

REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANO IV • NÚMERO 14/15  
ABRIL – SETEMBRO 2013

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

*direção*

LUÍS SILVA MORAIS • PAULO DE SOUSA MENDES

*presidência do conselho científico*

ANTÓNIO FERREIRA GOMES • EDUARDO PAZ FERREIRA

*presidência do conselho de redação*

CATARINA ANASTÁCIO

*conselho consultivo*

JOÃO E. GATA • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL

  
ALMEDINA



AUTORIDADE DA  
CONCORRÊNCIA

**REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO**

Ano IV • Número 14/15

abril – setembro 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%)

**JUNHO 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 Doutrina geral

21 Fernanda Paula Stolz – *A defesa da concorrência no Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais*

61 Bernardo Feijoo Sánchez – *Imputacion objetiva en el derecho penal economico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares*

105 Miguel Prata Roque – *O Direito Sancionatório Público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional*

175 Milene Viegas Martins – *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*

### 209 Dossier temático

#### *Digital*

211 Konstantina Bania – *Abuse of dominance in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access*

241 Lucas Saretta Ferrari – *Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?*

283 Manuel da Costa Cabral – *A governação da Internet e o posicionamento de Portugal*

313 Marta Moreira Dias – *Perspetiva sobre os 25 anos da Internet em .pt*

337 Victor Castro Rosa – *Digital Piracy and Intellectual Property Infringement: role, liability and obligations of Internet Service Providers. The evolution of European Case-Law*

383 David Silva Ramalho – *A investigação criminal na Dark Web*

## 431 LEGISLAÇÃO

### 433 Legislação nacional

433 Legislação nacional de regulação – abril a setembro de 2013

**439 JURISPRUDÊNCIA**

**441 Comentário de Jurisprudência da União Europeia**

441 Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, no Processo C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde v. Donau Chemie AG* – Fernando Xarepe Silveiro

**461 Jurisprudência Geral**

461 Jurisprudência nacional de concorrência – abril a setembro de 2013

467 Jurisprudência nacional de regulação (CMVM) – abril a setembro de 2013

469 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – abril a setembro de 2013

**479 BIBLIOGRAFIA**

**481 Recensão**

481 Luís Silva Morais, *Joint ventures and EU Competition Law*, Hart Publishing, 2013  
– Ricardo Bayão Horta

487 **Novidades Bibliográficas** – abril a setembro de 2013

**491 EVENTOS**

**497 NOTAS CURRICULARES**

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

**507 Órgãos Sociais**

## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*Luís Silva Morais*

*Paulo de Sousa Mendes*

Com o presente número duplo da Revista C&R (N.ºs 14 e 15), regressamos à nossa prática habitual de publicar dossiers temáticos da qual nos afastámos, a título excepcional, na anterior edição da Revista. Tendo selecionado, para o efeito, o tema geral do mundo digital, das tecnologias e mercados digitais, os quais são particularmente dinâmicos e inovadores, a abordagem seguida é dupla. Assim, estes mercados são analisados tanto do ponto de vista da aplicação do direito da concorrência, especialmente no que diz respeito a possíveis utilizações abusivas de poder de mercado nesses domínios, como do ponto de vista da regulação setorial, considerando possíveis intervenções regulatórias orientadas para o

*With the current Double Number of C&R (Nos 14 and 15) we return to our usual practice of publishing thematic files which we exceptionally deviated from in the previous edition of the Review. Having selected for that purpose the general theme of the digital world and digital technologies and markets, which are particularly dynamic and innovative, the approach followed is twofold. These markets are analysed both from the perspective of competition law enforcement, especially as regards possible abusive uses of market power in these domains, and from a regulatory perspective, considering*

desenvolvimento de certos modelos de governo da internet e do mundo digital. A extensão e a multiplicidade de perspectivas analíticas cobertas neste domínio conduziram-nos entretanto à opção de publicação de um número duplo da C&R (que temos reservado para casos muito especiais).

De facto, tem sido muito discutido se esses mercados podem, no seu conjunto, implicar novos padrões de concorrência e, como tal, novas abordagens em termos de aplicação do direito da concorrência, dada a sua natureza dinâmica e a perspectiva de mercado ‘winner takes all’ que parece comandar a sua evolução (uma dinâmica de mercado e uma perspectiva que implicam uma série de corridas tecnológicas periódicas, conduzindo a uma tecnologia dominante e a posições chave e liderantes no mercado das empresas que, em cada ciclo temporal, de mercado, desenvolvem essas tecnologias). No entanto, conforme tem sido consistentemente defendido pelas autoridades da concorrência – em especial, deve reconhecer-se, do lado europeu do Atlântico – tal impressionante natureza dinâmica destes mercados não impede o surgimento de pontos de estrangulamento críticos com um potencial significativo para a distorção da concorrência. Assim como não impede o surgimento de estruturas oligopolísticas também com forte potencial de distorção da

*possible regulatory interventions oriented towards the emergence of certain models of governance of the internet and the digital world. The extension and diversity of analytical perspectives at stake have, thus, led us to the editorial option of publishing a Double Number of C&R (that we have used only in rather special cases so far).*

*In fact, there has been much debate as to whether these markets may, on the whole, imply new patterns of competition and, as such, new approaches in terms of competition law enforcement given their dynamic nature and the ‘winner takes all’ market perspective that seems to command their evolution (a market dynamic and perspective implying a series of periodic technological races leading to a prevailing technology and to key positions in the market of the undertakings that from time to time develop such technologies). However, as has been consistently argued by competition authorities – particularly, it should be acknowledged, from the European side of the Atlantic – this impressive dynamic nature of these markets does not prevent the emergence of critical bottlenecks with a significant*



concorrência, aspeto que porventura tem sido com demasiada frequência subestimado.

Para além deste foco especial na discussão crítica de questões de aplicação do direito da concorrência e da regulação do mundo digital e dos mercados de internet – em linha com os principais desenvolvimentos em curso nas jurisdições dos EUA e da União Europeia (por exemplo, no que se refere à União Europeia, realce-se a iniciativa de adoção de um pacote legislativo e regulatório lançada em 2013 e intitulada “Um Continente Interligado: Construir um Mercado Único de Telecomunicações”, que visa a criação de um continente interligado e competitivo, possibilitando empregos e indústrias sustentáveis na área digital) – a secção de doutrina geral cobre, como é habitual, múltiplos temas tanto sob a perspectiva de direito material da concorrência como de regulação económica (neste último caso, abordando também, sob uma perspectiva crítica, regimes aplicáveis de infrações que envolvem vários graus de interação com o direito penal ou, mais especificamente, com o direito penal económico, profundamente interligado com a regulação, e que requer, nessa conformidade, uma abordagem interdisciplinar, a qual temos procurado promover neste domínio nas sucessivas edições da C&R).

*potential for distortion of competition. Nor does it prevent the emergence of oligopoly structures also with strong potential for distortion of competition, which has perhaps been too frequently overlooked.*

*Aside from this special focus on the critical debate of competition law enforcement issues and regulation of the digital world and of internet markets – in line with key developments occurring both in the US and the EU jurisdictions (e.g., in the latter case, the initiative of a legislative and regulatory package launched during 2013 and entitled “A Connected Continent: Building a Telecoms Single Market” aimed at building a connected, competitive continent and enabling sustainable digital jobs and industries) – the section of General Doctrine covers, as usual, multiple topics from the perspective of both substantive competition law and economic regulation (in the latter case also critically addressing applicable regimes of misdemeanours that involve various shades of interplay with penal law or, more specifically, with economic penal law, deeply intertwined with regulation, and which requires, accordingly, an*

No âmbito desta seção de doutrina geral, Fernanda Paula Stolz estuda a disciplina de defesa da concorrência do Mercosul e seus Estados-membros, a fim de apreender o nível de salvaguarda jusconcorrencial que os agentes económicos envolvidos neste ambiente competitivo obtêm, e como os lesados por infrações neste domínio podem obter ressarcimento pelos danos sofridos. O artigo de Bernardo Feijoo Sánchez analisa os limites da punição de infrações financeiras e o nível de proteção concedido no quadro dos mercados financeiros, com base no exemplo do direito penal Espanhol (fraude financeira e corrupção). Miguel Prata Roque discute a natureza e os limites dos poderes públicos sancionatórios, a fim de decodificar a complexa interação entre princípios e normas penais e administrativas, que se encontra subjacente à aplicação de regimes de regulação económica. Milene Viegas Martins foca a sua abordagem na regra de exclusão, a qual determina que as provas obtidas ilegalmente não devem ser utilizadas pelo tribunal, lidando, mais precisamente, com a questão das imagens captadas por indivíduos, a fim de concluir se este constitui um caso de meio de prova admissível.

