aos tribunais comuns poderíamos afirmar que apenas se trata da aplicação de um preceito legal que não deixa grandes margens de interpretação, no que concerne à opinião do TC, que tem o dever de fazer cumprir a Constituição e as Convenções Internacionais que vinculam o Estado português, não podemos deixar de criticar a sua infeliz e incompreensível posição, que considera que a redação do referido artigo do CPP estará em conformidade com a Constituição.

Ilustrativo da posição seguida pelo TC é o acórdão n.º 185/2010, de 12 de maio de 2010, prolatado no processo n.º 826/08, no qual foi suscitada a questão de saber se o artigo 225.º do CPP, na redação anterior

à de 2007 (embora a questão se coloque de igual modo com a redação posterior a 2007), violaria ou não a Constituição, interpretada no sentido de se não considerar injustificada e, portanto, constitutiva de obrigação do dever estadual de indemnizar, a prisão preventiva aplicada a um arguido que vem a ser absolvido com fundamento no princípio *in dubio pro reo*<sup>43</sup>. Neste âmbito, o TC negou a existência de inconstitucionalidade do preceituado no artigo 225.º do CPP. Aliás, este tribunal considerou, de forma surpreendente, que “sabendo[-se] que a sujeição de um indivíduo a prisão preventiva, em caso de posterior absolvição, daria sempre lugar à atribuição de uma indemnização, o magistrado judicial poderia, consciente ou inconscientemente, sentir-se menos compelido a moderar o recurso a essa medida de coação comparativamente com o que sucede face ao regime actualmente em vigor, verificando-se, inclusive, um aumento do número de prisões preventivas decretadas e, portanto, uma afetação mais intensa da própria liberdade individual do arguido”. Adicionalmente, refere-se que está à margem dos poderes do TC “o controlo sobre o modo como o legislador ordinário cumpriu os seus deveres de proteção de bens jurídicos tutelados constitucionalmente, ainda que com restrição de direitos, liberdades e garantias individuais”.

Da decisão proferida surge, porém, um importante voto de vencido. O Juiz Conselheiro Vítor Gomes salienta desde logo que a interpretação normativa seguida pelo tribunal *a quo* na aplicação do artigo 225.º do CPP não se traduz apenas na negação do direito à indemnização ao arguido sujeito a prisão preventiva que vem a ser absolvido com base no princípio *in dubio pro reo* mas, nas palavras do Conselheiro, “de modo mais absoluto, em negá-la ao arguido absolvido cuja inocência não fique provada”.

Segundo Vítor Gomes, “o princípio da presunção de inocência é incompatível com o entendimento de que, terminado o procedimento criminal pela absolvição do arguido por não ter a acusação logrado a prova dos factos que lhe imputava, sobre o mesmo possa continuar a recair o labéu da suspeita até que prove positivamente a sua inocência”. Para o Conselheiro, terminado o processo penal que envolve o arguido através da sua absolvição, não poderão haver duas categorias de absolvidos: “os que o

---

43 Como exemplos de acórdãos do Tribunal Constitucional em que tenham sido analisados pontos críticos do art. 225.º do CPP nas suas várias redações temos: acórdão n.º 90/84, de 30 de julho de 1984, processo n.º 82/83; acórdão n.º 160/95, de 22 de março de 1995, processo n.º 562/92; e acórdão n.º 12/2005, de 12 de janeiro de 2005, processo n.º 3/00.

foram pelo funcionamento do princípio *in dubio pro reo* e os restantes”. Assinala ainda que seria incongruente a não consagração de um regime de indemnização por privação da liberdade lícita que venha a considerar-se injustificada que inclua todos os tipos de absolvição do arguido, quando existe um regime com uma amplitude e grau de proteção consideráveis para o direito de propriedade, como sucede com o regime da expropriação por utilidade pública previsto no n.º 2 do artigo 62.º da CRP. Afirmar ainda que “o direito à indemnização que no n.º 5 se estabelece é corolário do direito à liberdade que o artigo 27.º no seu todo visa proteger e que deve ser compreendido nesse quadro e não mediante uma interpretação literal isolada”, devendo abranger todas as situações que colidam com o conteúdo essencial desse direito.

Conclui, por último, que “é excessivo (proporcionalidade em sentido estrito) que seja o arguido a suportar as gravosas consequências de uma decisão que, em nome de interesses opostos aos seus, teve de ser tomada perante prova indiciária que vem a revelar-se insubsistente, quando para esse sentido da decisão não tenha ele dado causa determinante, por qualquer comportamento processual doloso ou negligente”, devendo os prejuízos que advêm da compressão de “um bem jusfundamental cuja proteção é contígua aos princípios do Estado de direito e da dignidade humana” serem repartidos por toda a comunidade. Deste modo, considerou que a interpretação normativa do artigo 225.º do CPP feita pelo tribunal *a quo* seria inconstitucional por violação do n.º 5 do artigo 27.º e do n.º 2 do artigo 18.º, ambos da CRP.

Assim, parece-nos que o pequeno grande passo dado pelo referido acórdão reside neste voto de vencido que, na esteira do que fizeram Fernanda Palma e Mário Araújo Torres nos votos de vencido do Acórdão n.º 12/2005, não deixou cair por terra a questão que tem vindo a ser debatida na jurisprudência comunitária e, como se viu, também na nacional, relativa à diferenciação de sentenças absolutórias no âmbito da concessão de indemnização por privação da liberdade indevida e das consequências graves que esta acarreta, nomeadamente com a afetação, num primeiro plano, do princípio da presunção de inocência e, num segundo plano, do princípio da proporcionalidade na restrições operadas ao direito à liberdade.

## CONCLUSÕES

Face ao exposto, que posição defender perante as situações pouco congruentes, e até injustas, criadas pelo preceituado no artigo 225.º do CPP, mais concretamente na alínea *c)* do seu n.º 2?

Ora, da exposição que temos vindo a fazer até este momento, resulta claramente que não podemos de forma alguma concordar com o disposto na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 225.º do CPP. Defendemos, assim, a consagração de um regime baseado no controlo material<sup>44</sup>, segundo o qual serão passíveis de indemnização todos os danos resultantes de um processo penal que termine com a absolvição do arguido, independentemente de ter ficado ou não provada a sua inocência. Só assim poderá prevalecer a máxima de que todo o arguido é inocente salvo prova em contrário e só assim poderá ser aplicado plenamente o princípio da repartição dos encargos públicos.

Pois bem, esta será a nossa proposta *de iure condendo*. Não nos parece razoável que se negue a indemnização a quem tenha sido absolvido em processo penal com base no princípio *in dubio pro reo*, e cujo direito à liberdade tenha sido afetado. Muito menos invocando-se razões de ordem económica. Muito embora alguns Autores justifiquem a consagração do regime atualmente em vigor com o facto de existirem sérios riscos de aumento do número de ações contra o Estado, uma vez que grande parte das absolvições advêm da aplicação do princípio *in dubio pro reo*<sup>45</sup>, não podemos aceitar que a atual redação do regime da indemnização por indevida privação da liberdade esteja condicionado por razões de ordem económica. Conforme é de fácil constatação, por muito elevados que sejam os valores monetários em causa, jamais poderão ser comparáveis com a grandeza dos valores fundamentais inerentes ao direito à liberdade.

Adicionalmente, consideramos que a alínea *c)* do n.º 1 do artigo 225.º do CPP colide com a Constituição, uma vez que se mostra incompatível com alguns dos princípios nela vertidos.

Em primeiro lugar, verificamos que, na medida em que os efeitos da absolvição de um arguido são diferenciados conforme fique ou não comprovada a sua inocência em processo-crime, tal distinção constituirá um retrocesso assinalável relativamente ao princípio da presunção de inocência

---

44 Tal situação foi igualmente defendida por Catarino (2002: 281), aquando dos trabalhos preparatórios para a reforma do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado.

45 Neste sentido, Costa & Costa, 2010: 115.

que se encontra consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da CRP, o qual configura um direito fundamental.

Ao fazer-se tal diferenciação no âmbito do direito à indemnização por indevida privação da liberdade, negando-se o direito a esta compensação a quem não veja comprovada a sua inocência em processo e tenha sido, ao invés, absolvido com base no princípio do *in dubio pro reo*, estar-se-á a fazer uma incorreta interpretação do princípio da presunção de inocência, adulterando-o de tal maneira que quase se torna possível afirmar que, neste âmbito, vigora antes um princípio de presunção de culpabilidade.

Esta imposição consagrada na alínea c) do n.º 1 do artigo 225.º do CPP fará, assim, com que o ónus da prova da culpa do arguido deixe de incidir sobre o Ministério Público e passe a onerar o arguido exatamente no sentido inverso, *i.e.*, no sentido de comprovar a sua inocência. Só através de tal prova poderá aquele que foi lesado na sua liberdade ter direito a ser compensado pelos seus danos.

Acresce que, no plano dos valores, não nos parece justo que, confiando o cidadão parte da sua liberdade ao Estado de maneira a que este possa gerir as relações que se estabelecem entre concidadãos e as ofensas mútuas que eventualmente possam surgir entre estes, tendo cada cidadão a contrapartida de ser considerado presumivelmente inocente, venha o Estado, posteriormente, desrespeitar o contrato social celebrado, desprezando o princípio da presunção de inocência. Até porque o processo penal deverá assumir uma conotação eminentemente ética quando confrontado com valores tão importantes como os relacionados com o direito à liberdade, tratando-os com redobrada atenção. Só dessa maneira se verificará a perspectiva ético-jurídica que Castanheira Neves atribui ao processo penal, segundo o qual “o processo criminal deverá orientar-se [...] pela válida conciliação de dois princípios ético-jurídicos fundamentais: o princípio da reafirmação, defesa e reintegração da comunidade ético-jurídica – *i.e.*, do sistema de valores ético-jurídicos que informam a ordem jurídica, e que encontra a sua tutela normativa no direito material criminal -, e o princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos, *i.e.*, os direitos irredutíveis da pessoa humana”<sup>46</sup>.

Somente o estreito equilíbrio entre estes dois vértices tornará o processo penal de determinada ordem jurídica num processo justo, proporcional e

---

46 Neves, 1968: 7.

humano. E o respeito pelo princípio da presunção de inocência manifesta-se aqui como guardião do direito à liberdade.

Assim, a atual redação da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 225.º do CPP não será compatível com o princípio da presunção de inocência, uma vez que ao tipificar as situações abrangidas pelo direito à indemnização, nega claramente este direito a quem tenha sido absolvido com base numa das decorrências elementares do princípio referido, ou seja, a quem tenha sido absolvido com base no princípio *in dubio pro reo*. E com tal facto o direito à liberdade ficará visivelmente desprotegido.

Por último, a norma em crise poderá constituir ainda uma violação do princípio da igualdade constante no artigo 13.º da CRP. Esta disposição prevê, na sua essência, que “[t]odos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” e constitui um dos princípios estruturantes dos direitos fundamentais, o qual terá um duplo sentido: negativo e positivo. No plano negativo não deverá ninguém “ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever”. Já na sua dimensão positiva deverá ser garantido um tratamento igual de situações iguais e um tratamento desigual de situações desiguais.

Será então com esta última perspetiva do princípio da igualdade que a letra da alínea *c)* do n.º 1 do artigo 225.º do CPP colide, uma vez que se verifica um tratamento desigual de situações que, fundamentalmente, são iguais. Ou seja, no caso que temos vindo analisando, as sentenças absolutórias em que fique comprovada a inocência do arguido merecem um tratamento diferente, no que concerne ao acesso à indemnização por privação indevida da liberdade, relativamente às sentenças em que não fique comprovada tal inocência. E, como se sabe, todas as sentenças absolutórias deverão conter exatamente os mesmos efeitos processuais e extra-processuais, não devendo haver, como afirma Pinto de Albuquerque, sentenças absolutórias de primeira categoria e sentenças absolutórias de segunda categoria<sup>47</sup>. Da mesma forma que não deverá haver inocentes de primeira categoria e inocentes de segunda categoria.

Embora, por vezes, seja difícil convencer plenamente a opinião pública da inocência de arguidos absolvidos com base no *in dubio pro reo*, o papel do Estado não deverá agravar essa situação, prolongando o estado de dúvida que existe na comunidade. Este deverá, pelo contrário, empreender todos

---

47 Albuquerque, 2011: 642.

os esforços para que as dúvidas relativamente à inocência do arguido sejam afastadas e para que o princípio da presunção de inocência prevaleça e seja efetivamente aplicado. Um desses esforços deverá ser levado a cabo, nomeadamente, com a uniformização das condições de acesso à indemnização por privação indevida da liberdade, não discriminando absolvições que naturalmente deverão ser consideradas iguais e, por sua vez, não discriminando sujeitos que são essencialmente iguais, ou seja, inocentes.

Assim, concluímos que a alínea *c)* do n.º 1 do artigo 225.º do CPP cria uma situação discriminatória para quem seja absolvido com base no princípio *in dubio pro reo* que não se mostra compatível com o princípio da igualdade.

Finalizando, parece-nos que o atual regime de indemnização por privação indevida da liberdade, para além de se revelar extremamente injusto, é claramente contrário à CRP, violando princípios basilares nela previstos, criando situações de desigualdade quando a igualdade deveria prevalecer e menosprezando o estatuto de presumível inocente que constitui direito fundamental do arguido.

**BIBLIOGRAFIA**

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2009 “Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro?”, in AA.VV., *Que futuro para o direito processual penal?, Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 419-440.

2011 *Comentário do Código de Processo Penal*, 4.<sup>a</sup> edição, Lisboa: Universidade Católica Editora.

BELEZA, Teresa Pizarro

2009 “Prisão preventiva e direitos do arguido”, in AA.VV., *Que futuro para o direito processual penal?, Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 671-685.

CADILHA, Carlos Alberto

2008 *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas anotado*, 1.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, Gomes

1974 *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, Gomes & MOREIRA, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa anotada*, Volume 1, 4.<sup>a</sup> ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora.

CATARINO, Luís Guilherme

1999 *A responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça – o erro judiciário e o anormal funcionamento*, 1.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

CAUPERS, João

2003 “Responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional”, in *Revista de Justiça Administrativa*, n.º 40, julho-agosto de 2003, pp. 46-49.

COSTA, Emídio José da & COSTA, Ricardo José Amaral da

2010 *Da responsabilidade civil do Estado e dos Magistrados por danos da função jurisdicional*, 1.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Quid Juris.

FARIA COSTA, José de

2009 “Os códigos e a mesmidade: o código de processo penal de 1987”, in AA.VV., *Que futuro para o direito processual penal?, Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 441-459.

HASSEMER, Winfried

2004 “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, in AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 15-25.

LEITÃO, Luis Manuel Menezes

2007 *Direito das Obrigações*, Volume I, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

MARQUES DA SILVA, Germano

2008a *Curso de Processo Penal I*, 5.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Verbo.

2008b *Curso de Processo Penal II*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Verbo.

MIRANDA, Jorge

2008 *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora.

MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui

2005 *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora.

NEVES, Castanheira

1968 *Sumários de Processo Criminal*, 1967-1968, fascículos policopiados, Coimbra: João Abrantes.

PATRÍCIO, Rui

2004 *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português – Alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português*, 2.<sup>a</sup> reimpressão, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

SOUTO DE MOURA, José

1990 “A questão da presunção de inocência do arguido”, in *Revista do Ministério Público*, ano 11.º, n.º 42, pp. 31-47.

TEIXEIRA DE SÁ, Pedro

1999 “Fortes indícios da ilegalidade da prisão preventiva”, *Scientia Juridica*, Tomo XLVIII, julho-dezembro, pp. 387-405.



C&R

LEGISLAÇÃO

*Legislação Nacional*



# LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – JANEIRO A MARÇO DE 2013

*elaborado por Nazaré da Costa Cabral*

## GERAL

### **Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro**

Procede à 5.ª alteração da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, à 3.ª alteração da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, e à 7.ª alteração da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, no sentido de se atribuir maior eficácia à proteção do consumidor.

## BANCO DE PORTUGAL

### **Decreto-Lei n.º 24/2013, de 19 de fevereiro**

Estabelece o método de determinação das contribuições iniciais, periódicas e especiais para o Fundo de Resolução, previstas no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (RGICSF).

### **Portaria n.º 150/2013, de 15 de março**

Aprova a lista de países ou jurisdições a que se refere a alínea 8) do artigo 2.º da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho. Revoga a Portaria n.º 41/2009, de 13 de janeiro.