No dossier temático, é conferida uma atenção privilegiada, como seria de esperar, à investigação do caso Google conduzida pela Comissão

*interdisciplinary approach that we have been trying to foster in this domain in successive editions of C&R).*

*Within this section of General Doctrine, Fernanda Paula Stolz studies the regulations governing the Mercosur Antitrust Law and its Member States in order to understand the level of protection that the economic agents involved in this competitive environment obtain, and how those harmed by wrongdoing can gain redress. The article by Bernardo Feijoo Sánchez examines the limits on punishing securities fraud and the level of protection granted to financial markets, based on the example of Spanish Criminal Law (Securities Fraud and Bribery). Miguel Prata Roque discusses the nature and limits of public sanctioning powers, in order to decode the intricate melting-pot of criminal and administrative principles and norms implied within the enforcement of Regulatory Law. Milene Viegas Martins focuses on the exclusionary rule, which states that evidence obtained illegally shall not be used by the Court, and more precisely deals with the subject of images captured by individuals, in order to conclude whether this is a case of admissible evidence.*

Europeia, com dois artigos de Konstantina Bania e de Lucas Saretta Ferrari, com especial enfoque na investigação iniciada pela Comissão no final de 2010, e que parece encontrar-se numa decisiva encruzilhada com a perspectiva de adoção de uma decisão juridicamente vinculativa de compromissos (com base no artigo 9.º do Regulamento n.º 1/2003). Deve sublinhar-se que, aproximadamente uma década após o precedente de referência Microsoft, uma empresa (Google) que parecia em si mesma encarnar o próprio conceito de mercados abertos e de livre acesso à informação para benefício dos consumidores e do público em geral, e que, até certa medida, representava o oposto da ideia de práticas de exclusão potencialmente contribuindo para o encerramento de novos mercados de informação, não obstante a sua natureza dinâmica, encontra-se, agora, no centro do que pode constituir o principal caso de *antitrust* da segunda década do século XXI em termos de mercados de informação e internet. Também é digno de nota, e em grande medida revelador – evidenciando uma nova abordagem global da Comissão Europeia em matéria de implementação do artigo 102.º do TFUE –, que este caso Google vá com toda a probabilidade, após a rejeição de dois conjuntos iniciais de propostas de compromissos apre-

*As regards the Special Thematic File, privileged attention is given, as would be expected, to the Google investigation conducted by the European Commission, with two articles by Konstantina Bania and Lucas Saretta Ferrari focusing on this investigation opened by the Commission at the end of 2010, and which seems to be at a decisive crossroads with the perspective of adoption of a legally binding commitments decision (on the basis of article 9 of Regulation No 1/2003). It is noteworthy that, roughly a decade after the landmark Microsoft case, an undertaking (Google) that seemed to epitomise the very idea of open markets and open access to information for the benefit of consumers and of the public in general and that, to some extent, represented the opposite of the idea of exclusionary practices that potentially contributed to the foreclosure of new information markets, in spite of its dynamic nature, is now at the very core of what may represent the leading antitrust case of the second decade of the twenty first century in terms of information and internet markets. It is also noteworthy, and to a large extent telling – evidencing a new comprehensive approach of the*

sentados pela Google, ser encerrado não com uma decisão de infração (tal como aconteceu no caso Microsoft, que esteve na origem de precedentes jurisprudenciais de referência), mas com uma decisão de compromissos.

Os dois artigos acima mencionados proporcionam ampla discussão, sob diversos ângulos do direito da concorrência, quanto ao alegado abuso de posição dominante por parte do Google na busca geral *online*, nomeadamente, sobre como lidar com as práticas comerciais da Google, as quais, de acordo com o entendimento da Comissão, são suscetíveis de infringir o artigo 102.º do TFUE (com especial ênfase, especialmente para o artigo de Bania Konstantina, sobre a prática de relativa desqualificação dos *sites* de concorrentes no domínio de resultados orgânicos, a qual pode suscitar problemas particularmente complexos). Permanece em aberto a questão de saber como as múltiplas questões suscitadas e discutidas de forma crítica nestes dois artigos poderão, em última instância, ser clarificadas e levar à adoção de critérios analíticos de referência e consistentes de determinadas práticas empresariais em mercados da nova economia (especialmente se for adotada uma decisão de compromissos). Tal irá, por seu turno, alimentar, igualmente, a discussão geral sobre o recurso significativo por parte da

*European Commission in the field of implementation of article 102 TFEU cases –, that this Google case will in all probability, after the rejection of two initial sets of proposals of commitments put forward by Google, be closed not with an infraction decision (as happened in the Microsoft case leading in time to subsequent landmark judicial rulings) but with a commitments decision.*

*The two aforementioned articles provide extensive discussion, from various competition law perspectives, of the alleged abuse of dominant position by Google in general online search, namely dealing with the Google business practices that according to the Commission could infringe article 102 TFEU (with special emphasis, particularly in the article by Konstantina Bania, on the practice of downgrading competitors' websites in organic results, which may raise particularly complex problems). It remains to be seen how the multiple issues raised and critically discussed in these two articles may ultimately be clarified and lead to reference assessment criteria of certain business practices in new economy markets (particularly if a commitments decision is adopted). This, in time,*

Comissão a este tipo de decisão de compromissos – considerado excessivo por alguns comentadores – especialmente no campo de aplicação do artigo 102.º do TFUE (independentemente das vantagens indiscutíveis que essas decisões podem oferecer em vários casos ou situações).

O artigo de Manuel da Costa Cabral lida com o problema extraordinariamente atual da regulação ou governo da internet. Em ambos os lados do Atlântico, a atenção dada a este tema sensível tem aumentado recentemente devido, em especial, às revelações do caso Snowden em matéria de acesso e utilização de dados pela Agência de Segurança Nacional dos EUA (NSA), com esta entidade, aparentemente, a envolver-se numa interação delicada e sensível com empresas da nova economia. Dada a diversidade de questões jurídicas que podem ser suscitadas pelo acesso e controlo de dados que circulam na internet – com aspectos de salvaguarda de dados pessoais e privacidade em jogo, mas também com outros problemas económicos envolvidos – uma discussão crítica sobre as estruturas de regulação da internet é crucial, devendo aqui colocar-se, igualmente, o enfoque, tal como o autor se propõe fazer neste artigo, no papel apropriado que deve ser atribuído aos governos nacionais neste domínio.

*will also feed the overall debate on the significant reliance – even over-reliance according to some commentators – of the Commission on this type of commitment decision, especially in the field of article 102 TFEU enforcement (regardless of the indisputable advantages that these decisions may offer in multiple cases or situations).*

*The article by Manuel da Costa Cabral addresses an extraordinarily topical issue concerning the governance of the internet. On both sides of the Atlantic the attention given to this sensitive topic has heightened recently due, inter alia, to the Snowden revelations on the access and use of data by the US National Security Agency (NSA) with this agency apparently engaging in a delicate and most sensitive interplay with new economy undertakings. Given the vast array of legal issues that may arise from the access and control of data circulating through the internet – with privacy problems at stake but also with other economic problems involved – a critical discussion on the structures of governance of the internet is now imperative, also focusing – as the author purports to do in this article – on the proper role*

Enquanto o artigo de Manuel da Costa Cabral aborda a forma como esses temas centrais estão a ser tratados em Portugal como parte de uma discussão mais geral, o artigo de Marta Moreira Dias centra-se totalmente no posicionamento de Portugal no quadro da internet, analisando a evolução da gestão e da manutenção do código de domínio de Portugal e abordando importantes alterações nesta área tão pouco conhecida e raramente comentada.

Ainda no campo da internet e da sua utilização, o artigo de David Silva Ramalho analisa a utilização da internet no plano do denominado ciber-crime e envolvendo a chamada “*Dark Web*”, tirando partido do desenvolvimento de tecnologias orientadas para garantir um nível considerável de anonimato na navegação na *web* e abordando criticamente alguns instrumentos previstos pela lei Portuguesa para lidar com esses desafios complexos.

Por último, e seguindo uma abordagem distinta, embora igualmente interligada com a nova economia e o mundo digital, o artigo de Victor Castro Rosa lida com os problemas relacionados com a reprodução digital universal ou constante de obras e conteúdos e o desafio correspondente que tal representa no que respeita a direitos de autor (e ‘*copyright*’), exigindo hipoteticamente – nos termos

*that should be carved out for national governments in this domain.*

*Whereas Manuel da Costa Cabral’s article addresses the way these core topics are being dealt with in Portugal as part of a more general discussion, the article by Marta Moreira Dias is entirely focused on the positioning of Portugal in the internet, and analyses the evolution of the management and maintenance of the country code top level domain corresponding to Portugal and addresses important changes in this little known and rarely commented area.*

*Still in the field of internet and internet use, the article by David Silva Ramalho explores the use of the internet by cybercriminals within the so called Dark Web, taking advantage of the development of technologies oriented towards guaranteeing an appreciable level of anonymity in web browsing and critically addressing some instruments provided by Portuguese Law to deal with these complex challenges.*

*Finally, and following a different approach although also connected with the new economy and the digital world, the article by Victor Castro Rosa deals with the problems related with the*

que são de forma preliminar conceitualmente esboçados pelo autor neste domínio – uma verdadeira reinvenção dos direitos de autor e de direitos de propriedade intelectual para lidar com estes desafios, envolvendo tensões entre direitos e interesses distintos de muito difícil solução, colocados pelo mundo digital e pela internet. Partindo deste cruzamento crítico, o artigo analisa e discute várias abordagens jurídicas possíveis para lidar com essas novas tensões entre os direitos de propriedade intelectual e o mundo digital, abrangendo tanto as regras da União Europeia neste domínio como algumas soluções jurídicas nacionais dos Estados-membros da União Europeia, nomeadamente os da Alemanha, França e Reino Unido.

Espera-se, pois, que os artigos reunidos neste dossier temático proporcionem aos nossos leitores uma boa base para acompanhar os desenvolvimentos em curso nesta área, tais como a conclusão do caso Google ao nível da União Europeia e as possíveis consequências jurídicas do caso, bem como os desenvolvimentos potenciais em três domínios relacionados com (i) a regulação global da internet, (ii) o tratamento de questões de privacidade e proteção de dados pessoais no universo digital – onde, como se pode observar, em certa medida, nos EUA, uma aparente proatividade jurídica ou posturas dinâmicas de agências regu-

*ubiquitous digital reproduction of works and contents and the corresponding challenge this represents to copyright, hypothetically requiring – as the author tentatively envisages – a true reinvention of copyright and intellectual property rights to cope with these apparently intractable challenges posed by the digital world and the internet. Starting from this critical crossroads, the article reviews and discusses several possible legal approaches for dealing with these new tensions between intellectual property rights and the digital world, covering both EU rules in this domain and some national legal responses from EU Member States, namely the ones from Germany, France and the UK.*

*It is our hope that the articles brought together in this Special Thematic File will provide our readers with a good basis to follow ongoing developments in this area, such as the closing of the Google case at EU level and possible legal consequences of the case and the prospective threefold developments concerning (i) global governance of the internet, (ii) the handling of privacy issues in the digital world – in which, as observed to some extent in the US, some*

ladoras, tais como a Comissão Federal de Comércio (FTC), nem sempre se traduzem num acompanhamento eficaz ou abrangente dos problemas encontrados – e (iii) a busca de um novo equilíbrio entre, por um lado, um conceito reinventado de *copyright* e de um determinado conjunto de direitos de propriedade intelectual e, por outro lado, os requisitos desejáveis de acesso aberto aos conteúdos na internet.

Outros desenvolvimentos relevantes a tomar em consideração e aos quais nos propomos dedicar atenção em futuros números da C&R compreendem a conclusão da reforma global do enquadramento da UE de controlo dos auxílios estatais, a qual apresenta pontos de cruzamento extremamente interessantes com a aplicação em geral das regras relativas aos auxílios estatais, com a reestruturação dos bancos na sequência da adoção da designada nova Comunicação Bancária de julho de 2013 (da Comissão), e com o processo de avaliação ou verificação da qualidade dos ativos detidos por instituições bancárias ('AQR') a ser conduzida pelo Mecanismo Único de Supervisão Bancária ('SSM') no quadro do Banco Central Europeu e abrangendo todos os grandes bancos na União Europeia, incluindo os principais grupos financeiros em Portugal.

*apparent legal activism or proactive stances of regulatory agencies, such as the Federal Trade Commission, do not always translate into effective or comprehensive monitoring of the problems encountered – and (iii) the striking of a new balance between a reinvented concept of copyright and set of intellectual property rights and the desirable requirements of wide open access to contents in the internet.*

*Other developments that should be considered and to which we intend to turn our attention in future editions of C&R include the conclusion of the comprehensive review of the EU framework of State Aid control with interesting crossroads with enforcement of State Aid rules, the restructuring of banks following the so called new Banking Communication of July 2013 (of the Commission), and the asset quality review process to be conducted by the Single Supervisory Mechanism within the European Central Bank and covering all the major banks in the EU, including the major financial groups in Portugal.*



C&R

DOCTRINA

*Doutrina Geral*



# DOCTRINA GERAL



# A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ILÍCITOS CONCORRENCIAIS

*Fernanda Paula Stolz*<sup>1</sup>

*ABSTRACT: The present study examines the regulations governing the Mercosur Antitrust Law and its States Parties in order to understand the level of protection that the economic agents involved in this competitive environment obtain within the party, and how the ones impaired by wrongdoing can be repaired. First of all, the regulations for the Mercosur Antitrust Law are examined. Thus, it will be understood that the antitrust regulations are fairly generic, lacking specifically the effective protection to general welfare, as well as the ways of compensation due to unlawful competition. Mercosur Antitrust Law assigns to its States Members the duty of standardization of its Antitrust Law in order to avoid disparities. Therefore, in the second chapter, the laws of each Mercosur State Member will be examined. Upon the background of antitrust law in each country will be examined within the economic, cultural and political environment specific to each nation legal system, how it is protected and how the general welfare is granted as well as civil compensation for competition wrongdoing. Finally, the third chapter deals with the civil liability for competition wrongdoing in each State Member, realizing what the essential elements for compensation regarding antitrust wrongdoing are, as well as the necessary requirements for setting up the liabilities for each country. This approach aims to identify the harmonization level of regulatory competition in the Mercosur from the perspective of competition Private Law. That is, how the private institutions may obtain compensation from antitrust wrongdoing within Mercosur, either in the board or in each State Member.*

SUMÁRIO: Introdução. I. O Direito da Concorrência no Mercosul. II. O Direito da Concorrência nos Estados-partes do Mercosul. III. A violação de normas de defesa da concorrência como fundamento da responsabilidade civil nos Estados-partes do Mercosul. 1. A ação indenizatória concorrencial. 2. O ilícito concorrencial. 3. Os danos ressarcíveis. 4. O nexo causal. 5. Critérios de imputação. 6. A busca pela responsabilidade civil por infracção à ordem económica. Conclusão.

---

<sup>1</sup> Advogada e contabilista no Brasil.

## INTRODUÇÃO

A garantia de condições mínimas de concorrência e a satisfação dos consumidores são objectivos almejados pelo Direito da Concorrência. Tais propósitos podem ser alcançados diante da normatização coesa e eficaz das regras de competição, de modo a assegurar a harmonização do ambiente concorrencial, ou seja, o bom funcionamento do mercado, inclusive disponibilizando meios de reparação àqueles que, de alguma forma, forem prejudicados por ilícitos concorrenciais.

Com a mudança no cenário económico, muitos ordenamentos jurídicos têm optado por incorporar normas de defesa da concorrência de forma a desenvolver e proteger o seu mercado interno. Os processos de integração económica também promoveram a criação de normas comuns de defesa da concorrência aos Estados-partes, bem como incentivaram a harmonização e aprimoramento das suas normas internas, em prol de um maior alcance e protecção homogénea da concorrência em nível internacional.

Diante da criação dos blocos económicos, a defesa da concorrência foi forçada a expandir os seus limites territoriais e se preocupar com questões relacionadas com o direito internacional. Mais do que nunca, o progresso da economia provocou a ampliação das normas, a fim de proteger os indivíduos de forma mais igualitária e, também, além das fronteiras de cada nação. Assim, os Estados integrantes de blocos económicos passaram a se preocupar com o Direito da Concorrência, tanto no âmbito nacional, como no extraterritorial, já que a protecção nos limites territoriais nacionais destes não eram suficientes para proteger as suas empresas e os seus consumidores.

Sabendo da importância do equilíbrio entre os dois pilares do *enforcement* da concorrência em geral, ou seja, o *public enforcement* (aplicação das regras da concorrência) e *private enforcement* (função reparatória), tanto em nível nacional, como de bloco económico, este artigo analisa o tema em três capítulos: primeiramente é examinado como é a regulação da concorrência no âmbito do Mercosul (e como ele tem força para vincular os seus Estados-partes), na sequência, é feita uma breve análise das regras de concorrência nos Estados-partes do Mercosul e, por fim, é analisada a disciplina da protecção e reparação do consumidor neste contexto<sup>2</sup>.

---

2 Este artigo traz algumas conclusões obtidas pela Autora em sua tese de mestrado intitulada "O Direito da concorrência nos Estados-partes do Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais". Para maiores detalhamentos ver Stolz, 2013.