### **Portaria n.º 2/2013, de 2 de janeiro**

Estabelece o regime e o procedimento aplicáveis ao reconhecimento das entidades que integram a rede extrajudicial de apoio a clientes bancários, adiante designada “Rede”, a que se refere o Decreto-Lei n.º 227/2012, de 25 de outubro.

## ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

### **Resolução do Conselho de Ministros n.º 2/2013, de 10 de janeiro**

Determina que o serviço móvel marítimo deixa de ser prestado, enquanto serviço público, a partir de 30 de abril de 2013.

### **Decreto-Lei n.º 9/2013, de 24 de janeiro**

Regula a liquidação, a cobrança, o pagamento e a fiscalização das taxas previstas na Lei n.º 55/2012, de 6 de setembro, que aprova a lei das atividades cinematográficas e audiovisuais.

### **Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de fevereiro**

Altera as bases da concessão do serviço público de telecomunicações.

## IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES TERRESTRES

### VEÍCULOS

#### **Lei n.º 13/2013, de 31 de janeiro**

Estabelece o regime jurídico para a utilização de gases de petróleo liquefeito (GPL) e gás natural comprimido e liquefeito (GN) como combustível em veículos.

#### **Decreto-Lei n.º 26/2013, de 19 de fevereiro**

Procede à primeira alteração à Lei n.º 11/2011, de 26 de abril, que estabelece o regime jurídico de acesso e de permanência na atividade de inspeção técnica de veículos a motor e seus reboques e o regime de funcionamento dos centros de inspeção.

#### **Decreto-Lei n.º 53/2013, de 17 de abril**

Transpõe a Diretiva 2010/62/UE da Comissão, de 8 de setembro de 2010, estabelecendo requisitos relativos às tomadas de força e respetiva proteção dos tratores agrícolas, bem como as Diretivas n.ºs 2011/72/UE e 2011/87/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de setembro e 16 de novembro de 2011, respetivamente, relativas às disposições aplicáveis aos tratores introduzidos no mercado ao abrigo do regime da flexibilidade e à aplicação de fases de emissões a tratores de via estreita.

**Portaria n.º 190/2013, de 23 de maio**

Estabelece os termos e condições do regime aplicável ao pagamento das taxas de portagem em toda a rede nacional de autoestradas pelos clientes das empresas de aluguer de veículos sem condutor.

## TRANSPORTE

**Lei n.º 6/2013, de 22 de janeiro**

Aprova os regimes jurídicos de acesso e exercício da profissão de motorista de táxi e de certificação das respetivas entidades formadoras.

**Lei n.º 5/2013, de 22 de janeiro**

Simplifica o acesso à atividade transitória e ao transporte em táxi, através da eliminação dos requisitos de idoneidade e de capacidade técnica ou profissional dos responsáveis das empresas, e ao transporte coletivo de crianças, através da eliminação dos requisitos de capacidade técnica ou profissional dos responsáveis das empresas, alterando o Decreto-Lei n.º 251/98, de 11 de agosto, o Decreto-Lei n.º 255/99, de 7 de julho, e a Lei n.º 13/2006, de 17 de abril, conformando-os com a disciplina da Lei n.º 9/2009, de 4 de março, e do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpuseram para a ordem jurídica interna as Diretivas n.ºs 2005/36/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro de 2005, relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais, e 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno.

**Lei n.º 32/2013, de 10 de maio**

Estabelece o regime a que deve obedecer a implementação e utilização de sistemas de transportes inteligentes, transpondo a Diretiva 2010/40/UE, de 7 de julho, que estabelece um quadro para a implementação de sistemas de transporte inteligentes no transporte rodoviário, inclusive nas interfaces com outros modos de transporte.

**ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS****Resolução da Assembleia da República n.º 8/2013, de 31 de janeiro**

Recomenda a aplicação do sistema tarifário de resíduos baseado no instrumento económico *pay as you throw* (PAYT), tal como sugestão da Comissão Europeia no recente estudo sobre prevenção e reciclagem de resíduos.

**Resolução da Assembleia da República n.º 19/2013, de 8 de fevereiro**

Recomenda ao Governo que promova as medidas necessárias, no âmbito da revisão das políticas de gestão de resíduos, para melhorar os indicadores e estatísticas de Portugal, no contexto da União Europeia, no que se refere à geração, tratamento e deposição em aterros de resíduos.

**ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS**

**Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro**

Aprova o regime sancionatório do setor energético, transpondo, em complemento com a alteração aos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, as Diretivas n.ºs 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelecem regras comuns para o mercado interno da eletricidade e do gás natural e revogam as Diretivas n.ºs 2003/54/CE e 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003.

**Decreto-Lei n.º 15/2013, de 28 de janeiro**

O presente diploma procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de junho, no sentido de alargar o período de aplicação das tarifas transitórias para fornecimentos de gás natural aos clientes finais com consumos anuais superiores a 10000 m<sup>3</sup>.

**Decreto-Lei n.º 25/2013, de 19 de fevereiro**

Procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 363/2007, de 2 de novembro, relativo aos regimes jurídicos da produção de eletricidade através de unidades de microprodução e de unidades de miniprodução. Altera ainda o Decreto-Lei n.º 34/2011, de 8 de março.

**Decreto-Lei n.º 32/2013, de 26 de fevereiro**

Procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, no sentido de prever a possibilidade de redução dos encargos que integram a compensação atribuída aos produtores de eletricidade pela cessação antecipada dos respetivos Contratos de Aquisição de Energia.

**Decreto-Lei n.º 35/2013, de 28 de fevereiro**

Prevê a faculdade, por parte dos titulares dos centros eletroprodutores eólicos submetidos ao regime remuneratório da eletricidade previsto no anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de maio, na redação aplicável antes da data de entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 33-A/2005, de 16 de fevereiro, de adesão a um regime remuneratório alternativo durante um período adicional de cinco ou sete anos após o termo dos períodos iniciais de remuneração garantida atualmente em curso, mediante a assunção do compromisso de contribuir para a sustentabilidade do Sistema Elétrico Nacional (SEN), através do pagamento de uma compensação. Estabelece também um prazo para a manutenção das condições remuneratórias, pelas pequenas centrais hídricas (PCH) submetidas ao regime remuneratório da eletricidade previsto no anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88, de 27 de maio.

**Decreto-Lei n.º 39/2013, de 18 de março**

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 141/2010, de 31 de dezembro, que transpõe parcialmente para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2009/28/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis, estabelece as metas nacionais de utilização de energia renovável no consumo final bruto de energia e para a quota de energia proveniente de fontes renováveis consumida pelos transportes, define os métodos de cálculo da quota de energia proveniente de fontes de energia renováveis e estabelece o mecanismo de emissão de garantias de origem para a eletricidade a partir de fontes de energia renováveis.

**Portaria n.º 26/2013, de 24 de janeiro**

A presente portaria estabelece regras sobre os critérios e procedimentos de avaliação, a observar na seleção e hierarquização das candidaturas apresentadas aos concursos realizados no âmbito do Plano de Promoção da Eficiência no Consumo de Energia (PPEC) previsto no Regulamento Tarifário da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE).

**Portaria n.º 59/2013, de 11 de fevereiro**

Procede à aprovação da data da extinção da tarifa transitória para fornecimentos de gás natural aos clientes finais com consumos anuais superiores a 10000 m<sup>3</sup>, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 66/2010, de 11 de

junho, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 77/2011, de 20 de junho, 74/2012, de 26 de março, e 15/2013, de 28 de janeiro.

**Portaria n.º 79/2013, de 19 de fevereiro**

Aprova para o ano de 2013, os preços da habitação, por metroquadrado de área útil (*P<sub>c</sub>*), a que se refere a alínea *c*) do n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 141/88, de 22 de abril.

**Portaria n.º 83/2013, de 26 de fevereiro**

Fixa o valor da taxa devida pela apreciação do pedido e pela efetivação do registo para o exercício das atividades de comercialização de eletricidade e de gás natural.

**Portaria 145/2013, de 9 de abril**

Procede à aprovação da Taxa anual de remuneração do diferimento dos sobrecustos com CMEC (Custos de Manutenção de Equilíbrio Contratual), e da Taxa anual de remuneração do diferimento dos sobrecustos com CAE (Contratos de Aquisição de Energia).

**Portaria n.º 172/2013, de 3 de maio**

Estabelece as modalidades de incentivos à garantia de potência que dependem, para efeitos da sua atribuição, do cumprimento de um coeficiente mínimo de disponibilidade final.

**Portaria n.º 193-A/2013, de 27 de maio**

Procede à primeira alteração à Portaria n.º 1213/2010, de 2 de dezembro, que aprova os procedimentos e requisitos para a atribuição e transmissão de licenças de distribuição local de gás natural, o respetivo regime de exploração, os fatores de ponderação dos critérios de seleção e avaliação das propostas e o modelo de licença de distribuição local de gás natural.

**ERS – ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE**

**Decreto-Lei n.º 34/2013, de 27 de fevereiro**

Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 112/2011, de 29 de novembro, que aprova o regime da formação do preço dos medicamentos sujeitos a receita médica e dos medicamentos não sujeitos a receita médica comparti-

pados, e estabelece um mecanismo de definição dos preços dos medicamentos sujeitos a receita médica que não tenham sido objeto de avaliação prévia para efeitos de aquisição pelos hospitais do Serviço Nacional de Saúde, nem de decisão de participação.

**Portaria n.º 91/2013, de 28 de fevereiro**

Estabelece para 2013 os países de referência e os prazos de revisão anual de preços dos medicamentos, e revoga a Portaria n.º 1041-A/2010, de 7 de outubro.

**Portaria n.º 95/2013, de 4 de março**

Aprova o Regulamento do Sistema Integrado de Referência e de Gestão do Acesso à Primeira Consulta de Especialidade Hospitalar nas instituições do Serviço Nacional de Saúde e revoga a Portaria n.º 615/2008, de 11 de julho.

**Portaria n.º 163/2013, de 24 de abril**

Aprova as tabelas de preços a praticar pelo SNS, bem como o respetivo Regulamento.



C&R

JURISPRUDÊNCIA

*Comentário de Jurisprudência da União Europeia*

*Jurisprudência Geral*



# COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência* – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais

*Margarida Caldeira*<sup>1</sup>

## 1. Introdução

O Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 28.2.2013<sup>2</sup>, proferido no processo de reenvio prejudicial em que eram partes a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (“OTOC”) e a Autoridade da Concorrência (“AdC”), foi o primeiro Acórdão em que este Tribunal (“TJUE”) estabeleceu que na ordem jurídica portuguesa, tal como nas demais ordens jurídicas da União Europeia, o artigo 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) é aplicável às decisões de ordens profissionais. Foi também o primeiro Acórdão do TJUE que incidiu sobre uma decisão adotada pela AdC.

No âmbito deste processo de reenvio prejudicial<sup>3</sup>, desencadeado ao abrigo do artigo 267.º do TFUE, foi realizada audiência de julgamento no TJUE com a composição de cinco juízes<sup>4</sup>, tendo o TJUE posteriormente proferido o mencionado Acórdão, pelo qual respondeu às questões prejudiciais que haviam sido colocadas pelo Tribunal da Relação de Lisboa (“TRL”), no seguimento de um pedido dirigido para o efeito pela OTOC no âmbito do recurso de impugnação judicial cujos antecedentes se indicam de seguida.

---

1 Advogada no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade da autora e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

2 Disponível em [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

3 Processo C-1/12.

4 R. Silva de Lapuerta (presidente), G. Arestis, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev (relator) e J.L. da Cruz Vilaça.

## 2. Antecedentes e caracterização da infração jusconcorrencial

A AdC proferiu Decisão condenatória da OTOC<sup>5</sup> em processo contraordenacional por infração ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho<sup>6</sup>, por esta ter, no exercício do seu poder regulamentar, adotado a decisão, consubstanciada na aprovação e aplicação do “Regulamento de Formação de Créditos”<sup>7</sup>. Através desta decisão, a OTOC (na perspetiva da AdC) efetuou uma segmentação artificial do mercado da formação obrigatória permanente dos Técnicos Oficiais de Contas (“TOC”), atribuiu a si própria o exclusivo da ministração de um terço da formação obrigatória e estipulou critérios pouco claros e pouco transparentes, assentes na sua discricionariedade, na equiparação de outras entidades formadoras e na aprovação das suas ações de formação. Segundo a AdC, a OTOC concorre, também, enquanto entidade formadora, no mercado por ela criado e que ela própria segmentou, de forma artificial, e em que é ela quem decide quais as entidades que com ela podem concorrer e em que termos, de acordo com critérios pouco transparentes, cobrando-lhes taxas quer pelo acesso a esse mercado, quer pelo exercício da sua atividade de formação. Este Regulamento foi aprovado e aplicado pela OTOC no âmbito do sistema de formação permanente obrigatória dos TOC<sup>8</sup>, instituído por um anterior Regulamento também aprovado pela OTOC, o “Regulamento do Controlo da Qualidade”, e de acordo com o qual os TOC são obrigados a obter uma média anual de 35 créditos nos últimos dois anos,

---

5 Decisão de 7.5.2010.

6 Esta disposição legal estipula o seguinte (à semelhança do acima transcrito artigo 101.º do TFUE): “1 – São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa; b) Fixar, de forma direta ou indireta, outras condições de transação efetuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico; c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes; f) Recusar, direta ou indiretamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços; g) Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos. 2 - Exceto nos casos em que se considerem justificadas, nos termos do artigo 5.º, as práticas proibidas pelo n.º 1 são nulas”.

7 Publicado no Diário da República n.º 133, II Série, de 12.7.2007.

8 Publicado no Diário da República n.º 175, II Série, de 15.7.2004.

sob pena de sanções disciplinares<sup>9</sup>. Os TOC suportam os custos monetários da formação permanente.

O Regulamento de Formação de Créditos<sup>10</sup> estipula, em síntese, as seguintes regras, relevantes do ponto de vista jusconcorrencial<sup>11</sup> (na ótica da Decisão da AdC):

- (i) Distingue entre os dois tipos de formação que os TOC são obrigados a obter: a formação denominada “institucional”<sup>12</sup>, que não pode exceder 16 horas por módulo de formação e a formação profissional<sup>13</sup>, cuja duração mínima, por módulo de formação, deve ser superior a 16 horas;
- (ii) A formação “institucional” só pode ser ministrada pela OTOC, enquanto que a formação profissional pode ser ministrada tanto pela OTOC como por outras entidades formadoras, desde que estas<sup>14</sup> estejam inscritas junto da OTOC e que as respetivas propostas de ações de formação sejam homologadas pela OTOC;
- (iii) É a OTOC quem define os prazos de apresentação de pedidos de inscrição e de homologação das ações de formação destas outras entidades formadoras, bem como as taxas devidas por estes atos;

9 Esta imposição consta do Regulamento do Controlo da Qualidade.

10 Este Regulamento detalhou o Regulamento do Controlo da Qualidade, estabelecendo regras sobre o modo concreto da formação obrigatória permanente dos TOC.

11 Nos processos de reenvio, não obstante serem colocadas questões de interpretação do Direito da União, é da maior relevância atentar na factualidade dos autos e ao enquadramento legal nacional: neste sentido, veja-se o Acórdão Pavlov de 12.9.2000, processos C-180/98 a C-184/98, no qual o TJUE afirma que segundo uma jurisprudência constante, a necessidade de obter uma interpretação do direito da União que seja útil ao órgão jurisdicional nacional exige que este defina o quadro factual e legal em que se inscrevem as questões que coloca, sendo essas exigências particularmente válidas em certos domínios, como o da concorrência, caracterizados por situações de facto e de direito complexas.

12 Definida no artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento de Formação de Créditos como sendo a que “[...] consiste em comunicações realizadas pela CTOC [anterior denominação da OTOC] aos seus membros, com duração até 16 horas, cujo objetivo é, nomeadamente, a sensibilização dos profissionais para as iniciativas e alterações legislativas bem como questões de natureza ética e deontológica”. Também no preâmbulo deste Regulamento, lê-se o seguinte: “[...] define-se que, excetuando as situações casuísticas previstas no presente regulamento, toda a formação com duração inferior a dezasseis horas tem natureza institucional e, conseqüentemente, só pode ser ministrada pela Câmara dos TOC [anterior denominação da OTOC]”.

13 Definida no artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento de Formação de Créditos como sendo a que “[...] consiste em sessões de estudo e aprofundamento de temáticas inerentes à profissão com duração mínima superior a 16 horas”.