## I. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

Tão importante quanto a regulação interna de cada país, é a possibilidade de uma protecção harmónica entre Estados-partes de blocos económicos, pois reforça ainda mais o espírito de união e cooperação firmado entre eles. Este é o valor que uma regulação da concorrência do Mercado Comum do Sul (Mercosul) pode representar, possibilitando um maior comprometimento e cooperação entre os Estados contra práticas anticompetitivas, e propiciando um avanço na solução de conflitos desta natureza.

O Mercosul<sup>3</sup> vem, aos poucos, tentando se adaptar a esta nova tendência mundial de defesa da concorrência. Este acordo proporcionou diversas mudanças nas relações económicas dos Estados-membros, já que juntos tiveram a oportunidade, por exemplo, de competir com mais força no mercado internacional, bem como puderam adquirir um maior comprometimento na solução de conflitos: protegendo a livre concorrência das empresas e o direito do consumidor<sup>4-5</sup>.

Este bloco económico foi instituído por meio do Tratado de Assunção, entre países da América do Sul, com o objectivo de estabelecer um mercado comum entre os Estados-partes. Desde a sua criação o Mercosul vem sofrendo barreiras na aceitação e cumprimento de seus preceitos pelos Estados-partes, de forma a inviabilizar, em diversos aspectos, o processo de integração. A diferença no nível de desenvolvimento económico, social, político e cultural entre os países, com graus de industrialização distintos, tem gerado dificuldades para a aceleração do ritmo do processo de integração.

Entretanto, desde 1991, inúmeras regulamentações foram instituídas visando criar regras comuns entre os Estados-membros, de forma a harmonizar e pacificar as regras e condutas praticadas no ambiente concorrencial do bloco.

3 Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, assinado e ratificado pelos Estados-partes, promulgado pelas seguintes Leis internas: na Argentina, Lei n.º 23.981 de 4 de setembro de 1991; no Brasil, Dec. Leg. N.º 197 de 25 de setembro de 1991, promulgado pelo Dec. N.º 350 de 21 de novembro de 1991; no Paraguai, pela Lei n.º 91 de 6 de agosto de 1991; no Uruguai, Lei n.º 16.196, de 22 de julho de 1991. Posteriormente, em 1994, os mesmos países assinaram o Protocolo de Ouro Preto, complementando o Tratado de Assunção, de forma a estabelecer, jurídico e internacionalmente, o acordo como uma organização.

4 As barreiras encontradas pela harmonização das Leis da concorrência, sob a visão da defesa do consumidor é retratada de forma específica no artigo de Bastos, 2011.

5 A preocupação com o ambiente concorrencial, bem como a harmonização das regulamentações internas dos países são alguns dos objectivos deste bloco, que pretendem ser alcançados diante da eliminação das barreiras tarifárias e não-tarifárias no comércio entre os países membros; a adoção de uma Tarifa Externa Comum (TEC); a coordenação de políticas macroeconómicas; o livre comércio de serviços; a livre circulação de mão de obra, e a livre circulação de capitais, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-partes; e o compromisso dos Estados-partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para alcançar o fortalecimento do processo de integração.

Esta regulamentação tem grande importância, pois a história das relações económicas destes países tem sido caracterizada pela tensão entre a liberdade de mercado e de concorrência e pela necessidade de uma regulamentação mais efetiva contra os abusos do poder económico.

A defesa da concorrência do Mercosul foi instituída através do Protocolo de Fortaleza<sup>6</sup>, em 17 de dezembro de 1996, que promulgou o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (PDCM). Este protocolo tinha como objectivo criar instrumentos para garantir condições adequadas de concorrência, a fim de contribuir para a consolidação da união do bloco, igualdade de concorrência, condições de acesso ao mercado livre, e uma distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração económica.

Este protocolo incorporou ao Tratado de Assunção (artigo 4.º) a previsão de que os Estados-partes deveriam “coordenar suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial”, muito embora tivesse definido em seu artigo 4.º o que seriam considerados como infrações à concorrência e que estas se caracterizariam independentemente de culpa.

Sendo assim, desde então, houve um incentivo, por parte dos países membros do Mercosul de rever internamente a defesa da concorrência. Este facto que pode ser comprovado, por exemplo, com a instituição de Leis de defesa da concorrência: no Brasil, em 1994 foi promulgada a Lei n.º 8.884 e, em 2011, a Lei n.º 12.529; na Argentina, por sua vez, foi instituída em 1999 a Lei n.º 25.156 (*Ley de Defensa de la Competencia*).

Entretanto, a efetiva elaboração de normas comuns sobre a defesa da concorrência entre os países do Mercosul ainda carece de aplicação, pois até 2007 somente o Brasil e a Argentina possuíam regras específicas sobre o tema e, até o momento, no Paraguai, por exemplo, não se encontra, uma disciplina jurídica específica sobre o tema. Além disso, problemas de natureza institucional e jurídica do processo de integração vem a criar obstáculos para uma defesa da concorrência uniforme e eficaz dentro do bloco económico, como é o caso da falta de um tribunal específico no Mercosul, que julgue causas envolvendo a defesa da concorrência<sup>7</sup>.

---

6 Flôres Junior, 2010.

7 No mesmo sentido, verificando a importância da uniformização das normas concorrenciais no Mercosul, Martins (1998) enfatiza a necessidade de uma norma comum para o bloco, que viria por consequência de uma mudança para uma estrutura supranacional no bloco: “No que concerne à defesa da concorrência no Mercosul, evidencia-se ser necessário rever com urgência todas as legislações existentes nos Estados



Ademais, interessante ressaltar que, no Mercosul, as normas de defesa da concorrência em nível de bloco não têm autonomia para reger a concorrência sem uma aceitação prévia dos Estados-partes, devido ao modelo intergovernamental adotado pelo bloco (o que difere fundamentalmente do que ocorre na União Europeia)<sup>8</sup>. Assim, a necessidade de cada membro do Mercosul internalizar as normas provenientes do bloco, para a produção de efeitos nos ordenamentos nacionais e a priorização dos interesses das normas nacionais sobre os interesses e normas comuns do bloco, acaba por gerar certa instabilidade sobre a real eficiência e eficácia destas normas. Neste contexto, há uma limitação da autonomia para alcançar os objetivos de integração visados pelos Estados-partes e, portanto, dificulta o cumprimento de seus objetivos<sup>9</sup>.

O que se percebe é que a regulação da concorrência no Mercosul tende, cada vez menos, a interferir nos regulamentos internos de cada país membro. Isto ficou evidenciado com a revogação, em 16 de dezembro de 2010, do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, para ser instituído um novo Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul (MERCOSUL/CMC/DEC, n.º 43/10), que passou a trazer regras mais amplas sobre a concorrência, tornando ainda mais difícil a harmonização das normas de defesa da concorrência.

O objetivo central deste Acordo é a “cooperação”, ou seja, não se propõe a criação de uma regra única sobre o tema<sup>10</sup>. Visa promover a assistência mútua em qualquer matéria relativa à política de concorrência; assegurar a consideração cuidadosa pelos Estados-partes de seus relevantes interesses recíprocos,

---

Partes, uniformizando-as e editando-as onde inexistir. É evidentemente inadmissível que num mercado comum que leis regulem de modo diverso o que é ou não ato lesivo à concorrência ou abuso de poder económico. Sem sombra de dúvida, a adoção de regras únicas conduz a uma maior segurança jurídica e uniformidade de decisões, não só no campo do direito da concorrência, mas em todo ordenamento jurídico como pressuposto de sucesso da integração almejada. [...] imprescindível será o abandono da atual estrutura intergovernamental, adotando-se a criação de um tribunal supranacional, assegurando uniformidade de interpretação e aplicação. É necessário abandonar o conceito ultrapassado de soberania, estabelecendo-se a primazia do direito comunitário sobre o direito nacional. [...] se realmente o objetivo do Mercosul é o mercado comum, não poderá negligenciar nesses dois pontos : adoção da supranacionalidade e relevância da liberdade da concorrência”.

8 Ventura, 1996; Martins, 1998.

9 No que respeita à recepção dos acordos internacionais, os países membros do Mercosul possuem regras próprias (diferentes mecanismos) previstas constitucionalmente para “receber” as normas do Mercosul e atribuem diferentes graus de hierarquia normativa no seu direito interno. Desta forma, diante do caráter intergovernamental do Mercosul, o consenso é essencial no processo decisório. Dependendo da Constituição de cada país, a ratificação das normas do bloco poderá ocorrer com maior ou menor rapidez e agilidade. Sobre o assunto, ver Stolz, 2013: 30-34.

10 Jaeger, 2006: 437; Fêiteira, 2010: 315-316.

na aplicação das respectivas leis de concorrência; e, eliminar práticas anticompetitivas por meio da aplicação das respectivas leis de concorrência (artigo 1.º do Acordo).

Isto ficou ainda mais evidente com a supressão do artigo que previa quais as condutas e práticas seriam consideradas restritivas da concorrência (artigo 4.º do Protocolo). Conforme previa o respectivo dispositivo:

Constituem infração às normas do presente Protocolo, **independentemente de culpa**, os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados Partes. [grifo nosso]

Com a retirada desta regra cada país-membro do Mercosul deve adequar o seu regime jurídico para definir, harmonicamente, quais as práticas serão consideradas anticompetitivas em suas legislações internas. Além do mais, a responsabilização, que antes era objetiva, passou a transferir tal prerrogativa de escolha a cada Estado-parte<sup>11</sup>.

Quanto a prevenção e reparação dos prejuízos que os ilícitos concorrenciais podem gerar, o Acordo, da mesma forma que o revogado Protocolo, sequer se refere a esta questão. Sendo assim, na iminência de um dano sofrido por um ilícito concorrenciais causado por uma ou mais empresas, que tragam reflexos no âmbito do Mercosul, não se encontra, ao nível internacional, uma norma para a solução deste conflito, ficando, cada caso, dependente das legislações dos Estados-partes envolvidos.

Portanto, não existem “consumidores do Mercosul”, mas sim consumidores brasileiros, argentinos, uruguaios, paraguaios, que deverão utilizar o seu próprio ordenamento jurídico para defender os seus direitos. Da mesma forma, os demais prejudicados por ilícitos no Mercosul não recebem qualquer proteção ao nível internacional, necessitando do direito interno de cada Estado-parte

---

11 A supressão deste artigo representa, na nossa análise, um retrocesso na defesa da concorrência do Mercosul quando se pretende uma harmonização das legislações pelos Estados-partes. Porém, se justifica pela falta de aplicação prática, já que, como se salientará, somente o Brasil estabelece a responsabilidade objetiva pelos atos anticorrenciais. A culpa como pressuposto da responsabilidade civil é um ponto bastante controvertido nas legislações, havendo regras próprias para cada Estado-parte, conforme se verá adiante.

para fundamentar a responsabilidade civil. Segundo Oliveira<sup>12</sup>, a dificuldade na uniformização dos entendimentos acontece pela falta de um Tribunal específico no Mercosul. Como cada Estado-membro possui normas próprias e a busca deverá ser pela mais favorável aos consumidores do bloco<sup>13</sup>.

Diante disso, verifica-se ainda a dificuldade dos Estados-membros de alcançar os objectivos aos quais propuseram-se quando assinaram o acordo do Mercosul. A falta de princípios que norteiam o bloco de modo a transferir poderes a órgãos supraestatais ainda é um desafio enfrentado para uma efetiva integração. Assim, uma revisão das diferentes Constituição dos Estados-partes do Mercosul, de forma a adaptar as leis internas a essa nova realidade de integração dará mais valor aos compromissos assumidos internacionalmente, de forma semelhante ao que acontece atualmente na União Europeia<sup>14</sup>.

Desta forma, verifica-se que as normas do Mercosul reconhecem a aplicação das leis nacionais de concorrência como matéria de importância crucial para o funcionamento eficiente dos mercados e para o bem estar económico dos cidadãos dos seus respetivos países, deixando, assim, que os próprios Estados-partes harmonizem suas legislações.

Assim, passar-se-á verificar brevemente de que forma ocorre a defesa da concorrência em cada Estado do Mercosul, partindo-se da premissa de que a regulação da concorrência pondera os efeitos gerados na sociedade como um todo e, inclusive, possibilita a busca por reparação àqueles que de alguma forma forem lesados, o que acaba por resguardar o ambiente concorrencial.

## II. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NOS ESTADOS-PARTES DO MERCOSUL<sup>15</sup>

O Mercosul caracteriza-se por ser um bloco económico com grande disparidade cultural, económica, política, legal, entre outras, o que inviabiliza, em grande medida, uma eficiente harmonização das normas de defesa da

12 Oliveira, 2010: 17.

13 Sobre o tema, interessante é a leitura de Medeiros, 1997: 175-176 e Klein, 2002: 195.

14 Sobre o tema, interessante se faz a leitura do artigo de Furlan, 2010: 91-124.

15 Ressalta-se que esta pesquisa limitou-se a estudar os membros que comporam originariamente o Mercosul, ou seja: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Entretanto, atualmente, diante dos problemas ocorridos no cenário político do Paraguai, este país foi temporariamente suspenso do bloco, possibilitando a entrada da Venezuela como novo integrante do bloco. Para que um país se torne membro no Mercosul é necessária a aprovação dos membros plenos já integrantes do Bloco. A Venezuela desde 2006 aguardava apenas da aprovação do parlamento paraguaio para que sua entrada fosse efetuada. Assim, com a suspensão do Paraguai do bloco, a partir do dia 31 de julho de 2012 a Venezuela passou a ser um membro pleno do

concorrência. Como foi analisado, até 2007 somente o Brasil e a Argentina possuíam normas de defesa da concorrência, sendo que o Uruguai apenas obteve regulação específica a partir de 2007 e o Paraguai, até hoje, não possui.

Apesar disso, a regulação da concorrência destes países está em constante evolução, sofrendo influências e estímulos tanto do cenário político e econômico, como de outros ordenamentos jurídicos, especialmente do Norte-Americano e do Europeu e da própria instituição do Mercosul.

Fazendo uma breve análise da normatização da concorrência nos Estados-partes do Mercosul, pode-se dizer que a Argentina foi o primeiro país a ter uma Lei de defesa da concorrência. Já em 1923 e, após diversas alterações, sua atual Lei foi instituída para suprir as necessidades de um período caracterizado por privatizações, abertura ao mercado internacional e ao Mercosul, tendo como inspiração os ditames constitucionais do Direito da Concorrência e do Consumidor, incluídos poucos anos antes de sua instituição<sup>16</sup>.

Entretanto, somente em 10 de Janeiro de 1995 o Direito da Concorrência obteve previsão constitucional, elevando o mesmo como “princípio constitucional”. A Constituição de 1994 estabelece em seu artigo 42 o “direito a concorrência efetiva”, quando diz que as autoridades proverão a proteção da defesa da concorrência contra toda a forma de distorção dos mercados e o controle dos monopólios, que é regulado pela atual Lei da Concorrência.

Importante destacar que a proteção da concorrência está situada no mesmo artigo referente a tutela do consumidor, o que poderia levar a entender que a defesa da competição é uma das formas utilizadas para garantir a defesa deste. Ademais, o artigo 42 prevê como um dos objetivos da proteção dos consumidores a garantia da liberdade de escolha, que só ocorrerá com a existência de várias empresas, em competição, produzindo bens ou fornecendo serviços.

---

Mercosul. Contudo, ainda há cinco países que se caracterizam como Estados-associados: Bolívia (desde 1996), Chile (desde 1996), Peru (desde 2003), Colômbia (desde 2004) e Equador (desde 2004). O status de “Estado Associado” é atribuído por Decisão do Conselho do Mercado Comum. Segundo a Decisão CMC N.º 18/04, que dispõe sobre a admissão de novos Estados Associados no Mercosul, para obter o estatus de “Estado Associado” o país necessita da assinatura prévia de Acordos de Complementação Econômica (ACEs), instrumentos bilaterais firmados entre o Mercosul e outros membros da Associação latino-americana de integração - ALADI (artigo 1.º). Nesses acordos se estabelece um cronograma para a criação de uma zona de livre comércio com os Estados Partes do Mercosul e uma gradual redução de tarifas entre o Mercosul e os Estados signatários. Além de poder participar na qualidade de convidado nas reuniões dos organismos do Mercosul, os Estados Associados também podem ser signatários de Acordos sobre matérias comuns.

16 Cabanellas, 1983: 58-74.

Já no Direito antitruste brasileiro, desde a Constituição de 1934 já podia-se verificar uma preocupação com a liberdade econômica. Porém, esta limitava-se a conceder o poder ao Estado de resguardar os interesses dos agentes econômicos, considerados individualmente. À altura, o mundo passava pelo período da “grande depressão”<sup>17</sup>, e esta iniciativa foi uma forma do governo brasileiro corrigir as disfunções oriundas do sistema então vigente (mercado liberal), regulamentando as atividades dos agentes econômicos<sup>18</sup>. Entretanto, a defesa da concorrência apenas foi regulada através de Lei em 1962 (Lei n.º 4.137/62), sendo que teve como importante destaque a promulgação da atual Constituição Federal (de 1988), quando diversos princípios foram constitucionalizados, entre os quais, o princípio da livre concorrência e da defesa do consumidor<sup>19</sup>.