14 Salvo se se tratarem de instituições de ensino superior ou equiparado.

- (iv) Um terço da formação anual obrigatória dos TOC deve ser obtido na formação denominada “institucional”, ministrada exclusivamente pela OTOC<sup>15</sup>;
- (v) Não existe limite mínimo de créditos em formação profissional, ou seja, o TOC pode completar a parte restante dos 35 créditos quer em formação profissional quer em horas adicionais de formação “institucional”.

De acordo com a AdC, à decisão da OTOC de publicação e aplicação do Regulamento de Formação de Créditos aplicam-se as regras da concorrência, uma vez que os TOC exercem uma atividade económica constituindo, assim, “empresas” e a OTOC, enquanto ordem profissional<sup>16</sup>, constitui uma associação de empresas<sup>17</sup>, tanto na aceção do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 como do artigo 101.º do TFUE. Estas normas aplicam-se ao exercício do poder regulamentar das ordens profissionais, enquanto associações de empresas independentemente de estarem dotadas de prerrogativas públicas. Na perspetiva da Decisão da AdC, a prática da OTOC teve um objeto e efeito anticoncorrencial, ao limitar a oferta de ações de formação de outras entidades formadoras, em violação das apontadas normas:

- (i) A segmentação artificial do mercado da formação limitou a oferta<sup>18</sup> de ações de formação com carga horária igual ou inferior a 16 horas, sem que tal restrição à concorrência tenha justificação objetiva;
- (ii) O direito exclusivo, que a OTOC se auto atribuiu, de ministração de um terço da formação, constitui uma barreira à entrada e à permanência de outros formadores no mercado da formação dos

---

15 Segundo a análise da AdC, a OTOC ministra também conteúdos profissionais na formação dita “institucional”, como permitido pelo acima apontado artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento de Formação de Créditos ao referir-se a “iniciativas e alterações legislativas”.

16 Segundo o artigo 1.º do Estatuto da OTOC, aprovado pelo DL n.º 310/2009, de 26.10.2009, “[a] Ordem dos TOC [...] é uma pessoa coletiva pública de natureza associativa a quem compete representar, mediante inscrição obrigatória, os interesses profissionais dos TOC e superintender em todos os aspetos relacionados com o exercício das suas funções”.

17 Ao adotar um regulamento como o Regulamento de Formação de Créditos, a ordem profissional deve ser qualificada como uma associação de empresas, na medida em que o regulamento constitui a expressão da vontade de representantes dos membros de uma profissão para que estes últimos adotem um comportamento determinado no quadro da sua atividade económica.

18 Por parte de outras entidades formadoras.

TOC e restringe também a própria liberdade dos TOC (enquanto consumidores de formação) escolherem as ações de formação, pois são induzidos a preferir as disponibilizadas pela OTOC, que são as de menor duração;

- (iii) Na sua qualidade de entidade formadora, a OTOC concorre, no mercado por si criado da formação dos TOC, com outras entidades, segundo as regras que ela própria definiu e que a beneficiam, assim falseando as condições de concorrência: a estipulação e efetiva aplicação dos critérios de inscrição de outras entidades formadoras e de homologação das respetivas ações de formação redundou no tratamento discriminatório entre a OTOC e as outras entidades formadoras, afetando negativamente as condições de concorrência no mercado relevante, sendo ainda esses critérios aptos, pela sua vagueza, a permitir tratamentos discriminatórios entre as várias entidades formadoras;
- (iv) Não existe disposição legal que imponha o apontado modelo de formação permanente obrigatória<sup>19</sup>, uma vez que a lei apenas estabelece o seguinte: “São atribuições da Ordem: [...] promover e contribuir para o aperfeiçoamento e formação profissional dos seus membros, designadamente através da organização de ações e programas de formação profissional, cursos e colóquios”<sup>20</sup>;
- (v) A OTOC poderia assegurar a correta formação obrigatória dos TOC sem violar as regras da concorrência, nomeadamente, abstendo-se de fornecer também formação profissional, não intervindo no mercado da formação profissional a par das outras entidades formadoras; ou oferecer formação profissional, em concorrência com todas estas entidades, sem estipulação de condições de oferta desta formação que a beneficiam; e abstendo-se de se reservar o exclusivo da formação dita “institucional” na qual, no entanto, ministra também conteúdos profissionais.

---

19 Notamos, a este propósito que, segundo o TJUE, o artigo 101.º do TFUE apenas se aplica a comportamentos contrários à concorrência adotados pelas empresas por sua própria iniciativa. Se às empresas for imposto, por uma legislação nacional, um comportamento contrário à concorrência, ou se esta legislação criar um quadro jurídico que, por si só, elimine qualquer possibilidade de comportamento concorrencial da sua parte, aquela norma não é aplicável (como afirmado, por exemplo, no Acórdão de 11.9.2003, Altair Chimica e ENEL processo C-207/01, no seguimento de Acórdão de 11.11.1997, Comissão e França/Landbroke Racing, processo C-359/95 e C-379/95). O mesmo raciocínio deve ser seguido quanto à aplicação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003. Ora, nos autos foi demonstrado que não existe norma que imponha aquela regulamentação concreta.

20 Artigo 3.º, n.º 1, alínea c), do Estatuto da OTOC.

Considerou a AdC ter sido também infringido o artigo 101.º do TFUE, uma vez que a prática da OTOC é suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros<sup>21</sup>: uma vez que o sistema criado pelo Regulamento de Formação de Créditos se aplica em todo o território nacional, impedindo a ministração de formação por entidades formadoras estrangeiras que não preencham os requisitos de inscrição e homologação de formação previstos no Regulamento, de acordo com a avaliação casuística feita pela OTOC<sup>22</sup>, bem como as regras relativas à carga horária, o Regulamento cria uma barreira à prestação de serviços de formação no território nacional por entidades estrangeiras, limitando gravemente a respetiva oferta.

A OTOC interpôs recurso de impugnação judicial desta Decisão da AdC junto do Tribunal do Comércio de Lisboa (“TCL”), o qual veio a proferir Sentença<sup>23</sup> condenando a OTOC pela prática de uma contraordenação p. e. p. pelo artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 e artigo 81.º, n.º 1<sup>24</sup>, do TFUE e declarando nulas e de nenhum efeito as disposições do Regulamento de Formação de Créditos, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003 e do artigo 81.º, n.º 2, do TFUE.

De acordo com a mencionada Sentença, “[...] os TOC, inscritos na Ordem dos TOC, são operadores económicos que prestam os seus serviços, de forma dependente ou independente, percebendo pela mesma uma remuneração. São profissionais liberais, cabendo, pois, na definição de empresa prevista no artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 18/03, de 11/6<sup>25</sup>. [...] O facto da Ordem dos TOC ser uma associação pública não impede a sua classificação como associação de empresas, nem a qualificação como pessoa jurídica privada, pública ou cooperativa é relevante para efeito de aplicação do Direito da Concorrência. Igualmente irrelevante é a missão representar os interesses profissionais dos TOC [...]. Os fins prosseguidos pelas câmaras profissionais – a ordenação do exercício da profissão liberal, a representação exclusiva e a defesa dos interesses profissionais dos associados – não exigem o afastamento das normas sobre a

---

21 Ao abrigo do disposto na Comunicação da Comissão relativa às “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado”.

22 Atento o carácter vago desses requisitos.

23 Sentença de 29.4.2011, proferida pelo 1.º Juízo do TCL, no processo n.º 938/10.7 TYLSB.

24 A Sentença referiu-se ao artigo 81.º (atualmente, artigo 101.º do TFUE), por sua vez correspondente ao original artigo 85.º do Tratado CE.

25 P. 39.

concorrência.<sup>26</sup> “[...] todas as decisões de todas as associações de empresas que tenham por objeto ou por efeito impedir, falsear ou restringir, de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional são proibidas. Logo, estão aqui abrangidas as decisões das associações profissionais. A aprovação, pelo Conselho Diretivo da Ordem dos TOC, do Regulamento da Formação de Créditos é, nestes termos, uma decisão de uma associação de empresas. Trata-se de uma resolução aprovada por órgão social, que a representa e vincula, destinada a todos os seus associados e tomada no âmbito da defesa dos seus interesses. Logo, é uma decisão de uma associação de empresas<sup>27</sup>”. O TCL considerou ter-se verificado, no caso, uma infração ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 e 101.º do TFUE, atento o teor e a aplicação das regras acima indicadas do Regulamento de Formação de Créditos<sup>28</sup>. O TCL entendeu também estar em causa a afetação do comércio entre Estados-Membros, do seguinte modo: “[...] importa concluir que, abrangendo todo o território de

---

26 P. 40.

27 P. 41.

28 De acordo com a fundamentação da Sentença, [...] na medida em que a Ordem dos TOC estipula a obrigatoriedade de obtenção por todos os TOC de uma média anual de 35 créditos em formação por ela promovida ou aprovada, sendo 12 créditos anuais em formação exclusivamente por si ministrada e que a própria decide quem são as entidades que podem ministrar a formação, e quais as formações que atribuem créditos está, obviamente, a interferir com o regular funcionamento do mercado, influenciando a formação da oferta e da procura, (sendo que o fator ‘atribuição de créditos’ é decisivo neste binómio oferta/procura), ou seja, está a adotar um comportamento que provoca distorções no mercado. E compreende-se bem porquê. A definição daqueles que podem, *a priori*, entrar no mercado e em que termos podem nele agir constitui desde logo uma limitação ao funcionamento do mercado, vinculando [p. 45] os agentes económicos a solicitar uma prévia aprovação por parte da Ordem dos TOC, não permitindo o livre jogo da oferta e da procura. A limitação introduzida pelo Regulamento da Formação de Créditos permite que se reforcem os obstáculos à entrada de novos concorrentes no mercado, uma vez que só podem concorrer depois de aprovados pela Ordem dos TOC e nesse mercado apenas podem ministrar formação por ela aprovada e de duração superior a 16h, estando-lhes vedada a parcela do mercado equivalente a formação de duração inferior. Desde logo, a ausência da limitação temporal das ações de formação permitiria que os agentes concorressem com total liberdade, podendo os consumidores escolher o agente que propusesse o produto (ação de formação) mais adequado às suas necessidades em termos de temática, de duração, de preço, etc. [...] Acresce ainda a circunstância de a própria Ordem dos TOC estar no mercado, ao lado das entidades que a própria decidiu estarem aptas a dar formação aos TOC, dando formação de conteúdo idêntico ao daquelas entidades (ver facta provado em 91.) e de duração igual ou inferior (mormente inferior a 16h) e, por essa razão (eventualmente) mais adequado às necessidades e disponibilidades dos TOC e sempre, garantidamente, atributiva dos créditos exigidos por determinação da mesma Ordem [p. 46]. [...] a Ordem dos TOC é a única entidade formadora, a nível nacional que pode ministrar formação profissional e institucional (de duração inferior a 16h) e sem limitação de conteúdos e a única habilitada a conferir os 12 créditos anualmente exigidos a todos os TOC para o exercício da profissão, sendo ainda a entidade competente para certificar as demais que se proponham entrar no mercado e para aprovar as concretas ações de formação por elas propostas. Assim, no mercado de formação dirigida aos TOC, a Ordem dos TOC tem uma posição dominante, posição essa que se verifica em todo o território nacional” [p. 58 da Sentença].

um Estado-Membro, o Regulamento é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros na aceção dos artigos 81.º do Tratado, pois dificulta o acesso de outros prestadores ao mercado português de formação de TOC, restringindo o exercício da atividade nesta área, sendo certo que não ficou demonstrado que as restrições contidas no Regulamento sejam necessárias para a boa prossecução dos interesses dos TOC ou ao bom exercício da sua profissão [...]”<sup>29</sup><sup>30</sup>.

A OTOC interpôs recurso jurisdicional desta Sentença para o TRL, solicitando que fossem colocadas ao TJUE várias questões prejudiciais sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE ao caso concreto.

### 3. As questões prejudiciais colocadas ao TJUE

O TRL, na sequência do pedido da OTOC, dirigiu ao TJUE as seguintes quatro questões prejudiciais, tal como enunciadas pela OTOC no que respeita às três primeiras, às quais o TRL acrescentou uma quarta questão, como segue:

1.<sup>a</sup> *“Se uma entidade como a OTOC deve ser considerada no seu conjunto, como uma associação de empresas para efeitos da aplicação das normas comunitárias sobre concorrência (mercado da formação)? Nesse caso, há que interpretar o atual artigo 101.º, n.º 2, do TFUE, no sentido de que também está sujeita a essas normas uma entidade que, tal como a OTOC, adota regras vinculativas de aplicação geral e em desenvolvimento de exigências legais, relativas à formação obrigatória dos TOCs, com a finalidade de assegurar aos cidadãos um serviço credível e de qualidade?”*

2.<sup>a</sup> *“Se uma entidade como a OTOC tiver por imposição legal a necessidade de executar um sistema de formação obrigatória para os seus membros, o atual artigo 101.º, do TFUE, pode ser interpretado no sentido de permitir pôr em causa a criação de um sistema de formação legalmente exigido por parte da OTOC e do Regulamento que o materializou, na parte em que se limita a dar tradução estritamente vinculada à exigência legal? Ou, pelo contrário, tal matéria escapa ao âmbito do artigo 101.º, e deve ser apreciada em sede dos atuais artigos 56.º e sgs. do TFUE?”*

3.<sup>a</sup> *“Tendo em conta que no acórdão Wouters, bem como em acórdãos semelhantes, estava em causa a regulamentação com influência na atividade económica dos profissionais membros da ordem profissional em questão, os atuais artigos 101.º e 102.º,*

29 P. 64 da Sentença.

30 Os tribunais nacionais, de primeira e segunda instância, já haviam adotado a orientação de que as regras da concorrência são aplicáveis às decisões das ordens profissionais (Acórdãos do TRL de 5.7.2007, no processo n.º 8638/06-9; de 22.11.2007, no processo n.º 5352/07-9; e de 19.6.2008, no processo n.º 1372/06-9, todos confirmativos do entendimento da primeira instância).

*do TFUE, opõem-se a uma regulamentação em matéria de formação do TOC que não tem influência direta na atividade económica daqueles profissionais?*

*4.ª Se, à luz do direito da concorrência (no mercado da formação) da União, uma Ordem Profissional pode exigir, para o exercício dessa profissão, determinada formação que só ela ministra?”*

O processo de reenvio prejudicial foi remetido ao TJUE, tendo sido apresentadas Observações escritas pela Comissão Europeia, Itália, Polónia e Holanda<sup>31</sup> as quais, em nossa leitura, apontam em sentido concordante com o exposto na Decisão da AdC e na Sentença do TCL. Realizou-se posteriormente audiência oral de julgamento, como acima apontado, tendo o TJUE, subsequentemente, proferido Acórdão.

Antes de expormos a fundamentação do Acórdão, daremos nota de jurisprudência anterior do TJUE no sentido da aplicabilidade das regras de concorrência às ordens e outras associações profissionais dado que, em nossa leitura, as três primeiras Questões Prejudiciais reconduzem-se à questão de saber se a OTOC, enquanto ordem profissional pode ser considerada uma associação de empresas; e em caso afirmativo, se o Regulamento mencionado constitui uma decisão de associação de empresas<sup>32</sup>. Ora, a jurisprudência do TJUE aponta para a resposta afirmativa a estas questões, razão pela qual se poderiam ter considerado questões *claras*, dispensando o respetivo reenvio ao TJUE<sup>33</sup>.

Se se concluir que o Regulamento constitui uma decisão de associação de empresas, caberá saber se restringe a concorrência, atentas as normas nele contidas e não apenas a norma visada na Quarta Questão Prejudicial (reserva à OTOC da formação institucional), motivo pelo qual o enunciado desta Questão nos parece redutor do ilícito imputado. A questão de saber se a aprovação e aplicação do Regulamento configura uma restrição à concorrência pressupõe uma análise mais individualizada do caso; por isso, faremos apenas uma referência muito breve ao critério contido em jurisprudência anterior sobre a justificação de restrições à concorrência.

31 Para além do Ministério Público junto do TRL, da OTOC e do Governo português.

32 Em nossa opinião, estão incluídas na enunciação das Questões Prejudiciais premissas que não podem ser aceites como pressupostos *verificados* sobre os quais deverá ser construído o percurso de análise: por exemplo, as menções de que o Regulamento se limitou a “dar tradução estritamente vinculada à exigência legal” (Segunda Questão Prejudicial) ou de que “não tem influência na atividade económica daqueles profissionais” (Terceira Questão Prejudicial). Ao invés, cabe *verificar* face ao caso concreto, se assim é. Veremos, adiante, de que modo o TJUE abordou estes temas.

33 Não foi esta, no entanto, a perspetiva do TRL.

#### 4. A jurisprudência anterior do TJUE

A aplicação das regras de defesa da concorrência às decisões de associações profissionais já tinha sido estabelecida em vários Acórdãos do TJUE.

No processo Comissão contra Itália<sup>34</sup>, a Comissão Europeia intentou uma ação contra a República Italiana<sup>35</sup> por esta ter adotado e mantido em vigor uma lei que impunha ao Conselho Nacional de Despachantes Alfandegários (identificado como “CNSD”), através da atribuição do correspondente poder de decisão, a adoção de uma decisão de fixação de tabela obrigatória<sup>36</sup> de preços da prestação dos serviços profissionais prestados pelos despachantes alfandegários. A Comissão considerava que a República Italiana tinha violado o artigo 85.º do Tratado, atual artigo 101.º do TFUE. A fiscalização da atividade dos despachantes era exercida por conselhos regionais compostos por estes profissionais, eleitos pelos seus colegas, sendo estes conselhos encabeçados pelo CNSD, entidade de direito público, cujos membros são também eleitos por aqueles profissionais. Sustentava o Governo Italiano que o despachante alfandegário é um trabalhador independente, não podendo considerar-se empresa para efeitos do artigo 85.º do Tratado porque os serviços que presta têm natureza intelectual e porque o exercício dessa profissão exige uma licença, faltando, ainda o elemento organizacional indispensável<sup>37</sup>. Deste modo, segundo o Governo Italiano, o CNSD não poderia constituir uma empresa. O TJUE não acolheu esta posição, começando por considerar os conceitos de atividade económica e de empresa segundo o que o TJUE entendeu ser “jurisprudência constante”: qualquer atividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado constitui uma atividade económica<sup>38</sup>. E o conceito de “empresa” abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento (segundo os Acórdãos Höfner e Elser<sup>39</sup>; Fédération française des

---

34 Acórdão de 18.6.1998, processo C-35/96.

35 Não se tratava, assim, de reenvio de questões prejudiciais.

36 Sob pena de aplicação de sanções disciplinares aos infratores.

37 Definido pelo Governo italiano como a conjugação de elementos pessoais, materiais e incorpóreos afetados, de forma duradoura, ao prosseguimento de um objetivo económico determinado.

38 Seguindo o Acórdão de 16.6.1987, Comissão/Itália, processo C-118/85.

39 Acórdão de 23.4.1991, processo C-41/90.

sociétés d'assurance e outros<sup>40</sup> e Job Centre II<sup>41</sup>). Para o TJUE, a atividade exercida pelos despachantes alfandegários tem natureza económica, uma vez que estes prestam serviços<sup>42</sup> contra remuneração, assumindo os riscos financeiros inerentes a essa atividade<sup>43</sup>, sendo irrelevante que necessitem de uma licença e que a atividade seja intelectual podendo, ademais, ser prosseguida sem a conjugação de elementos materiais, incorpóreos e humanos<sup>44</sup>.

Seguidamente, o TJUE analisou a questão de saber se uma organização profissional como o CNSD se comporta como uma associação de empresas ao impor a mencionada tabela de preços, concluindo o seguinte:

- (i) O estatuto de direito público de um organismo nacional como o CNSD não obsta à aplicação do artigo 101.º do TFUE, que se aplica a acordos entre empresas e a decisões de associações de empresas. Em consequência, o quadro jurídico em que esses acordos são celebrados e em que são tomadas essas decisões, tal como a qualificação jurídica dada a esse quadro pelas diferentes ordens jurídicas nacionais, não relevam para efeitos da aplicabilidade das regras de concorrência, designadamente do artigo 85.º. Este princípio havia sido estabelecido pelo TJUE desde o Acórdão BNIC-Clair<sup>45</sup>;
- (ii) Os membros do CNDS são representantes dos despachantes alfandegários, agindo no interesse exclusivo da profissão, eleitos pelos profissionais e não pelo Estado<sup>46</sup>;

40 Acórdão de 16.11.1995, processo C-244/94.

41 Acórdão de 11.12.1997, processo C-55/96.

42 Consistentes no cumprimento de formalidades aduaneiras e serviços complementares (em matérias monetárias, comerciais e fiscais).

43 Seguindo o Acórdão de 16.12.1975, Suiker Unie e o./Comissão, processos C-40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73.

44 Mais vigoroso ainda, no sentido da qualificação como “empresa” desta atividade, foi o comentário do Advogado-Geral Cosmas no mesmo processo (pronunciando-se quanto àquele argumento do Governo italiano), ao salientar que a realização das atividades dos despachantes oficiais exige claramente um quadro organizacional mínimo, constituído por elementos pessoais, materiais e imateriais afetos ao prosseguimento de um determinado fim, que é a oferta de serviços aos empresários interessados, com finalidade lucrativa.

45 Acórdão de 30.1.1985, processo C-123/83. Este princípio foi seguido no Acórdão Pavlov, de 12.9.2000, processos C-180/98 a C-184/98.

46 Ao Ministro das Finanças italiano competia a supervisão do CNSD mas o TJUE considerou relevante o facto de este não poder intervir na designação dos membros dos conselhos regionais e do CNSD.

- (iii) Não existia nenhuma disposição legal que obrigasse ou influenciasse os membros do CNSD ou dos conselhos regionais a ter em conta critérios de interesse público<sup>47</sup>.

Relativamente à incidência sobre o comércio intracomunitário, o TJUE afirmou<sup>48</sup> que um acordo que se estende a todo o território de um Estado-Membro tem, pela sua própria natureza, por efeito consolidar barreiras de caráter nacional, entretendo, assim, a interpenetração económica pretendida pelo Tratado. E concluiu também que a imposição da tabela de preços infringia o artigo 85.º do Tratado, sendo suscetível de afetar o comércio intracomunitário.

No Acórdão Pavlov<sup>49</sup>, o TJUE deu resposta a várias questões prejudiciais, entre as quais a de saber se deve ser qualificado como empresa, designadamente para efeitos do artigo 85.º do Tratado CE<sup>50</sup> um fundo profissional de pensões, de médicos especialistas, ao qual estavam obrigados, por força da lei ou em conformidade com a lei, a aderir todos os membros dessa profissão. Sendo invocada, por alguns intervenientes no processo, a circunstância do fundo funcionar com base no princípio da solidariedade, o TJUE, analisando no caso em que consistia tal princípio<sup>51</sup>, lembrou a doutrina adotada nos Acórdãos *Fédération française des sociétés d'assurance*<sup>52</sup> e *Albany*<sup>53</sup> concluindo que o fundo constituía uma empresa.

---

47 Encontram-se referências à relevância da existência ou inexistência da definição legal de critérios de interesse público no Acórdão acima referenciado *BNIC/Clair* e nos Acórdãos de 17.11.1993, *Reiff*, processo C-185/91; de 9.6.1994, *Delta Schiffahrts*, processo C-153/93; de 5.10.1995, *Centro Servizi Spediporto*, processo C-96/94.

48 Na esteira dos Acórdãos de 17.10.1972, *Vereeniging van Cementhandelaren/Comissão*, processo C-8/72 e de 11.7.1985, *Remia/Comissão*, processo C-42/84.

49 Acima referenciado.

50 Atual artigo 101.º do TFUE.

51 O princípio da solidariedade manifestava-se, aí, na obrigação de aceitar todos os membros da profissão sem exame médico prévio, pela tomada a cargo do pagamento de quotizações tendo em vista prosseguir a constituição da pensão em caso de invalidez, pelas regras relativas à concessão de direitos retroativos e à indexação do montante das pensões.

52 Acórdão de 16.11.1995, processo C-244/94. Tratando-se nesse processo de um organismo sem fins lucrativos, afirmou o TJUE que nem a prossecução de uma finalidade de caráter social, nem a ausência de fins lucrativos, nem as exigências de solidariedade, nem as outras regras relativas, designadamente, às restrições a que o organismo gestor estava sujeito na realização dos seus investimentos retiravam à atividade exercida pelo organismo gestor a sua natureza económica.

53 Acórdão de 21.9.1999, processo C-67/96, no qual foi considerado que a ausência de fins lucrativos bem como a prossecução do princípio da solidariedade não impede uma organização de ser qualificada como empresa.

É de notar, ainda, que é entendimento do TJUE que uma associação com atividade económica não tem que ter atividade comercial ou económica autónoma relativamente à dos seus membros para estar sujeita ao artigo 101.º, n.º 1, do TFUE<sup>54</sup>.

No Acórdão *Wouters*<sup>55</sup> (referido no enunciado da Terceira Questão Prejudicial colocada no processo OTOC), estava em causa uma regulamentação aprovada pela Ordem dos Advogados holandesa, proibitiva de colaborações integradas multidisciplinares entre sociedades de advogados e revisores oficiais de contas. Neste Acórdão, o TJUE segue a definição estabelecida em jurisprudência anterior de “atividade económica”, referindo-se, designadamente, aos Acórdãos *Comissão/Itália*<sup>56</sup>, e de “empresa” referindo-se ao Acórdão *Pavlov* e jurisprudência anterior. Face a estes conceitos, conclui que os advogados exercem uma atividade económica constituindo, assim, empresas na aceção dos artigos 85.º, 86.º e 90.º do Tratado<sup>57</sup>. A natureza complexa e técnica dos serviços que prestam e a circunstância de o exercício da sua profissão ser regulamentado<sup>58</sup> não são suscetíveis de alterar tal conclusão<sup>59</sup>. O TJUE segue o critério estabelecido em jurisprudência anterior – nomeadamente nos Acórdãos *Fédération française des sociétés d’assurance*<sup>60</sup>, *Poucet e Pistre*<sup>61</sup>,

54 Acórdãos de 8.11.1983, *IAZ International Belgium*, processo C-96/82; de 18.12.2008, *Coop. de France bétail et viande (FNCBV)*, processo C-101/07 P; de 28.3.2001, *Instituto dos Mandatários Reconhecidos pelo Instituto Europeu de Patentes/ Comissão*, processo T-144/99, de 8.11.1983, *IAZ International Belgium*, processo C-96/82.

55 Acórdão de 19.2.2002, processo C-309/99.

56 Acórdãos de 16.6.1987, processo C-18/85 e de 18.6.1998, processo C-35/96, este último acima comentado.

57 É também de acrescentar que em jurisprudência anterior ao Acórdão *Wouters*, o TJUE já havia expressamente indicado que a circunstância de o agente da infração ser uma pessoa singular não o excluía da qualificação de empresa, como por exemplo, no Acórdão de 12.7.1984, *Hydrotherm Gerätebau*, processo C-170/83. No mesmo sentido, o Advogado-Geral nesse processo, *Lenz*, defendeu que a noção de “empresa” deve manifestamente ser interpretada na perspetiva da sua função e aplica-se em consequência igualmente a pessoas singulares se estas exercerem uma atividade própria de uma empresa.

58 O TJUE segue a este respeito o Acórdão *Pavlov*.

59 O TJUE explicitou que os advogados oferecem, contra remuneração, serviços de assistência jurídica e, além disso, assumem os riscos financeiros correspondentes ao exercício das suas atividades, pois em caso de desequilíbrio entre as despesas e as receitas tem de ser o próprio advogado a suportar os défices.

60 Acima referenciado.

61 Acórdão de 17.2.1993, processo C-159/91 e 160/91.

Albany<sup>62</sup> e Fenin<sup>63</sup> –, segundo o qual uma atividade que, pela sua própria natureza, pelas regras a que está sujeita e pelo seu objeto, é estranha à esfera das trocas económicas escapa à aplicação das regras de concorrência do Tratado. Para o TJUE, atendendo à influência da regulamentação no comportamento dos membros da Ordem dos Advogados no mercado dos serviços jurídicos, a regulamentação não é estranha ao domínio das trocas económicas. Quando a Ordem dos Advogados de um Estado-Membro adota uma regulamentação relativa à colaboração entre os advogados e outras profissões liberais, não exerce uma missão social baseada no princípio da solidariedade, nem uma competência típica dos poderes públicos<sup>64</sup>. Surge, antes, como órgão regulador de uma profissão cujo exercício constitui uma atividade económica. No Acórdão Wouters foram considerados relevantes, para o efeito da aplicação do artigo 85.º do Tratado, os seguintes critérios: (i) o facto de os órgãos diretores da Ordem dos Advogados apenas integrarem advogados que só são eleitos pelos membros da profissão<sup>65</sup>; e (ii) o facto de que quando adota atos como a referida regulamentação, a Ordem dos Advogados não está sujeita ao respeito de um determinado número de critérios de interesse público. Por outro lado, reiterando jurisprudência anterior, afirma o TJUE ser irrelevante que a Ordem dos Advogados se reja por um estatuto de direito público: o artigo 85.º do Tratado aplica-se a acordos entre empresas e a decisões de associações de empresas. O quadro jurídico em que os acordos são celebrados e em que são tomadas essas decisões, tal como a qualificação jurídica dada a esse quadro

---

62 Acima referenciado. Conclui-se neste processo que um fundo de pensões, com as características descritas no processo, qualifica-se como “empresa”, não obstante a respetiva finalidade social, a circunstância de não prosseguir o lucro, e as exigências de solidariedade.

63 Acórdão de 11.7.2006, no processo C-205/03 P, no qual foram apresentadas conclusões pelo Advogado-Geral Póiares Maduro, contendo extensa análise crítica sobre a qualificação como “empresa” de entidades que prosseguem atividades sujeitas ao princípio da solidariedade.

64 No sentido de que as regras de concorrência não se aplicam a atividades que se relacionem com o exercício de poderes públicos de autoridade, veja-se, por exemplo, o Acórdão SAT Fluggesellschaft, de 19.1.1994, no processo C-364/92, em que a atividade apreciada consistia no policiamento do espaço aéreo. Como orientação constante do TJUE, a atuação no exercício de poderes públicos de autoridade verifica-se quando a atividade em causa integra funções de interesse geral compreendidas em funções essenciais do Estado.

65 Indica, ainda, o Acórdão Wouters que o facto de o conselho geral da Ordem dos Advogados holandesa estar igualmente encarregado de defender os direitos e interesses dos advogados nessa qualidade não é suscetível de excluir *a priori* essa organização profissional do âmbito de aplicação do artigo 85.º do Tratado, mesmo quando exerça a sua função reguladora do exercício da profissão de advogado. Em sentido idêntico, os Acórdãos BNIC/Clair e Pavlov (acima referenciados), e Centro Servizi Spediporto, de 5.10.1995, processo 96/94. No sentido de sublinhar o critério da inexistência de intervenção de poderes públicos na escolha dos dirigentes da ordem profissional, vejam-se os Acórdãos Comissão/ Itália e Pavlov.

pelas diferentes ordens jurídicas nacionais não relevam para efeitos da aplicabilidade das regras comunitárias da concorrência. Desta forma, o TJUE conclui que essa regulamentação deve ser qualificada como uma decisão tomada por uma associação de empresas (a Ordem dos Advogados Holandesa), na aceção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado<sup>66</sup>.

Saliente-se que para o TJUE (logo desde o Acórdão BNIC-Clair<sup>67</sup>) nem o facto de uma organização profissional ser encarregada pelo Estado de uma missão de serviço público impede a sua qualificação como associação de empresas. Por outro lado, o TJUE já havia proferido diversos arestos dos quais decorre que o estatuto de direito público de uma associação ou ordem profissional não obsta à aplicação do atual artigo 101.º do TFUE, desde que a mesma represente e atue em defesa de interesses particulares. O TJUE toma em consideração o fim prosseguido pela associação ou ordem e ao grau de interferência dos poderes públicos quer na formação dos seus órgãos, quer na tomada das suas decisões. São exemplos desta orientação os Acórdãos Comissão/Itália, acima mencionados, e Pavlov<sup>68</sup>; Bureau National Interprofessionnel du Cognac<sup>69</sup>; Centro Servizi Spedipporto<sup>70</sup>; Consorzio Industrie Fiammiferi<sup>71</sup>, e Arduino<sup>72</sup>.

Como sistematizado no Acórdão Wouters, seguindo a jurisprudência anterior, ou um Estado-Membro, quando atribui competências normativas a uma ordem profissional, (i) tem o cuidado de definir os critérios de interesse geral e os princípios fundamentais a que a regulamentação que esta aprove deve obedecer e de conservar o seu poder de decisão em última instância

---

66 No caso Wouters, o TJUE entendeu que ao proibir a colaboração integrada entre advogados e revisores de contas, a regulamentação em causa, embora estando sujeita à aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, não violava o disposto nesta norma, “dado que foi razoavelmente que esse organismo [a ordem] pôde considerar que a referida regulamentação, apesar dos efeitos restritivos da concorrência que lhe são inerentes, é necessária para o bom exercício da profissão de advogado, tal como se encontra organizada no Estado-Membro em causa”. Em sentido contrário, o advogado geral deste processo, Léger, defendeu que se verificou uma infração àquela norma.