No Uruguai, por sua vez, a regulação da defesa da concorrência apresentou-se mais tardiamente, na medida em que o ambiente econômico nacional e global exigiram a proteção dos agentes econômicos nacionais. A primeira legislação de defesa da concorrência do país, bastante omissa, ocorreu apenas em 2000, e tinha como intuito cumprir o protocolo do Mercosul. Somente em 2007 houve um regime consolidado de defesa da concorrência no país, fruto de diversos princípios constitucionais, dentre os quais, a livre concorrência e da defesa do consumidor<sup>20</sup>.

No entanto, dentre os Estados-partes do Mercosul, o país que apresenta menor evolução na regulação da concorrência é o Paraguai. Isto se deveu a diversos fatores, sejam eles culturais, econômicos, sociais e políticos, que criaram obstáculos para que uma regulação concisa seja instituída.

A livre concorrência já é garantida constitucionalmente no Paraguai, vedando-se, assim, a criação de monopólios e altas e baixas de preços de forma a prejudicar a concorrência. Entretanto, não bastasse a situação interna do país estar, cada dia mais, exigindo normas que regulem a concorrência, por razões de sobrevivência e proteção da economia nacional (dos agentes econômicos em geral) e de integração ao bloco econômico, ainda não há uma Lei de defesa

---

17 Também chamada de “a crise de 1929”.

18 Lima e Silva, 2006: 292.

19 Forgioni, 2010.

20 Hargain, 2002: 19 e Morales, 2010: 51.

da concorrência no país, apenas um anteprojeto de lei em tramitação e normas esparsas que tratam de setores específicos<sup>21</sup>.

No Brasil, a regulação da concorrência encontra-se em um momento de transição, já que a Lei n.º 8.884/94, após 17 (dezessete) anos de vigência, foi substituída pela Lei n.º 12.529/11 (que entrou em vigor em Junho de 2012). Esta nova Lei impõe-se face às grandes mudanças no mercado nos últimos anos, bem como às transformações no cenário internacional, que diante da crise económica mundial de certa forma convergiu os interesses de grandes empresas mundiais, com poderio económico, para países com economias emergentes menos afetadas pela crise. Além do mais, a nova Lei procura adequar-se às novas regras presentes no Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul.

A Lei n.º 12.529/11 preserva diversos aspetos da antiga Lei, com o objetivo de prevenção, promoção e sanção aos atos que possam prejudicar a livre concorrência e os demais agentes económicos, e continua a ser orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder económico. Porém traz diversas novidades na forma de defesa da concorrência, inclusive prevendo a criação de um Tribunal que, juntamente com uma superintendência geral e um departamento de estudos económicos, comporão o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), que é um indício da mobilização do país que tenta convergir para a protecção de uma forma homogénea entre os países do bloco, ao aproximar-se com a Lei argentina<sup>22</sup>.

Na Argentina, a defesa da concorrência é regulada pela Lei n.º 25.156/99, consubstanciada na prevenção, repressão e sanção dos atos anticoncorrenciais, permitindo e considerando o bem estar geral. O sistema de defesa da concorrência neste país está em transição devido a falta da criação do Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência, previsto na atual Lei, ficando à Comissão Nacional de Defesa da Concorrência (CNDC), nos termos da Lei n.º 22.262/80 a função provisória de aplicar a Lei em seu lugar. A preocupação com o bem estar do consumidor e os demais agentes económicos está presente na Lei ao prever como requisito para um ato ser considerado proibido, ou uma concentração económica ser restringida, a existência de prejuízo ao interesse económico geral.

A Lei da Defesa da Concorrência argentina visa garantir a concorrência dos mercados e reprimir “los actos o conductas, de cualquier forma manifestados,

---

21 Sobre o projeto de lei, ver Valdovinos, 2010: 104-106.

22 Sales, 2012.

relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objecto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”<sup>23</sup>. Desta forma, ela aplica-se a três categorias de condutas comerciais: os acordos anticompetitivos (por ex. os cartéis), o abuso da posição dominante e o controle das concentrações de empresas<sup>24-25</sup>.

Não há cláusulas da dimensão ou exclusão da responsabilidade dos agentes envolvidos, se aplicando a todos os setores, inclusive os que já estão regulados. Desta forma, a Lei da defesa da concorrência argentina regula os mercados e serviços públicos, determinando quais os acordos e práticas proibidas e quais as práticas consideradas abuso de posição dominante. Também estabelece o que se considera posição dominante, os requisitos para a formação de concentração e fusões.

Desta forma, esta Lei promove a eficiência econômica, como o bem estar do consumidor, quando reprime o monopólio sempre que houver a possibilidade de prejudicar o interesse econômico geral.

No Uruguai, a Comissão de Protecção e Defesa da Concorrência (CPDC) é o órgão responsável por aplicar a Lei de defesa da concorrência (Lei n.º 18.159/07). Esta tem como objetivo fomentar o bem estar dos atuais e futuros consumidores e usuários, mediante a promoção e defesa da concorrência, o estímulo à eficiência econômica e a liberdade e igualdade de condições de acesso de empresas e produtos nos mercados<sup>26</sup>.

Cabe notar a preocupação não apenas com o bem estar dos atuais consumidores, como também daqueles que futuramente serão. Isto torna-se relevante quando se pensa na prática de preços predatórios executados por uma empresa que, exercendo o abuso da posição dominante, passa a vender um produto abaixo dos custos de forma a obrigar os concorrentes a retirar-se do mercado. De forma mediata, o consumidor poderá se beneficiar deste evento, porém, no futuro, poderá gerar graves prejuízos.

23 Artigo 1.º da Lei n.º 25.156/99.

24 Assim, esta Lei tem como objetivo definir as condutas que limitam, restrinjam ou distorçam a concorrência, trazer instrumentos administrativos que possibilitem a investigação e prevenção de condutas e produzir um marco jurídico adequado para assegurar o correto funcionamento dos mercados.

25 Tortarolo, 2011: 06 e 07.

26 Para uma análise da legislação da defesa da concorrência no Uruguai, ver Vignone, 2011 e Dubourdieu, 2010.

O sistema proibitivo e de responsabilidade que impõe a defesa da concorrência visa possibilitar o acesso dos consumidores e demais agentes económicos do mercado em condições de igualdade. Busca-se o equilíbrio das vendas, dos preços, das condições contratuais, da distribuição e produção, entre outros, a favor da economia nacional, dos competidores e consumidores<sup>27</sup>.

Salvo exceções previstas em Lei<sup>28</sup>, que se justificam por razões de interesse geral, todos os mercados estarão regidos pelos princípios e regras da livre concorrência (artigo 2.º). Assim, todas as pessoas (físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras) que desenvolvam atividades económicas, com ou sem fins lucrativos, no Uruguai, estarão sujeitas ao princípio da livre concorrência. Da mesma forma, aplicam-se aqueles que desenvolverem atividades económicas fora do país, mas que impliquem efeitos no Uruguai (artigo 3.º).

Esta preocupação com o interesse geral surgiu com Lei de Urgência n.º 17.243, permanecendo na Lei de Pressupostos n.º 17.296/01 (artigo 1.º, inciso 2.º) e conservando a previsão na atual Lei de Defesa da Concorrência. Logo, a consideração dos prejuízos que os atos anticoncorrenciais poderão gerar na comunidade como um todo é vista como prioritária nesta Lei. Além do mais, no seu artigo 28.º, ao tratar sobre a prescrição das acções contra as práticas proibidas pela Lei, há a previsão de que os diretamente prejudicados poderão obter a reparação, no prazo de cinco anos da realização do ilícito, apesar de não explicitar o modo e a instância para a obtenção da referida reparação.

Desta forma, analisado succintamente as normas que regem a concorrência nos estados partes do Mercosul, bem como as regras do próprio bloco sobre a concorrência em geral, passar-se-á verificar de que forma o prejudicado poderá buscar a reparação por um ilícito concorrencial.

### **III. A VIOLAÇÃO DE NORMAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS ESTADOS-PARTES DO MERCOSUL**

A positivação das regras da concorrência é decisiva para proteger os agentes económicos envolvidos no ambiente concorrencial, viabilizar a competição e a prevenir os ilícitos que possam dela resultar. Para tanto, isto deve ocorrer de forma ampla: abrangendo as empresas concorrentes, possibilitando que

---

27 Larrañaga, 2000: s.p.

28 Como é o caso dos setores regulados, conforme prevê o artigo 27.



futuras empresas possam vir a integrar o ambiente concorrencial e protegendo fornecedores e consumidores.

Sendo a concorrência um bem público e integrando-se as regras que a protegem na esfera da ordem pública económica, também os institutos do direito privado são chamados a assegurar a sua salvaguarda. O “*private enforcement*” assume importante papel, enquanto um das bases do “*enforcement*” do Direito da Concorrência. Para além da função reparatória, pode auxiliar na difusão da cultura de concorrência e de dissuasão de infrações futuras, essencial para a afirmação de mercados mais eficientes do ponto de vista concorrencial.

Em respeito ao princípio do Estado de Direito, é essencial que aqueles que atentam contra o normal funcionamento do mercado sejam chamados a responder pelos danos causados. Desta forma, os tribunais nacionais deveriam agir em complementaridade face as atribuições das autoridades de concorrência. De modo que podemos pensar que a eficiência global da aplicação da lei da concorrência depende da qualidade das decisões judiciais, o que exige uma especialização em concorrência desses tribunais.

Como se constatou anteriormente, não se regista a possibilidade de invocar a reparação civil utilizando-se dos meios normativos do Mercosul, muito menos recorrendo ao órgão aplicador da Lei da Defesa da Concorrência em cada Estado-parte, desta forma, importante se faz a análise de como a reparação é viabilizada em cada um destes Estados do Mercosul.

### **1. A acção indemnizatória concorrencial**

Aquele que cometer um ilícito, além das penalidades no Direito Público, também está sujeito a ser responsabilizado civilmente, no Direito Privado. Assim, os prejudicados por ilícitos concorrenciais podem ingressar em juízo ou por meio da arbitragem<sup>29</sup>, a fim de cessar as práticas que possam prejudicar a ordem económica e buscar a devida indemnização pelos danos sofridos (defesa de interesses individuais ou homogêneos)<sup>30</sup>.

No Brasil, Argentina e Uruguai há uma natureza autónoma entre os processos administrativos e judiciais. Com isto parece existir uma divisão de competências que impede qualquer conflito entre as decisões administrativas e as decisões judiciais proferidas em acções indemnizatórias concorrenciais.

29 Diferentemente do que ocorria na Lei n.º 17.243, a nova Lei de defesa da concorrência uruguaia não regula a questão da arbitragem, mas nada obsta ao seu recurso pelo disposto no artigo 472 da Lei 15.982.

30 Soto, 2001: 245-246.

De um lado, a autoridade da concorrência tem o papel de caracterizar ou não uma conduta abusiva do agente económico para a imposição de sanções de carácter público, e de outro, o poder judiciário tem competência para julgar os efeitos privados desta conduta, através da acção indemnizatória concorrencial<sup>31</sup>.

Desta forma, mesmo que o órgão aplicador da Lei de defesa da concorrência não caracterize uma infracção como abusiva no âmbito administrativo, poderá o prejudicado intentar uma acção indemnizatória na esfera judicial, prevalecendo a decisão judicial no meio privado. O prejudicado deve invocar os preceitos do Código Civil, da Lei de defesa da concorrência e/ou da Constituição colocando-se quanto à Constituição o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares<sup>32</sup>.

A responsabilidade civil, que surgiu inicialmente como uma responsabilidade coletiva, onde o grupo, a tribo ou a família respondiam pelos atos do ofensor (e não exclusivamente quem lhe deu causa)<sup>33</sup>, atualmente possui características muito distintas. Hoje em dia, a responsabilidade civil consiste em uma figura jurídica com importante relevância prática e teórica<sup>34</sup>. Advém de vínculos obrigacionais, que nascem mediante a certeza de um dever secundário (ou sucessivo), ou seja, havendo a previsão de uma obrigação em uma Lei ou contrato (dever originário ou primário), caso esta seja violada, tem-se a responsabilidade do agente pelos prejuízos<sup>35</sup>. Desta forma, a responsabilidade civil procura, de uma forma geral, reestabelecer o equilíbrio perdido no momento da ocorrência do dano<sup>36</sup>.

No caso de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais, a sua ocorrência também deve estar vedada pelo ordenamento jurídico. Assim, surge a obrigação das empresas que praticam ilícitos concorrenciais indemnizarem as respetivas vítimas<sup>37</sup>.

Salienta-se que, nos Estados-partes do Mercosul, devido a forte influência da responsabilidade civil pelo Código Civil de Napoleão, a reparação por um ilícito concorrencial é tratada como uma responsabilidade extracontratual (delitual

---

31 Buchain, 2006: 124; Carpena, 2005: 162-163; Pereira, 2007: 129-157.

32 Sobre o tema ver Sarlet, 2007 e Leitão, 2007: 349.

33 Dias, 1994: 16-25.

34 Costa, 2003: 473-475.

35 Neste sentido entende Cavalieri, 2005: 24 e D'Agostini, 2007: 269-270.

36 Jorge, 1972: 34.

37 Pomar (2008: 46) destaca a evolução do conceito de indemnização: "primeiramente, como simples projecção do prejuízo; depois, como projecção material ao dano efetivo e ao dano potencial e, como equivalência, ao dano efetivo e subjetivo".

ou Aquiliana)<sup>38</sup>, apesar de terem havido algumas discussões sobre o tema, que encontram-se superadas na atualidade<sup>39</sup>. Portanto, entende-se que a reparação por um ato anticoncorrencial parte de uma responsabilidade extracontratual entre o lesado e o agente económico que praticou o ato prejudicante. Logo, tal responsabilidade tem origem quando uma pessoa causa, por si própria, ou por intermédio de outra que é responsável, um dano a outrem, considerado ilícito, quando não estava obrigada por nenhum vínculo anterior relacionado com o dano produzido<sup>40-41-42</sup>.

38 Alterini, 1997; França, 1988.

39 Alterwain, 2011: 71.

40 No entanto, a dicotomia entre a responsabilidade contratual e extracontratual, por vezes, é questionada pelos doutrinadores que entendem que, tanto o contrato, como a Lei, são produtores de direitos e formam a unidade do ordenamento jurídico, não podendo separá-las, pois a violação de uma lei ou de um contrato são atos ilícitos, pertencentes a uma classe apenas de responsabilidade. Segundo Maggi (2010: 111), no caso do cartel, haveria um grande problema em definir se um lesado que adquira o produto diretamente da empresa cartelista estaria configurando responsabilidade contratual ou extracontratual. Isto porque havia um contrato, que regula a relação entre comprador e vendedor, porém, nenhuma das cláusulas estaria sendo violada. Mesmo que o valor pago pelo contratante tenha sido superior ao normalmente cobrado (diante da atividade do cartel) este foi acordado entre as partes. Entretanto, é necessário observar que, mesmo sem qualquer violação das cláusulas contratuais, existe dano ao comprador. Também há a hipótese das vítimas do cartel que adquirem o produto de outro agente que também foi lesado pelo cartel, tal como ocorre nos casos em que os cartéis se formam no início da cadeia produtiva. Segundo o mesmo autor, nesse caso, a responsabilidade dos cartelistas perante as vítimas finais somente poderia ser extracontratual. Maggi complementa dizendo que grande parte das vezes “a complexidade dos factos dificulta a classificação da responsabilidade em contratual ou extracontratual. No caso dos cartéis, a responsabilidade é extracontratual, pois o prejuízo gerado aos compradores não decorre da violação do contrato de compra e venda celebrado com o fornecedor, sendo ele um dos cartelistas ou não. A origem do prejuízo está no acordo de cartel, fator externo aos negócios jurídicos individuais de compra e venda dos produtos”. Assim, diante da dificuldade de caracterizar uma situação em um destes elementos como tal, o Brasil, por exemplo, está seguindo a tendência de reunir em uma só “responsabilidade civil” ambos elementos.

41 Cordeiro (2001: 265), contrariando a distinção histórica da responsabilidade contratual e extracontratual, refere que, para superar o demasiado normativismo no enquadramento da responsabilidade civil e possibilitar uma conceção unitária do instituto, dever-se-ia conceber a responsabilidade civil a partir do dano. Leitão (2007: 14-15), ao apreciar tal entendimento, diz que “A construção dogmática da responsabilidade civil a partir do pólo do dano contribuiu para evidenciar novas latitudes de protecção e para ampliar a noção de ilicitude. Desta tendência moderna da responsabilidade civil resultaram, assim, novas abordagens da sua fenomenologia, das quais se salienta - no domínio pessoal - ampliando a protecção dos direitos de personalidade, o “dano existencial”, e - no domínio patrimonial – estendendo a sua tutela fora dos direitos subjetivos absolutos – o dano puramente patrimonial. Fundamental é a compreensão que, nestes casos, se trata de um alargamento da ilicitude e não de uma mera tipologia de danos. Porém, a autonomização de novos bens jurídico-delituais projeta-se no dano, na medida em que surge como o resultado da lesão de utilidades juridicamente protegidas”.

42 No entanto, lembra Costa (2003: 728 e ss) que a responsabilidade civil pode ser objeto de convenção das partes, quer seja no domínio da responsabilidade contratual, como da responsabilidade extracontratual. Isto decorre do princípio da liberdade contratual e do preceito que autoriza os interessados, em certa medida, de fixar, em comum acordo, o montante da indemnização exigível. Porém, tais convenções não devem afastar as normas legais imperativas ou de ordem pública.