67 Acima referenciado.

68 Acima referenciados.

69 Acórdão de 30.5.1985, processo C-123/83.

70 Acima referenciado.

71 Acórdão de 9.9.2003, processo C-198/01 (seguindo acórdãos de 29.10.1980, Van Landewyck e o./Comissão, C-209/78 a 215/78 e 218/78; de 20.3.1985, Comissão/Itália e de 10.12.1985, Stichting Sigarettenindustrie e outros/Comissão, C-240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 e 269/82).

72 Acórdão de 19.2.2002, proferido no processo C-35/99.

(e, nesse caso, as normas aprovadas pela associação profissional conservam uma natureza estatal, ou seja, são originadas num órgão estatal e escapam às regras do Tratado aplicáveis às empresas); ou (ii) as normas aprovadas pela ordem profissional apenas a esta são imputáveis, o que foi considerado o caso da regulamentação da Ordem dos Advogados holandesa.

Uma vez estabelecida a aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE a decisões de ordens profissionais, cabe apurar se, no caso concreto, as restrições à concorrência (causadas pela decisão da ordem) constituem infração ao artigo 101.º do TFUE. Como regra definida pelo TJUE, só não o serão se decorrerem de um objetivo legítimo e forem razoavelmente necessárias para obter ganhos de eficiência<sup>73</sup>.

Vejamos, de seguida, de que modo os critérios estabelecidos na jurisprudência foram tidos em conta na fundamentação do Acórdão objeto do presente comentário.

## 5. A fundamentação do Acórdão do TJUE no processo OTOC

O TJUE começa por indicar que a interpretação solicitada pelo TRL do artigo 56.º do TFUE não tem relação com o objeto do litígio<sup>74</sup> e sistematiza a respetiva pronúncia em (i) resposta à Primeira e Terceira Questões Prejudiciais, entendendo que estas devem ser examinadas em conjunto e em (ii) resposta à Quarta Questão Prejudicial.

Relativamente à *Primeira e Terceira Questões Prejudiciais*, o TJUE entendeu o seguinte:

O primeiro passo do teste sobre a aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE consiste em determinar se um regulamento como o regulamento controvertido deve ser considerado uma decisão de uma associação de empresas, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE.

Para o efeito, há que examinar se os TOC são empresas na aceção do direito da concorrência da União. Segundo jurisprudência assente, o conceito de “empresa” inclui qualquer entidade que exerça uma atividade económica,

<sup>73</sup> O critério da proporcionalidade e necessidade das medidas surge enunciado, nomeadamente, nos Acórdãos *Wouters* (acima referenciado) e *Meca-Medina* de 30.9.2004, processo C-519/04 P.

<sup>74</sup> A interpretação do artigo 56.º do TFUE, solicitada pela Segunda Questão Prejudicial, bem como do artigo 102.º do TFUE, solicitada pela Terceira Questão Prejudicial, não foram consideradas pertinentes pelo Tribunal, na medida em que o TCL considerou existir uma infração apenas ao artigo 101.º do TFUE e não também ao artigo 102.º do TFUE (como havia sido entendido, diferentemente, pela AdC). Desta forma, em causa nos autos está apenas a interpretação do artigo 101.º, não se entendendo, em nossa opinião, a referência aos artigos 56.º e 102.º do TFUE constantes destas Questões Prejudiciais.

independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do seu modo de financiamento. Resulta de jurisprudência também consolidada, que constitui “atividade económica” qualquer atividade que consista em propor bens ou serviços num dado mercado. Como resulta dos autos do processo, os TOC prestam, mediante remuneração, serviços de contabilidade e assumem, enquanto membros de uma profissão liberal, riscos financeiros inerentes à prestação dos seus serviços<sup>75</sup>. O TJUE conclui a este respeito que os TOC, atendendo à maneira como a sua profissão está regulada em Portugal, exercem uma atividade económica e, portanto, constituem empresas na aceção do artigo 101.º do TFUE, sem que a natureza complexa e técnica dos serviços que prestam e a circunstância de o exercício da sua profissão ser regulamentado sejam suscetíveis de alterar tal conclusão.

O segundo passo do teste consiste em saber se uma ordem profissional como a OTOC deve ser considerada uma associação de empresas na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE quando adota um regulamento como o Regulamento controvertido, e não como uma autoridade pública<sup>76</sup>. Os critérios de análise desta matéria adotados pelo TJUE seguem os da jurisprudência Wouters e jurisprudência anterior, e são os de que uma atividade que, pela sua própria natureza, pelas regras a que está sujeita e pelo seu objeto, (a) é estranha à esfera das trocas económicas, ou (b) está ligada ao exercício de prerrogativas de poder público, escapa à aplicação das regras de concorrência previstas no TFUE.

Quanto à verificação, no caso concreto, do critério indicado em (a)- saber se a atividade em causa é estranha à esfera das trocas económicas -, o TJUE entendeu que uma regulamentação como a adotada pela OTOC não pode ser considerada estranha à esfera das trocas económicas, na medida em que a OTOC propõe, ela própria, ações de formação destinadas aos TOC, sendo que o acesso das restantes entidades formadoras está sujeito às normas do Regulamento. Estas premissas são suficientes para o TJUE retirar a conclusão

---

75 Uma vez que, em caso de desequilíbrio entre as despesas e as receitas, é o próprio contabilista que deve suportar o défice apurado.

76 O Advogado-Geral Póiares Maduro, nas acima referenciadas conclusões ao Acórdão Fenin, salientou resultar da jurisprudência do TJUE que todas as manifestações do exercício da autoridade pública que visem regular o mercado, mas não participar nele, estão excluídas do âmbito de aplicação do direito da concorrência. Ora, em nossa perspetiva, no caso concreto a atividade regulamentar não corresponde a um exercício de autoridade pública, tal como definida pelo TJUE (na acima exposta jurisprudência anterior ao Acórdão aqui comentado) e, mais ainda, a OTOC participa, enquanto entidade formadora, no mercado que ela própria estabeleceu e relativamente ao qual se reservou uma parte importante desse mercado, criando, assim, a sua posição dominante enquanto concorrente das outras entidades formadoras.

de que o Regulamento tem impacto direto nas trocas económicas no mercado da formação obrigatória dos TOC. Acresce que a obrigação dos TOC seguirem a formação segundo as modalidades fixadas pelo Regulamento está estritamente ligada ao exercício da sua atividade profissional, dado que incorrem em sanções disciplinares em caso de incumprimento.

Segundo o TJUE, mesmo admitindo que o Regulamento não tenha influência direta na atividade económica dos TOC, esta circunstância não é, por si só, apta a subtrair uma decisão de associação de empresas ao artigo 101.º do TFUE, se a decisão for suscetível de restringir a concorrência não só no mercado no qual os membros de uma ordem profissional exercem a sua atividade, mas igualmente noutro mercado no qual essa ordem profissional exerce ela própria uma atividade económica.

Quanto à verificação, no caso concreto, do critério enunciado em (b) – saber se quando adota um regulamento como o Regulamento controvertido uma ordem profissional como a OTOC exerce prerrogativas típicas de poder público – o TJUE entendeu que a OTOC não exerce prerrogativas desta natureza, apresentando-se antes como o órgão de regulação de uma profissão cujo exercício constitui uma atividade económica. Esta conclusão foi alicerçada no preenchimento dos seguintes subcritérios de análise:

(b1) Os órgãos dirigentes da OTOC são compostos exclusivamente por membros desta, sem intervenção de autoridades nacionais na respetiva nomeação;

(b2) É indiferente, para a verificação do critério (b) em análise, que a OTOC seja regida por um estatuto de direito público, na medida em que não é relevante, para a aplicação do artigo 101.º do TFUE, a qualificação jurídica que é conferida a uma decisão de associação de empresas pelas diferentes ordens jurídicas nacionais.

(b3) O poder regulamentar de que a OTOC está investida não está sujeito a condições ou critérios estabelecidos legalmente que esta ordem esteja obrigada a observar.

O TJUE realça o acima citado artigo 3.º, n.º 1, do estatuto da OTOC<sup>77</sup> que lhe deixa uma ampla margem de conformação concreta da formação e não lhe confere o direito exclusivo de ministrar ações de formação, nem impõe condições de acesso das outras entidades formadoras ao mercado da formação.

---

77 Sobre a missão de promoção do aperfeiçoamento e formação profissional dos seus membros.

(b4) O Regulamento foi adotado sem a intervenção do Estado. O facto de a OTOC ser legalmente obrigada a instituir um sistema de formação obrigatória não põe em causa esta consideração.

Acrescenta o TJUE, pronunciando-se relativamente a um argumento suscitado pela OTOC, que a circunstância de esta não prosseguir fins lucrativos não obsta a que seja considerada uma empresa, uma vez que a oferta de serviços correspondentes está em concorrência com a de outros operadores que prosseguem fins lucrativos, seguindo aqui o Acórdão Cassa di Risparmio di Firenze e outros<sup>78</sup> e MOTOE<sup>79</sup>.

Desta forma, o TJUE conclui pela seguinte resposta conjunta à Primeira e Terceira Questões Prejudiciais:

*“Um regulamento como o Regulamento da Formação de Créditos, adotado por uma ordem profissional como a Ordem dos TOC, deve ser considerado uma decisão tomada por uma associação de empresas na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE. A circunstância de uma ordem profissional como a Ordem dos TOC ser legalmente obrigada a instituir um sistema de formação destinado aos seus membros não é suscetível de subtrair ao âmbito de aplicação do artigo 101.º do TFUE as normas aprovadas por esta ordem profissional, desde que estas sejam imputáveis exclusivamente a esta última. A circunstância de estas normas não terem uma influência direta na atividade económica dos membros da referida ordem profissional não afeta a aplicação do artigo 101.º do TFUE, uma vez que a infração imputada à mesma ordem profissional diz respeito a um mercado no qual ela própria exerce uma atividade económica”.*

Relativamente à *Quarta Questão Prejudicial*, o TJUE começa por notar que a infração ao artigo 101.º do TFUE não se resume ao facto de exigir aos membros da OTOC uma formação que apenas esta ministra. A infração ao artigo 101.º do TFUE imputada à OTOC consiste na adoção do Regulamento, por força do qual o mercado da formação obrigatória dos TOC foi segmentado de modo artificial reservando um terço deste à própria OTOC e impondo, em relação à outra parte deste mercado, condições discriminatórias, em detrimento dos concorrentes da OTOC.

O TJUE, de seguida, estabeleceu os elementos de interpretação do Direito da União Europeia que permitirão ao TRL apurar, no caso concreto, se a

78 Acórdão de 10.1.2006, processo C-222/04.

79 Acórdão de 1.7.2008, processo C-49/07.

decisão da OTOC é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e se tem por objetivo ou efeito restringir a concorrência no mercado interno.

Indica o TJUE constituir jurisprudência assente que para serem suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros, uma decisão, um acordo ou uma prática devem, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, permitir prever com um grau de probabilidade suficiente se exercem uma influência direta ou indireta, atual ou potencial, nos fluxos de trocas comerciais entre Estados-Membros, de modo a fazer recear que podem obstar à realização de um mercado único entre Estados-Membros. É, ainda, necessário que essa influência não seja insignificante – seguindo o Acórdão *Asnef-Equifax e Administración del Estado*<sup>80</sup>.

Uma vez que se aplica ao conjunto do território do Estado-Membro em questão, o Regulamento é suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros<sup>81</sup>: as condições de acesso ao mercado da formação obrigatória dos TOC impostas pelo Regulamento são suscetíveis de ter uma importância não despreciable na escolha das empresas estabelecidas em Estados-Membros diferentes de Portugal de exercer, ou não, as suas atividades neste último Estado-Membro.

O TJUE, de seguida, passa a verificar se o Regulamento tem por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado interno.

Admitindo que o Regulamento não tenha por objetivo restringir a concorrência, por visar garantir a qualidade dos serviços propostos pelos TOC ao instituir um sistema de formação obrigatória, caberá examinar os seus efeitos na concorrência no mercado interno.

O TJUE realça que o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE não limita tal apreciação apenas aos efeitos atuais, devendo essa apreciação ter igualmente em conta os efeitos potenciais da decisão em causa na concorrência no mercado interno<sup>82</sup>.

Para a aferição dos efeitos, atuais e potenciais, restritivos da concorrência no mercado interno, o órgão de reenvio deve seguir o seguinte raciocínio: em primeiro lugar, ter em conta (a) a estrutura do mercado de formação obrigatória dos TOC; em segundo lugar, (b) as condições de acesso ao mercado pelas entidades formadoras que não a OTOC.

---

80 Acórdão de 23.11.2006, processo C-238/05.

81 Seguindo o Acórdão *Cipolla e outros*, de 5.12.2006, processos C-94/04 e C-202/04.

82 Seguindo o Acórdão *Asnef-Equifax*, acima indicado.

Começando pela análise de (a) – a estrutura do mercado de formação obrigatória dos TOC –, e atendendo a que o Regulamento previu dois tipos de formação, uma dita “institucional” e outra dita “profissional”, cabe examinar os três vetores de distinção efetuada pelo Regulamento entre estes dois tipos de formação, a saber, (i) o seu objeto; (ii) os organismos autorizados a ministrá-la; (iii) a duração; e (iv) a regra que impõe ao TOC a obtenção de um mínimo de 12 créditos de formação institucional por ano, sem exigência semelhante para a formação profissional.

A distinção em função do (i) – objeto – não se justifica, dado que um e outro tipo de formação são, pelo menos em parte, intermutáveis<sup>83</sup> – porque ambas conferem créditos e a formação institucional pode conter conteúdos de formação profissional –, o que cabe ao órgão de reenvio verificar.

A distinção (ii) – em função dos organismos autorizados – evidencia que o Regulamento reserva à OTOC uma parte não despidiada do mercado de formação obrigatória dos TOC, o que resulta das regras, contidas no Regulamento, de designação dos organismos autorizados a ministrar cada um dos dois tipos de formação; da regra de que a formação institucional só pode ser ministrada pela OTOC; e da exigência do número mínimo de créditos que os TOC devem obter em formação institucional.

Quanto à distinção (iii) – a duração dos dois tipos de formação – o Regulamento prevê que a formação institucional tem a duração máxima de 16 horas, ao passo que a duração da formação profissional deve ser superior a 16 horas –, podendo ter como consequência, o que cabe ao órgão de reenvio verificar, que os organismos de formação diferentes da OTOC que queiram propor programas de formação de curta duração estejam impedidos de o fazer, o que é suscetível de provocar distorções de concorrência, afetando o jogo normal da oferta e da procura.

Acresce que deve ser tomada em consideração a regra (iv), segundo a qual o Regulamento impõe aos TOC a obtenção imperativa de um mínimo de 12 créditos de formação institucional por ano, sendo que nenhuma exigência análoga esteja prevista para a formação profissional. Por conseguinte, os TOC podem optar por obter os 23 créditos restantes quer no âmbito da formação profissional, quer no âmbito da formação institucional. Esta circunstância pode

---

83 Esta apreciação, segundo o TJUE, foi feita à luz dos critérios estabelecidos na Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante para efeitos do Direito comunitário da concorrência, JO 1997, C-372.

proporcionar uma vantagem concorrencial às ações de formação ministradas pela OTOC no âmbito da formação institucional, tendo em conta, designadamente, a duração mais curta destas, o que cabe ao órgão de reenvio verificar.

Quanto ao critério (b) – as condições de acesso ao mercado pelas entidades formadoras que não a OTOC – as normas do Regulamento podem não garantir a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos, designadamente pelos seguintes motivos: as outras entidades formadoras que pretendam ministrar formações atributivas de créditos devem inscrever-se previamente na OTOC, a qual pode aceitar ou recusar a inscrição; para além da inscrição, para cada pretendida formação, as outras entidades formadoras devem solicitar à OTOC a respetiva homologação, com a antecedência mínima de 3 meses e disponibilizar informações como o preço e o programa detalhado da formação<sup>84</sup>; a OTOC ministra igualmente ações de formação profissional em concorrência com outros organismos de formação, sendo que a formação profissional ministrada pela OTOC não está sujeita a homologação. O Regulamento impõe requisitos formulados de modo pouco preciso e a OTOC pode pronunciar-se de forma unilateral, sem controlo, sobre os pedidos de inscrição e de homologação das ações de formação. Assim, à semelhança do analisado no Acórdão MOTOE, acima mencionado, ao não sujeitar o poder unilateral da OTOC<sup>85</sup> a limites, obrigações ou controlo, o Regulamento permite à OTOC que esta use o poder de que se auto-investiu para falsear a concorrência, favorecendo ações de formação que ela própria organiza. Ademais, os prazos estipulados no Regulamento para os pedidos das entidades formadoras e para a homologação pela OTOC podem jogar em detrimento dos concorrentes da OTOC, na medida em que este procedimento os impede de oferecer, de imediato, ações de formação de conteúdos com atualidade, ao mesmo tempo que lhes impõe a divulgação sistemática das informações detalhadas relativas a qualquer ação prevista.

Após a apreciação dos mencionados critérios de determinação da existência de efeitos restritivos da concorrência, o TJUE aprecia, no caso concreto, o teste da necessidade e proporcionalidade dos efeitos restritivos da concorrência, seguindo o Acórdão Wouters: trata-se de examinar se os efeitos restritivos que decorrem do Regulamento podem razoavelmente ser considerados

---

84 O requerente deve pagar uma taxa pela inscrição e por cada formação prevista, que revertem a favor da OTOC.

85 De apreciação das inscrições e dos pedidos de homologação das ações de formação.

necessários para garantir a qualidade dos serviços oferecidos pelos TOC e se os referidos efeitos não excedem o que é necessário para assegurar a prossecução deste objetivo.

Os efeitos restritivos da concorrência suscetíveis de decorrer do Regulamento (eliminação da concorrência numa parte substancial do mercado e fixação de condições discriminatórias na outra parte do mercado) parecem não ser necessários para a apontada garantia de qualidade: a eliminação da concorrência no que diz respeito às ações de formação com duração inferior a 16 horas não pode, em nenhum caso, ser considerada necessária para assegurar a qualidade dos serviços oferecidos pelos TOC. Quanto às condições de acesso ao mercado da formação obrigatória de TOC, este objetivo poderia ser alcançado através de um sistema de controlo diverso, com base em critérios claramente definidos, transparentes, não discriminatórios e suscetíveis de garantir às outras entidades formadoras um acesso igual ao mercado relevante. Conclui o TJUE que tais restrições parecem ir além do que é necessário para garantir a qualidade dos serviços oferecidos pelos TOC.

O artigo 101.º, n.º 3<sup>86</sup>, do TFUE (que derroga o regime do artigo 101.º, n.º 1, desde que se verifiquem os requisitos cumulativos aí previstos) não é aplicável, uma vez que o Regulamento é suscetível de dar à OTOC a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos serviços de formação destinados a TOC e que as restrições impostas pelo Regulamento não podem ser consideradas indispensáveis.

Também não é aplicável o artigo 106.º, n.º 2, do TFUE por não resultar nem dos autos nem das Observações, que a formação dos TOC revista interesse económico geral que apresente características específicas em relação ao que revestem outras atividades da vida económica e, mesmo admitindo que fosse esse o caso, não está demonstrado que a aplicação das regras de concorrência seria de molde a pôr em causa o cumprimento dessa missão<sup>87</sup>; de

---

86 Esta norma lê como segue: “As disposições do n.º 1 [do artigo 101.º, acima transcrito em nota de rodapé] podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e – a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.”

87 O TJUE indica, a este respeito o Acordão de 10.12.1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, processo C-179/90.

qualquer modo, as restrições de concorrência teriam de ser necessárias para garantir o cumprimento da missão especial que lhes foi confiada<sup>88</sup>, o que não parece ser o caso.

O TJUE respondeu, assim, à Quarta Questão Prejudicial: *“Um regulamento que institui um sistema de formação obrigatória dos TOC a fim de garantir a qualidade dos serviços prestados por estes, como o Regulamento de Formação de Créditos, adotado por uma ordem profissional como a Ordem dos TOC, constitui uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101.º do TFUE, na medida em que, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, elimine a concorrência numa parte substancial do mercado relevante, em proveito dessa ordem profissional, e imponha na outra parte desse mercado condições discriminatórias em detrimento dos concorrentes da referida ordem profissional”*.

Pelo confronto entre a resposta dada pelo TJUE a esta Questão Prejudicial e o enunciado da Questão – que se referia, apenas, a saber se “uma ordem profissional pode exigir, para o exercício dessa profissão, determinada formação que só ela ministra” – retira-se, em nossa leitura, que o TJUE considerou, e muito bem, que a infração jusconcorrencial em causa não se reduzia ao enunciado desta Questão.

## 6. Conclusão

Quanto aos critérios da aplicação do artigo 101.º do TFUE ao exercício do poder regulamentar de uma ordem profissional, o TJUE adota um percurso de raciocínio totalmente coerente com o Acórdão Wouters e demais jurisprudência mencionada. A fundamentação do Acórdão apresenta um elevado grau de exaustividade na análise da factualidade em preço (esta diversa dos factos em apreço nos Acórdãos mencionados), e da respetiva relevância jusconcorrencial, bem como do respetivo enquadramento legal nacional, constituindo uma importantíssima referência da jurisprudência do TJUE em processos de concorrência aplicados por autoridades nacionais de defesa da concorrência.

---

88 Referenciando, entre outros, o Acórdão de 19.5.1993, Corbeau, C-320/91.

# JURISPRUDÊNCIA GERAL

## JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JANEIRO A MARÇO DE 2013

*elaborado por André Forte*

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa (3.<sup>a</sup> Secção) de 06.02.2013, proferido no âmbito do Processo n.º 350/08.8TYLSB.L2 (reclamações para a conferência).

**Recorrentes:** *Ministério Público, Autoridade da Concorrência e Abbott – Laboratórios, Lda.*

**Sumário:** julga improcedentes as reclamações para a conferência apresentadas pelo Ministério Público, por Laboratórios Abbott, Lda. e pela Autoridade da Concorrência, mantendo e confirmando a decisão sumária proferida em 19.11.2012, que: i) por falta de legitimidade da Autoridade da Concorrência, indeferiu o requerimento apresentado pela mesma ao abrigo do disposto no art. 73.º, n.º 2 do RGIMOS, equivalendo o indeferimento à retirada do recurso nos termos do art. 74.º, n.º 3 do RGIMOS; ii) sendo irrecurável o despacho impugnado, por inadmissibilidade legal, rejeitou os recursos interpostos pelo Ministério Público e por Laboratórios Abbott, Lda. Fixa em 6 Ucs a taxa de justiça devida pela Autoridade da Concorrência e por Laboratórios Abbott, Lda.

**Normas relevantes:** arts. 49.º, 50.º, n.º 1, 51.º e 52.º, n.º 1, da LdC; arts. 33.º, 59.º, 63.º, 64.º, 73.º, 74.º e 75.º do RGIMOS; art. 400.º, n.º 1, alínea f) do CPP; arts. 3.º, n.º 3, 493.º, 496.º, 672.º, n.º 1 e 679.º do CPC; arts. 2.º, 18.º, 20.º, n.º 1, 32.º, n.ºs 1 e 10, 268.º, n.º 4 e 282.º, n.º 3, da CRP; art. 6.º da CEDH.



## JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO – JANEIRO A MARÇO DE 2013

*elaborado por José Renato Gonçalves*

### VALORES MOBILIÁRIOS

**Sentença** do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 2.º Juízo, 2.ª Secção, de 18 de janeiro de 2013, proferida em processo de impugnação judicial da decisão da CMVM nos autos de contraordenação n.º 42/2008, em que é negado provimento ao recurso apresentado pelos arguidos e confirmada a decisão que condenara os arguidos ao pagamento de coimas de valores entre os 75 mil e um milhão de euros, pela violação, entre 2004 e 2007, enquanto membros do conselho de administração ou de outros órgãos de direção do Banco Comercial Português (BCP), em relação, designadamente, às *off-shore* Cayman e Góis Ferreira, do dever de divulgação de informação completa, verdadeira e lícita, factos previstos e punidos pelo artigo 7.º do Código dos Valores Mobiliários (CVM).

**Arguidos:** Alípio Dias, António Henriques, António Rodrigues, Christopher Beck, Filipe Pinhal, Jorge Gonçalves, Luís Gomes, Miguel Duarte e Paulo Pinto.

**Tipo de ilícito:** violação do dever de difusão de informação completa, verdadeira e lícita.

**Decisão:** a acusação foi julgada procedente, porque provada, e a impugnação improcedente, tendo os arguidos sido condenados ao pagamento de coimas cujos valores individuais variam entre os 75 mil e um milhão de euros, bem assim em sanções acessórias (interdição temporária do exercício de profissão ou atividade e inibição temporária do exercício de funções de administração, direção, chefia ou fiscalização e, em geral, de representação de quaisquer

intermediários financeiros no âmbito de alguma ou de todas as atividades de intermediação em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros).

**Normas relevantes:** entre outros, os arts. 7.º, 389.º, n.º 1, al. *a*), 404.º, n.º 1, als. *b*) e *c*), e 408.º, n.º 1, do CVM, os arts. 64.º, 65.º, 406.º e 441.º do Código das Sociedades Comerciais, o art. 10.º do Código Penal *ex-vi* art. 32.º do RGCO e o art. 16.º, n.º 3, deste último diploma.

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção (criminal), de 17 de fevereiro de 2013, proferido no âmbito do Processo n.º 575/10.6TFLSB, do 2.º Juízo, 2.ª Secção, do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, no qual fora apreciado o recurso interposto pela arguida EDP - Energias de Portugal, S. A., da decisão da CMVM que lhe aplicara uma coima de 100 mil euros, tendo, por sentença de 31 de julho de 2012, sido decidido dar provimento ao recurso e absolver a arguida da prática da contraordenação por que vinha acusada, prevista e punida pelos arts. 248.º, n.º 1, al. *a*), e 394.º, n.º 1, al. *i*) do CVM. Inconformados com a decisão, o Ministério Público e a CMVM apresentaram recurso. O Tribunal da Relação, no seu acórdão, determinou a modificação da matéria de facto e revogou a sentença recorrida, mantendo a condenação da arguida.

**Arguida/recorrida:** EDP – Energias de Portugal, S. A.

**Recorrentes:** Ministério Público e CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários).

**Tipo de ilícito:** violação do dever de divulgação imediata de informação privilegiada relativa a emitente, previsto e punido no art. 248.º, n.º 1, al. *a*).

**Normas relevantes:** artigos 248.º, n.º 1, al. *a*), 248.º-A, 394.º, n.º 1, al. *i*), e 388.º, n.º 1, al. *a*), do CVM.

## JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – DE JANEIRO A MARÇO DE 2013

*elaborado por Fernando Pereira Ricardo*

### **Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.03.2013, proferido no âmbito do Processo C-276/11 P.

Partes: *Viega GmbH & Co. KG/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.03.2013, proferido no âmbito do Processo C-32/11 (a título prejudicial).

Partes: *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e o./Gazdasági Versenyhivatal.*

Acórdão do Tribunal Geral de 14.03.2013, proferido no âmbito do Processo T-588/08.

Partes: *Dole Food Company, Inc. e o./Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 14.03.2013, proferido no âmbito do Processo T-587/08.

Partes: *Fresh Del Monte Produce, Inc./Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28.02.2013, proferido no âmbito do Processo C-1/12 (a título prejudicial).

Partes: *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas/Autoridade da Concorrência.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 07.02.2013, proferido no âmbito do Processo C-68/12 (a título prejudicial).

Partes: *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky/Slovenská športiteľňa a.s.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.01.2013, proferido no âmbito do Processo C-286/11 P.

Partes: Comissão/*Tomkins plc.*

### **Auxílios de Estado**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.03.2013, proferido no âmbito do Processo C-129/12 (a título prejudicial).

Partes: *Magdeburger Mühlenwerke GmbH/Finanzamt Magdeburg.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.03.2013, proferido no âmbito do Processo C-613/11.

Partes: Comissão/Itália.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.03.2013, proferido no âmbito do Processo C-405/11 P.

Partes: Comissão/*Buczek Automotive sp. z o.o..*

Acórdão do Tribunal Geral de 20.03.2013, proferido no âmbito do Processo T-489/11.

Partes: *Rousse Industry AD/Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 20.03.2013, proferido no âmbito do Processo T-92/11.

Partes: *Jørgen Andersen/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.03.2013, proferido no âmbito dos Processos C-399/10 P e C-401/10 P.

Partes: *Bouygues SA e o./Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28.02.2013, proferido no âmbito do Processo C-246/12 P.

Partes: *Ellinika Nafpigeia AE/Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 27.02.2013, proferido no âmbito do Processo T-387/11.

Partes: *Nitrogénművek Vegyipari Zrt./Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24.01.2013, proferido no âmbito do Processo C-646/11 P.

Partes: *Falles Fagligt Forbund (3F)*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24.01.2013, proferido no âmbito do Processo C-73/11 P.

Partes: *Frucona Košice a.s.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24.01.2013, proferido no âmbito do Processo C-529/09.

Partes: Comissão/Espanha.

Acórdão do Tribunal Geral de 22.01.2013, proferido no âmbito do Processo T-308/00 RENV.

Partes: *Salzgitter AG*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15.01.2013, proferido no âmbito do Processo T-182/10.

Partes: *Associazione italiana delle società concessionarie per la costruzione e l'esercizio di autostrade e trafori stradali (Aiscat)*/Comissão.



C&R

BIBLIOGRAFIA

*Recensão*

*Novidades Bibliográficas*



# RECENSÃO

**Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio** (coords.), *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013

*elaborado por Cristina Camacho*

Na proximidade de se assinalar o primeiro ano de vigência da nova Lei da Concorrência, foi publicada a primeira obra de comentário ao diploma com coordenação de Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio.

## **Os Autores**

A obra reúne os comentários de quase 60 autores, que incluem especialistas não só da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC) mas também de outras Universidades portuguesas e estrangeiras. Além de juristas, contam-se também autores com formação em economia e em política de concorrência. A diversidade das formações dos autores espelha o caráter multidisciplinar do direito da concorrência, como é aliás salientado na nota de apresentação da obra.

Os coordenadores da obra são todos licenciados e com estudos pós-graduados pela FDUC, sendo especialistas de renome em direito da concorrência, com uma vasta obra publicada. A extensão dos seus *curricula* permite-nos apenas deixar aqui breves referências.

Manuel Lopes Porto é Professor Catedrático da FDUC, atualmente na Universidade Lusíada. José Luís da Cruz Vilaça é advogado e jurisconsulto e, desde outubro de 2012, juiz no Tribunal de Justiça. Carolina Cunha é Professora Auxiliar na FDUC, tendo sido Vogal do Conselho da Concorrência. Miguel Gorjão-Henriques é Assistente e doutorando na FDUC e Advogado Especialista em Direito Europeu e da Concorrência. Foi membro da Comissão

de Revisão para a apreciação da consulta pública ao Projeto de Lei da Concorrência, em 2011. Gonçalo Anastácio é Advogado Especialista em Direito Europeu e da Concorrência e docente em cursos de pós-graduação.

### **Sinopse da Obra e Comentário**

A obra “Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense” reúne anotações a todos os artigos da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. Os comentários incidem também sobre os diferentes números de cada artigo separadamente sempre que pertinente. A estrutura dos comentários é semelhante para todos os artigos, incluindo uma secção para referências, seguida da anotação. As referências explicitam a correspondência aos artigos da Lei da concorrência anterior (a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho) ou de normas jurídicas relacionadas do diploma ou de outros conexos, bem como a bibliografia mais relevante. Nalguns artigos é também referida a jurisprudência principal, sendo que esta, em todo o caso, é frequentemente referida no texto das anotações.

Na apresentação da obra, os coordenadores traçam uma breve descrição da evolução da legislação da concorrência em Portugal, desde a Lei n.º 1/72 ao presente, debruçando-se igualmente sobre o contexto em que surge a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio. Além disso, fazem um balanço sobre o desenvolvimento em Portugal da comunidade jurídica cultora do direito da concorrência, que tem conhecido um crescimento mais acentuado desde a reforma legislativa e institucional de 2003, ano em que foi criada a Autoridade da Concorrência (AdC). A obra “Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense” é espelho da importância crescente desta área do Direito em Portugal. Um resumo da evolução das leis da concorrência em Portugal consta também da anotação de José Luís da Cruz Vilaça e José Luís Caramelo Gomes ao artigo 1.º da Lei 19/2012.

A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, entrou em vigor há pouco mais de um ano, em 7 de julho de 2013. Resulta do processo de implementação do Memorando de Entendimento (MoU) entre Portugal e CE/BCE/FMI de maio de 2011, sem prejuízo de iniciativas e projetos anteriores da Autoridade da Concorrência.

No MoU de maio de 2011, constavam medidas sobre concorrência, contratos públicos e ambiente empresarial com o objetivo de *“assegurar condições concorrenciais equitativas e minimizar comportamentos abusivos de procura de rendimentos (rent-seeking behaviours), reforçando a concorrência e os reguladores sectoriais; eliminar os direitos especiais do Estado em empresas privadas (golden shares); reduzir a carga administrativa das empresas; garantir processos de contratação*

*pública justos; melhorar a eficácia dos instrumentos existentes relativos à promoção das exportações e ao acesso a financiamento e apoiar a reafecção de recursos face ao sector transaccionável*<sup>1</sup>. A medida 7.20 do MoU estipulava a revisão da Lei da Concorrência com dois parâmetros de referência: (i) autonomização do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e (ii) harmonização com o enquadramento legal da concorrência da União Europeia. O MoU detalhava, adicionalmente, alguns aspetos que deveriam guiar a reforma legislativa, incidindo sobre a relação com o direito processual subsidiariamente aplicável, a consagração do princípio da oportunidade no plano contraordenacional, convergência entre a legislação nacional e europeia sobre controlo de operações de concentração e promoção da equidade e eficiência no controlo jurisdicional.

A par da reforma da lei da concorrência, o MoU estabelecia medidas sobre o Tribunal de recurso em primeira instância e a AdC. Sobre aquele, o MoU previa o estabelecimento de um tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial, que se encontra já em funcionamento: o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão. Sobre a AdC, o MoU refere que devem ser assegurados os *“meios financeiros suficientes e estáveis para garantir o seu funcionamento eficaz e sustentável”*. Trata-se do reconhecimento que a mera alteração da legislação vigente não assegura, por si só, o bom funcionamento dos mercados se não existirem instituições judiciais e administrativas independentes e dotadas dos recursos necessários para uma tutela pública eficaz do direito da concorrência.

A Lei n.º 19/2012 resulta, assim, da implementação da medida do MoU referida, tendo o processo legislativo envolvido diferentes intervenientes. Com efeito, a AdC submeteu um projeto ao Governo em julho de 2012, a que se seguiu um período de consulta pública. Para avaliação dos contributos recebidos no período de consulta pública, foi instituída uma Comissão de Revisão. No início de 2012, foi apresentada à Assembleia da República a proposta de lei n.º 45/XII, sendo que a Lei viria a ser aprovada em março de 2012.

A Lei n.º 19/2012 é, pois, o resultado da reflexão e debate de diversos intervenientes, incluindo a AdC, a comunidade jurídica e empresarial.

Em consonância com as diretrizes traçadas no MoU, a Lei n.º 19/2012 incorpora um esforço de convergência com o direito europeu, quer no plano substantivo, quer processual. Além disso, procura colmatar dificuldades de interpretação que a Lei anterior suscitava e codificar alguns desenvolvimen-

---

1 Disponível em [http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou\\_pt\\_20110517.pdf](http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf).

tos jurisprudenciais resultantes da aplicação da Lei n.º 18/2003. No plano formal, a Lei opera uma alteração na sistemática da Lei anterior, agrupando em capítulos autónomos aspetos substantivos e processuais sobre práticas restritivas da concorrência, controlo de operações de concentração e estudos, inspeções e auditorias. Ademais, a atual lei da concorrência passa a incluir o regime jurídico aplicável à dispensa e redução da coima, denominado vulgarmente por “programa de clemência”, que era anteriormente objeto de diploma legal autónomo.

A Lei n.º 19/2012 introduz um número importante de alterações no regime jurídico da concorrência, sendo que a convergência com o direito europeu é sobretudo visível no plano sancionatório e de controlo das operações de concentração.

No âmbito contraordenacional, é de assinalar a introdução ou clarificação de mecanismos processuais, como é o caso do arquivamento com imposição de condições (artigos 23.º e 28.º anotados por Miguel Moura e Silva) ou do procedimento de transação (artigo 27.º anotado por Gonçalo Anastácio e de Diana Alfafar). No que respeita aos poderes de investigação é clarificada a possibilidade de realização de buscas e apreensões em meio informático e buscas domiciliárias (artigos 18.º e 19.º, ambos com anotação de José Lobo Moutinho e Pedro Duro).

Ainda no âmbito contraordenacional é consagrado o princípio da oportunidade no artigo 7.º da Lei n.º 19/2012, com anotação de José Luís da Cruz Vilaça e de Maria João Melícias. José Luís da Cruz Vilaça era Presidente do então Tribunal de Primeira Instância quando foi proferido o famoso Acórdão *Automec* que aborda a questão do princípio da oportunidade<sup>2</sup>.

No âmbito do controlo de operações de concentração de empresas, é introduzido o teste SIEC na apreciação das operações, sendo autorizadas as operações que não sejam suscetíveis de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, em particular se os entraves resultarem da criação ou reforço de uma posição dominante (artigo 41.º, n.º 3, anotado por Pedro Pita Barros).

Ainda com o objetivo de alcançar uma maior convergência com o direito da União Europeia, foi revisto o “programa de clemência” nacional, que se encontra agora dotado de maior previsibilidade e segurança jurídica para as

---

<sup>2</sup> Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18.09.1992, *Automec/Comissão*, T-24/90, Col. 1992, p. II-2223.

empresas que colaboram com a AdC na deteção de cartéis. O novo “programa de clemência” encontra-se ainda em linha com o *Model Leniency Program* da Rede Europeia de Concorrência (Rede ECN) e contém algumas inovações, como é o caso dos pedidos sob forma oral e regras de acesso aos documentos, que visam articular o regime de clemência com as ações de indemnização civil por danos causados por infrações jusconcorrenciais (“*private enforcement*”), previstos no artigo 81.º, anotado por Luís Miguel Pais Antunes.

A Lei n.º 19/2012 contém ainda algumas inovações a nível dos recursos de impugnação das decisões da AdC. Uma das alterações mais significativas prende-se com a ampliação da jurisdição do tribunal de primeira instância, que deixa de estar restringida pelo princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”. O Tribunal pode, assim, aumentar as coimas ou sanções pecuniárias compulsórias impostas pela AdC (artigo 88.º, anotado por José Lobo Moutinho e Pedro Garcia Marques). A previsão como regra geral do efeito meramente devolutivo dos recursos é outra novidade (artigo 84.º, com anotação de José Luís da Cruz Vilaça e Maria João Melícias).

Além disso, é de salientar que estão previstas regras que visam reforçar a transparência da atuação da AdC e a certeza jurídica das empresas. Um aspeto muito relevante que é, aliás, assinalado na apresentação da obra. Este conjunto de regras inclui a publicação das decisões da AdC e das decisões judiciais (artigo 90.º, anotado por Eduardo Lopes Rodrigues). Os deveres de publicidade e transparência encontram concretização no domínio sancionatório (artigo 32.º, anotado por José Lobo Moutinho e Henrique Salinas), dos estudos (artigo 61.º, com anotação de João Eduardo Gata) e das recomendações sobre auxílios de Estado (artigo 65.º, anotado por Manuel Lopes Porto, João Nogueira de Almeida e Ana Rita Andrade), entre outros.

Por outro lado, a Lei determina a aprovação pela AdC de um conjunto de linhas de orientação sobre diversificados aspetos, tais como as linhas de orientação sobre a investigação e tramitação dos processos de contraordenação (artigo 25.º, comentado por Miguel Gorjão-Henriques e Carla Farinhas) e as linhas de orientação sobre as coimas (artigo 69.º, anotado por Jorge Figueiredo Dias e Flávia Loureiro). Em cumprimento das previsões legais, foram publicadas pela AdC, em 2012 e 2013, as linhas de orientação referidas, bem como orientações sobre controlo de operações de concentração de empresas<sup>3</sup>.

---

3 Documentos disponíveis em [www.concorrenca.pt](http://www.concorrenca.pt).

A Lei n.º 19/2012 comporta, assim, importantes novidades, introduzindo no ordenamento jurídico nacional soluções normativas fortemente inspiradas pelo direito da União Europeia. A convergência entre a lei nacional e europeia convida a um acompanhamento mais atento da evolução da política de concorrência e jurisprudência europeias mesmo em casos puramente nacionais. Todavia, as decisões da AdC e sentenças judiciais proferidas ao abrigo da nova Lei são ainda insuficientes para desvelar se a nova Lei implicará uma continuidade ou rutura face às práticas decisórias anteriores. A obra “Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense” constitui um contributo muito relevante para a exegese da nova legislação, que será certamente aprofundada com o confronto com as vicissitudes da sua aplicação prática.

# NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

## – janeiro a março de 2013

*elaborado por Catarina Anastácio*

### CONCORRÊNCIA – NACIONAL

MANUEL LOPES PORTO/JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA/CAROLINA CUNHA/  
MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/ GONÇALO ANASTÁCIO (coords.) – *Lei da  
Concorrência – Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013.

NUNO CALAIM LOURENÇO – *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estrat-  
égias de Projeção de Poder de Mercado*, Coimbra: Almedina, 2013.

### CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

ABBE E.L. BROWN – *Intellectual Property, Human Rights and Competition:  
Access to Essential Innovation and Technology*, Cheltenham/Northampton:  
Edward Elgar Publishing, 2013.

ANDREW MACNAB – *Bellamy and Child: Materials on European Union Law of  
Competition: 2013 Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

ARIEL EZRACHI – *Research Handbook on International Competition Law*, Chel-  
tenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.

BARRY E. HAWK (ed.) – *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law  
Institute: Index and Table of Cases 1981-2010*, Huntington: Juris Publishing,  
2013.

BARRY E. HAWK (ed.) – *International Antitrust Law & Policy: Fordham  
Competition Law 2012*, Huntington: Juris Publishing, 2013.

CHRISTIAN A. MELISCHEK – *The Relevant Market in International Economic  
Law: A Comparative Antitrust and GATT Analysis*, Cambridge: Cambridge  
University Press, 2013.

CSONGOR ISTVÁN NAGY – *EU and US Competition Law: Divided in Unity?*,  
Ashgate Publishing, 2013.

DANIEL A. CRANE/HERBERT HOVENKAMP (eds.) – *The Making of Competition  
Policy – Legal and Economic Sources*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

DAVID LEWIS – *Enforcing Competition Rules In South Africa – Thieves at the  
Dinner Table*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.

ELEANOR M. FOX/MICHAEL J. TREBILCOCK – *The Design of Competition Law Ins-  
titutions: Global Norms, Local Choices*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

- ERIKA SZYSZCZAK – *Research Handbook on European State Aid Law*, reprint ed., Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.
- FRANCESCO DE CECCO – *State Aid and the European Economic Constitution*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013.
- HOWARD LANGER/ROGER BLANPAIN/MICHELE COLUCCI (eds.) – *Competition Law of the United States*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2013.
- JIM BURKE/UNITED STATES FEDERAL RESERVE BOARD – *Finance and Economics Discussion Series: Divestiture as an Antitrust Remedy in Bank Mergers*, BiblioGov, 2013.
- MANFRED NEUMANN/JÜRGEN WEIGAND – *The International Handbook Of Competition – Second Edition*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.
- MARILENA FILIPPELLI – *Collective Dominance And Collusion – Parallelism in EU and US Competition Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.
- MARK FURSE – *The Criminal Law of Competition in the Uk and in the Us: Failure and Success*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.
- PHILIP LOWE/MEL MARQUIS (eds.) – *European Competition Law Annual 2010 – Merger Control in European and Global Perspective*, Oxford/Portland; Hart Publishing, 2013.
- SIMON VANDE WALLE – *Private Antitrust Litigation in the European Union and Japan – A Comparative Perspective*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu Publishers, 2013.
- STEFAN E. WEISHAAR – *Cartels, Competition And Public Procurement – Law and Economics Approaches to Bid Rigging*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.
- STEVEN J. PILLOFF/UNITED STATES FEDERAL RESERVE BOARD – *Finance and Economics Discussion Series: What’s Happened at Divested Bank Offices? An Empirical Analysis of Antitrust Divestitures in Bank Mergers*, BiblioGov, 2013.
- STEVEN TRUXAL – *Competition and Regulation in the Airline Industry: Puppets in Chaos* London: Routledge, 2013.
- VIVIEN ROSE/DAVID BAILEY (eds.) – *Bellamy and Child: European Union Law of Competition: 2013 Pack*, 7.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2013.

## REGULAÇÃO – NACIONAL

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – *Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina, 2013.

C&R

ATUALIDADES



# ATUALIDADES

*elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral*

## EVENTOS E CONFERÊNCIAS

### *Realizados*

#### AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

##### **Seminário “LIBOR, Euribor, TIBOR and Other Financial Benchmarks: Detection, Antitrust and Reform”**

*Lisboa (AdC), 20 de Junho de 2013*

A Professora Doutora Rosa Abrantes Metz, Principal, Global Economics Group e Adjunct Associate Professor, Stern School of Business, NYU, USA, proferiu um Seminário nas instalações da AdC, no passado dia 20 de junho de 2013, dedicado ao tema “LIBOR, Euribor, TIBOR and Other Financial Benchmarks: Detection, Antitrust and Reform”.

No Seminário foi abordada a temática das taxas de referência no sector financeiro, como a LIBOR, Euribor e a TIBOR, e a importância da forma como foram constituídas. A autora considera que a forma como as taxas de referência são desenhadas constitui um incentivo à colusão. Esta apresentação situa-se no contexto de recentes investigações de colusão e manipulação da LIBOR norte-americana em 2008, detetada através de análises empíricas, e que foram seguidas de investigações similares sobre a Euribor e TIBOR. No Seminário foram igualmente discutidas as ações da CFTC e da FSA através da IOSCO para reformar as taxas de referência no sector financeiro.

Mais informação disponível em:

<http://www.concorrenca.pt>

**INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA  
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (IDEFF)**

**Conferência “União Bancária Europeia: Onde estamos?”**

*18 de abril de 2013*

Promovido pelo CIRSF – Centro de Investigação em Regulação e Supervisão do Setor Financeiro, no âmbito do Ciclo Anual de Seminários e Workshops Internacionais em matéria de regulação financeira. O orador convidado foi o Professor René Smits (Professor da Universidade de Amesterdão (UVA)).

**Conferência “Perspetivas Atuais e Futuras de Sistemas de ADR/Alternative Dispute Resolution (Sistemas Alternativos de Resolução de Litígios) na Área dos Serviços Financeiros”**

*27 de maio de 2013*

Promovido pelo CIRSF – Centro de Investigação em Regulação e Supervisão do Setor Financeiro, no âmbito do Ciclo Anual de Seminários e Workshops Internacionais em matéria de regulação financeira. O orador convidado foi o Professor Christopher Hodges.

**Seminário Internacional “Litígios concorrenciais e a proteção dos consumidores: uma análise comparativa da UE, com ênfase em Portugal e no Reino Unido (‘private enforcement of competition law’)”**

*3 de junho de 2013*

Contou com as intervenções dos Professores Luís Morais (Faculdade de Direito de Lisboa – FDL, IDEFF e Instituto Europeu da FDL), Leonor Rossi (Faculdade de Economia e Gestão da Universidade Nova de Lisboa), Barry Rodger (da Faculdade de Direito da Universidade de Strathclyde) e Miguel Sousa Ferro (da FDL), tendo ainda sido apresentados os resultados de um projeto de investigação europeu, coordenado pelo Professor Luís Morais, que identificou os precedentes do chamado “private enforcement” do direito da concorrência, nos 27 Estados membros.

**Conferência Anual de Verão do CIRSF, intitulada “Atuais Desafios da Regulação e Supervisão do Sector Financeiro – Os principais pilares da união bancária europeia e o processo em curso de reforço da estabilidade financeira a nível macro prudencial (banca e seguros)”**

*28 de junho de 2013*

Auditório do Banco de Portugal em Lisboa.

A intervenção de abertura coube ao Vice-Governador do Banco de Portugal (BP), Prof. Doutor Pedro Duarte Neves. O primeiro Painel, subordinado ao tema “A Recapitalização da Banca no Plano Internacional – A Perspetiva Norte-Americana e da União Europeia”, contou com as intervenções dos seguintes oradores: Dr. Garry Schinasi (Especialista em Estabilidade Financeira – Ex-Consultor do FMI) e Prof. Doutor Harald Benink (Universidade de Tilburg e Universidade Erasmus de Roterdão /Presidente do “European Shadow Financial Regulatory Committee – ESFRC”). O segundo Painel, sob o tema “A União Bancária e o Reforço da Estabilidade Financeira”, teve, como oradores, o Dr. Michael Taylor (“Financial Stability Board” – Basileia) e o Prof. Doutor René Smits (Universidade de Amsterdão/UVA). A intervenção de encerramento coube ao Governador do BP, Dr. Carlos Costa.

*A realizar*

*Internacionais*

**IBC Legal’s Competition Law Challenges in the Retail Sector 2013**

*Bruxelas, 9 de outubro de 2013*

A *IBC Legal* organiza esta conferência que visa o debate de questões jusconcorrenciais respeitantes ao setor da distribuição, incluindo casos concretos recentes europeus e a interação com a proteção do consumidor, entre outros temas.

Mais informação disponível em:

<http://www.ibclegal.com/event/Competition-Law-Challenges-in-Retail-Sector-Conference>.

### **IBC Legal's Competition Law Compliance**

*Bruxelas, 10 de outubro de 2013*

Direcionada sobretudo para advogados internos das empresas, esta Conferência da IBC Legal fornece uma panorâmica sobre a jurisprudência recente, bem como sobre as relações entre a Comissão Europeia e os Estados Membros. A organização e implementação de programas de “*compliance*” também serão abordadas.

Mais informação disponível em:

<http://www.ibclegal.com/event/competition-compliance-for-in-house-counsel-sector-conference>.

### **GCR Live 5th Annual Competition Litigation**

*Londres, 16 de outubro de 2013*

Organizada pela Global Competition Review, a Conferência será dedicada à temática das ações de indemnização civil por danos causados por infrações às regras da concorrência, com particular incidência nas reformas em curso na União Europeia e no Reino Unido.

Mais informação disponível em:

<http://globalcompetitionreview.com/events/1571/gcr-live-5th-annual-competition-litigation/>.

### **ECMI Annual Conference 2013**

*Bruxelas, 17 de outubro de 2013*

A Conferência anual do European Capital Markets Institute é dedicada às diferentes aceções de concorrência nos mercados financeiros, incluindo sessões sobre a concorrência entre Estados Membros (concorrência e federalismo na zona euro), concorrência entre operadores do mercado financeiro e concorrência por fontes de financiamento e o papel dos mercados de capitais.

Mais informação disponível em:

<http://www.eurocapitalmarkets.org/2013AC>.

### **GCR Live 5th Annual Brussels: The conference about the bigger picture**

*Bruxelas, 12 e 13 de novembro de 2013*

Em dois dias, a Conferência da Global Competition Review pretende passar em revista os principais desenvolvimentos na política de concorrência do último ano, abordando temas como controlo de concentrações, propriedade

industrial, serviços financeiros e o desenho institucional das autoridades da concorrência.

Mais informação disponível em:

<http://globalcompetitionreview.com/events/1573/gcr-live-5th-annual-brussels-conference-bigger-picture/>.

### **IBC Legal 22nd annual Advanced EU Competition Law forum**

*Bruxelas, 26 e 27 de novembro de 2013*

A IBC Legal promove mais uma edição desta conferência anual, na qual é feita uma atualização da prática decisória europeia sobre práticas restritivas da concorrência, controlo de operações de concentração de empresas e auxílios de Estado.

Mais informação disponível em:

<http://www.ibclegal.com/event/advanced-eu-competition-law-conference-brussels>.

### **Autumn Conference on European State Aid Law 2013**

*Estocolmo, 28 e 29 de novembro de 2013*

Organizado pela Lexxion em parceria com a Universidade de Estocolmo, a conferência compreende um workshop sobre auxílios de estado regionais e SIEG e privatização, bem como painéis sobre os assuntos mais atuais no domínio dos auxílios de estado.

Mais informação disponível em:

<http://www.lexxion.de/en/verlagsprogramm-konferenzen/anstehende-konferenzen/autumn-conference-on-european-state-aid-law-2013.html>.



## NOTAS CURRICULARES

### **ANDRÉ PARALTA AREIAS**

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2009), onde obteve o grau de Mestre em Direito (2012). Advogado Estagiário na Raposo Bernardo & Associados (2010–2011). Atualmente encontra-se na KPMG & Associados – Sociedade de Revisores Oficiais de Contas, S.A., onde desempenha as funções de consultor fiscal no departamento de impostos indiretos.

*André Paralta Areias is graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2009), where he also concluded his Master in Law (2012). He was a trainee Lawyer at Raposo Bernardo & Associados (2010 – 2011). He is currently working at KPMG & Associados – Sociedade de Revisores Oficiais de Contas, S.A., as tax consultant in the indirect tax department.*

### **BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ**

Bernardo Feijoo Sánchez é consultor na Molins & Silva Defensa Penal (Espanha) e Professor de Direito Penal (Regente de Direito Penal na Universidade Autónoma de Madrid). Bolseiro do Max-Planck-Institut (Freiburg, 1991, 1992), DAAD (Bonn, 1993-94) e Alexander von Humboldt Foundation (Bonn, 2001-2003, Freiburg, 2010). Tem publicadas diversas obras e artigos nos domínios dos crimes de colarinho branco e de negócios.

*Bernardo Feijoo Sánchez is Of-Counsel at Molins & Silva Defensa Penal (Spain) and Professor of Criminal Law (Chair for Criminal Law at the University Autonoma of Madrid). Scholarships from Max-Planck-Institut (Freiburg, 1991, 1992), DAAD (Bonn 1993-94) and Alexander von Humboldt Foundation (Bonn, 2001-2003, Freiburg, 2010). He has published several books and articles in the field of white-collar and business crime.*

### **CRISTINA CAMACHO**

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2001, onde também concluiu o Mestrado em Direito em 2008. Titular do Diploma de Especialização em Política da Concorrência pelo Instituto

Nacional de Administração (2004). Advogada (com inscrição suspensa). Desde 2004, é jurista na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Práticas Restritivas (2004-2008) e no Gabinete de Relações Internacionais (desde 2008).

*Cristina Camacho is graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2001), where she also concluded her LL.M in Law in 2008. She holds a Diploma of Specialization in Competition Policy by the Institute of National Administration (2004). She is a solicitor (suspended registration at the Portuguese Bar Association). Since 2004, she has worked as a lawyer at the Portuguese Competition Authority, in the Department for Restrictive Practices (2004-2008) and in the International Relations Bureau (since 2008).*

### IMELDA MAHER

Imelda Maher é *Sutherland Professor* de Direito Europeu na *University College Dublin* e membro da *Royal Irish Academy*. Tem publicado extensamente sobre direito da concorrência, sobretudo numa perspectiva de direito público. É editora geral da *Legal Studies*, a revista da *Society of Legal Scholars of the UK and Ireland*, e é membro do conselho de redação do *European Law Journal*. Membro do *Advisory Board of the Economic and Social Research Council Centre for Competition Policy* na Universidade de East Anglia, foi anteriormente diretora do *Centre for Competition and Consumer Policy* na *Australian National University*, destacada da *London School of Economics*. É perita não-governamental da *International Competition Network*. Depois de ter passado a maior parte da sua carreira no Reino Unido, regressou à UCD, a sua *alma mater*, para se tornar a primeira titular da cátedra *Sutherland*.

*Imelda Maher is the Sutherland Professor of European Law at University College Dublin and a member of the Royal Irish Academy. She has published extensively on competition law, mainly from a public law perspective. She is general editor of Legal Studies, the journal of the Society of Legal Scholars of the UK and Ireland and is on the editorial board of the European Law Journal. A member of the Advisory Board of the Economic and Social Research Council Centre for Competition Policy at the University of East Anglia, she previously was director of the Centre for Competition and Consumer Policy at the Australian National University, when on secondment from the London School of Economics. She is a non-governmental adviser to the International Competition Network. Having spent most of her career in the UK, she returned to UCD, her alma mater to become the first holder of the Sutherland chair.*

**LEONOR ROSSI**

Licenciada em Direito (1996) e Doutorada em Direito Comparado (2000) pela Faculdade de Direito da Universidade de Trento, Itália. Estudos complementares em Direito Europeu no Colégio da Europa (Bruges, 2002). Professora Convidada na Faculdade de Economia e Gestão da Universidade Nova de Lisboa desde 2003 (Direito Europeu e Introdução ao Direito) e Professora Convidada na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em 2005 (Análise Económica do Direito). Investigadora Pós-doutorada na área de Análise Económica do Direito (*Real Colégio Complutense e John Olin Center for Law and Economics* na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard (2005–2011). Colaboradora Externa da Gouveia Pereira Costa Freitas e Associados, na área do Direito Europeu.

*Leonor Rossi is graduated in Law (1996) and holds a Ph.D in Comparative Law (2000) from the University of Trento Law School, Italy. Complementary studies in European Law at the College of Europe (Bruges 2002). Visiting Professor (European Law and Law for Economics and Management) at Nova School of Business and Economics, Portugal, since 2003 and Visiting Professor at Nova Law School in 2005 (Economic Analysis of Law). Post-Doctoral researcher in Economic Analysis of Law (I-VII Courses Real Colegio Complutense and John Olin Center for Law and Economics at Harvard Law School (2005–2011). External Counsel at Gouveia Pereira Costa Freitas e Associado, in the field of European Law.*

**MARGARIDA CALDEIRA**

Licenciada em Direito pela Universidade Católica de Lisboa (1991). Pós-graduada em Direito Comunitário pela Universidade Católica - Centro de Estudos Europeus, Lisboa (1992). Doutoranda em Direito na Universidade Nova de Lisboa. Inscrita na Ordem dos Advogados em 1991 (estágio de advocacia concluído em 1993), exerceu advocacia ininterruptamente, em prática privada até 2006, quer em regime individual, quer sobretudo integrada em diversas sociedades de advogados (advogada associada, sócia de indústria sénior e consultora). Aconselhou e patrocinou diversas empresas nacionais e multinacionais, principalmente nas áreas de Direito da Concorrência e da União Europeia, Comercial, Societário (fusões e aquisições), Civil (contratos) e contencioso. No mesmo período, publicou alguns artigos sobre Direito da Concorrência e da União Europeia, Comercial e Societário, e apresentou diversas comunicações em seminários sobre contratação comercial internacional. Em 2006 ingressou na Autoridade da Concorrência, exercendo, desde

então, advocacia em prática exclusiva no Departamento Jurídico e do Contencioso, nas áreas de Direito da Concorrência e da União Europeia, Contraordenacional, Processual (em particular, Processual Penal) e Administrativo.

*Margarida Caldeira is graduated in Law from the Catholic University of Lisbon (1991). She holds a post-graduate degree in European Union Law from the Centre for European Studies of the same University (1992); Ph.D (law) student at the Nova Faculty of Law. Admitted to the Portuguese Bar in 1991 (lawyer training concluded in 1993), she worked as a lawyer continuously in private practice until 2006, both as an individual practitioner or (most of the time) integrated in several law firms (associate lawyer, partner, and of-counsel). Margarida Caldeira advised and represented several national and multinational companies, mainly regarding Competition and EU Law, Commercial Law and Companies Law (M&A), Civil Law (contracts) and litigation. During the same period, she published some articles on Competition and EU Law, Commercial and Companies Law, and was a speaker in seminars on international contracts. She joined the Portuguese Competition Authority in 2006 and since then has practised as a lawyer exclusively for this institution, integrated in the Legal Department focusing on Competition and EU Law, Regulatory Law, Procedural Law (especially Criminal Procedural Law) and Administrative Law.*

#### **MIGUEL SOUSA FERRO**

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2005). LL .M em Estudos Europeus no Colégio da Europa (Bruges, 2006). Doutorando e Assistente Convocado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Colaborador da Eduardo Paz Ferreira & Associados.

*Miguel Sousa Ferro is graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2005). LL.M in European Studies from the College of Europe (Bruges, 2006). Ph.D student and Guest Lecturer at the University of Lisbon Law School. Counsel at Eduardo Paz Ferreira & Associados Law Firm.*

#### **ORLINDO FRANCISCO BORGES**

Advogado, sócio da Lube, Diogo, Borges & Oliveira Sociedade de Advogados; Mestre em Ciências JurídicoAmbientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela FDUL; Especialista em Ciências JurídicoAmbientais pela FDUL e em Direito Ambiental e Urbanístico pela Faculdade de Direito de Vitória FDV (Brasil); Aperfeiçoamento em Direito do Petróleo e Gás Natural pela SINERGIAS

(ES/RJ - Brasil); Membro da Comissão de Estudos em Direito do Petróleo e Gás da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/ES (Brasil); Pesquisador convidado (gäste) do Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht da Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha) e visiting scholar da School of Advanced Study University of London (Inglaterra); Membro do Grupo de Pesquisa (CNPq) Hermenêutica e Jurisdição Constitucional da FDV (Brasil). Contato: orlindo@ldbo.com.br

*Orlindo Francisco Borges is a lawyer, partner of Lube, Diogo, Borges & Oliveira Sociedade de Advogados. Master in Environmental Juridical Sciences from the University of Lisbon Law School (FDUL). PhD student in Political Juridical Sciences at FDUL; Specialist in Environmental Juridical Sciences from FDUL and in Environmental and Urbanism Law from the Vitória School of Law – FDV (Brazil); Specialization in Oil and Natural Gas Law from the Bar Association of Brazil – OAB/ES (Brazil); Guest researcher (gäste) of the Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht of the Georg-August-Universität Göttingen (Germany) and visiting scholar of the School of Advanced Study University of London (UK); Member of the Research Group (CNPq) “Hermenêutica e Jurisdição Constitucional” of FDV (Brazil). Contact: orlindo@ldbo.com.br*

### STEPHANE RODRIGUES

Doutorado em Direito Comunitário pela *Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*. *Maître de conférences* habilitado a dirigir investigações na Faculdade de Direito da Sorbonne. Membro do *Institut de recherche et d'études en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)*. Diretor do *Master 2 «Stratégies industrielles et politiques publiques de défense»*. Diretor de estudos para questões europeias da *Prépa ENA conjointe na Paris 1* e na *l'Ecole normale supérieure (ENS-Ulm)*. Advogado na Ordem de Bruxelas, associado na sociedade *Lallemand & Legros*. Autor de diversas obras, bem como de numerosos artigos sobre a aplicação do Direito da União Europeia aos serviços de interesse económico geral e sobre o Direito da Contratação Pública. Cronista na revista *Concurrences*. Membro da comissão de redação dos *Cahiers de droit européen*.

*Stephane Rodrigues is a Ph.D in EC law from the l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Maître de conférences that may oversee research at the Ecole de droit de la Sorbonne. Member of the l'Institut de recherche et d'études en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Director of Master 2 «Stratégies industrielles et politiques publiques de défense». Director of studies for european issues of the Prépa ENA conjointe à Paris 1 and the Ecole normale supérieure (ENS-Ulm). Lawyer at*

*the Bruxelles Bar association, associate at Lallemand & Legros. Author of several books, as well as of numerous articles on the application of European Union Law to services of general economic interest and public procurement law. Chronist in the journal Concurrences. Member of the editorial committee of the Cahiers de droit européen.*

**TIAGO GERALDO**

Advogado na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados. Exerce a sua atividade predominantemente na área do contencioso criminal e contraordenacional. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2008) e Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na mesma Faculdade (desde 2011).

*Tiago Geraldo is a lawyer at Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados. His areas of activity focus mainly on litigation regarding criminal and regulatory infringements. He is graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2008) and is currently undertaking a LL.M in Criminal Law at the same School (since 2011).*

*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@concorrenca.pt](mailto:revista@concorrenca.pt).
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico [revista@concorrenca.pt](mailto:revista@concorrenca.pt) ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de 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
Florianio 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  
André Forte  
Catarina Anastácio  
Cristina Camacho  
Fernando Pereira Ricardo

Francisco Costa Cabral  
Helena Gaspar Martinho  
Nazaré da Costa Cabral  
José Renato Gonçalves  
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:**

Elisa Carvalho

Natália Leite





# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

DIREÇÃO:  
JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA  
LUÍS SILVA MORAIS

## CUPÃO DE ASSINATURA

NOME	<input type="text"/>
MORADA	<input type="text"/>
CÓD. POSTAL	<input type="text"/> - <input type="text"/>
LOCALIDADE	<input type="text"/>
TELEFONE	<input type="text"/>
Nº CONTRIBUINTE	<input type="text"/>
PROFISSÃO	<input type="text"/>
EMAIL	<input type="text"/>

4 NÚMEROS AVULSO **€100**

ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) **€90** (DESCONTO DE **10%**)  
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLuíDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO (4 NÚMEROS) DO ANO

DATA    -  -

\_\_\_\_\_  
ASSINATURA

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA  
ASSINATURA DA REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO – JOAQUIM MACHADO, S.A.,  
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 8o, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS  
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net