De forma geral, as ações de responsabilidade civil são contra empresas ou pessoas singulares que desenvolvem atividade jurídica em determinado mercado, que poderão agir simultaneamente e responderão solidariamente pela reparação, quando condenadas. Quanto aos sujeitos ativos da ação, estes são inúmeros, geralmente empresas concorrentes, consumidores, distribuidores, usuários, acionistas, investidores, fornecedores, entre outros, que atuam no mesmo mercado e tenham relação com esta conduta ilícita.

Nos países onde há Lei da defesa da concorrência, esta possui um caráter administrativo, e de conteúdo sancionatório, e possibilita ações privadas do tipo indenizatório. Para tanto, de modo a obter a reparação o prejudicado deve provar os elementos da responsabilidade extracontratual: ato ilícito, dano, nexo causal e nexo de imputação, os quais passar-se-á a tratá-los especificamente, conforme seque.

## 2. O ilícito concorrencial

O primeiro elemento da responsabilidade civil é o ilícito concorrencial. Há praticamente um consenso quanto aos requisitos para se considerar um ato ilícito: é toda ação ou omissão voluntária, que violar um direito, mediante culpa ou risco, ainda que moral<sup>43</sup>. No Brasil, ato ilícito é a violação à uma Lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Ao passo que, na Argentina, ilícito é o ato contrário ao que for expressamente proibido por Leis ordinárias, municipais e regulamentos de polícia. No Uruguai, por sua vez, é um ato contrário ao direito. E, no Paraguai, são os atos proibidos por Leis, normas municipais ou outras disposições criadas por autoridade competente.

Assim, os ilícitos concorrenciais têm previsão na Lei da defesa da concorrência de cada país: na Lei brasileira, estão dispostos nos incisos dos artigos 36 e §3.º da Lei n.º 12.529/11 (ex-artigo 20 e 21 da Lei n.º 8.884/94), na Lei argentina, estabelecidos no artigo 1.º da Lei n.º 25.156/99, na Lei uruguaia,

---

43 Segundo Ascensão (2008: 18), o ato ilícito, como qualquer ato jurídico, é “um facto humano e voluntário” não incluindo o mero facto jurídico, que é “todo o facto que produz efeitos no direito” e que não depende da intervenção humana. Porém, os atos jurídicos podem decorrer de uma ação voluntária, uma omissão voluntária, um ato negligente ou um ato imprudente, desde que qualquer um deles viole direito ou gere dano a uma pessoa (física ou jurídica). Varela (2000: 543) explica que ilicitude é a “reprovação da conduta do agente, embora no plano geral e abstrato em que a lei se coloca, numa primeira aproximação com a realidade. Como sinónimo de violação de um comando geral, a ilicitude reveste ainda um interesse especial no caso particular das omissões”. Para Costa (2003: 513-514), a ilicitude consiste na infração de um dever jurídico, quando não há causas de exclusão de ilicitude ou causas justificativas do facto danoso.

desdiscriminados no artigo 2.º da Lei n.º 18.159/07, e, no Paraguai por previsão constitucional, no artigo 107. No entanto, os atos anticoncorrenciais previstos nestas normas não se apresentam em um rol exaustivo, estando suscetíveis de averiguação no caso em concreto.

Desta forma, no Brasil os “atos sob qualquer forma manifestados” somente serão tidos como anticoncorrenciais se seu objeto ou seus efeitos no mercado concorrencial, efetivos ou potenciais, preencherem uma ou mais das hipóteses legais previstas, ou seja: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante. Os comportamentos dos agentes económicos podem ser aglomerados em grandes categorias que usualmente se revestem nas diversas políticas empregadas pelo agente económico em relação a preços, contratos, exportação, propriedade intelectual, entre outras. Assim, entre as diversas condutas que poderão ser caracterizadas como ilícitas, constituindo uma infração à ordem económica brasileira, destaca-se, por exemplo, a fixação em acordo com concorrente preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços, a venda de mercadoria abaixo do preço de custo e a limitação do acesso de novas empresas ao mercado<sup>44</sup>.

Na Argentina, são proibidos e sujeitos a sanções, todos os atos ou condutas, de qualquer forma manifestados, relacionados com a produção e troca de bens e serviços, que possam limitar, falsear, restringir ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou constituam abuso da posição dominante de um mercado, de modo que possa resultar em prejuízo para o interesse económico em geral. Desta forma, todos os atos, independentemente de um rol específico, que se enquadrarem numa das condições expressas neste artigo e trouxerem dano ao interesse económico geral, serão considerados ilícitos sancionáveis<sup>45</sup>. No Uruguai, por sua vez, serão considerados ilícitos concorrenciais o abuso da posição dominante e todas as práticas, condutas ou recomendações, individuais

---

44 O ato ilícito pode ser manifestado em todas as áreas da Direito (administrativo, tributário, trabalhista, eleitoral, processual, penal, etc.).

45 Interessante observar que trata-se de uma formulação similar ao evidenciado na legislação brasileira quando determina a repressão de todos “os atos, sob qualquer forma manifestados”. Porém, difere substancialmente da legislação brasileira e do antigo Protocolo de defesa da concorrência do Mercosul, quando refere que as condutas devem acarretar prejuízo ao interesse económico geral. Ademais, difere da Lei brasileira, quando prevê que o ato punitivo pode prejudicar não só a competição, como também o acesso ao mercado, que é importante principalmente para o acesso a novos concorrentes.

ou combinadas, que por efeito ou objeto, restrinjam, obstaculizem, distorçam ou impeçam a concorrência atual ou futura no mercado relevante<sup>46</sup>.

Assim, para fins de caracterizar o ato ilícito não é necessário verificar os motivos (subjetivos) que levaram o agente a praticar a ilicitude, tampouco a finalidade que o levou a exercer o abuso do poder económico, basta a violação à regra. Todavia, alguns elementos podem ser considerados para valorar as práticas, condutas e recomendações: se estas geram ganhos de eficiência económica, as unidades económicas e as empresas envolvidas, se os ganhos de eficiência poderiam ter sido obtidos de formas alternativas e se o benefício é repassado aos consumidores. Para tanto, será a Comissão de Promoção e Defesa da Concorrência, enquanto órgão de aplicação da Lei de defesa da concorrência, o responsável por analisar tais elementos e decidir se o ato na prática se caracteriza como um ilícito concorrencial.

No Paraguai, devido à falta de normas que qualifiquem as condutas anticoncorrenciais proibidas no ordenamento jurídico paraguaio, a responsabilidade pelos danos causados por ilícitos concorrenciais no país é escassa. Somente em casos pontuais, como é o caso da defesa da concorrência no setor das comunicações, os ilícitos são evidenciados em legislação específica, ficando os demais abrangidos por previsão constitucional genérica. Como já analisado, o art. 107 da Carta Magna Paraguaia salguarda a liberdade de concorrência, proibindo a criação de monopólios ou baixas artificiais de preços que prejudiquem a livre concorrência.

O Projeto de Lei prevê como práticas comerciais consideradas restritivas da livre concorrência proibidas desde os cartéis ou convênios entre empresas competidoras, que de alguma forma possa prejudicar a concorrência, as práticas ou restrições verticais anticoncorrenciais, o abuso do poder dominante<sup>47</sup> e de dependência económica, a prática de preços predatórios e ações abusivas e as fusões e aquisições que possam se converter em empresa dominante ou resulte num monopólio.

É importante ressaltar que nem todo ato ilícito económico é um ato ilícito concorrencial, apesar de o inverso ser possível. Isso faz com que seja imprescindível extrair do ambiente económico todos aqueles atos que possam se

---

46 Esta regra se aproxima da Lei brasileira e argentina de defesa da concorrência quanto as práticas proibidas pela Lei n.º 18.159/07, porém tais restrições são para todas as condutas que afetem a atual e a futura concorrência no mercado relevante.

47 Sobre as condutas consideradas abusivas, de acordo com o Projeto de Lei, ver artigo 13 a 19.

enquadrar na esfera concorrencial. Assim, torna-se necessário delimitar a sua incidência em cada caso concreto<sup>48</sup>.

Assim, analisado o requisito da ilicitude, para caracterizar a responsabilidade civil concorrencial, importante se faz a apreciação dos “danos ressarcíveis”.

### 3. Os danos ressarcíveis

É a partir da prova do ilícito concorrencial e do efetivo prejuízo sofrido pela vítima, como consequência da conduta anticoncorrencial do agente econômico, que o prejudicado poderá requerer judicialmente a cessação de práticas anticoncorrenciais cumulativamente com indenização por perdas e danos, independentemente da existência de processo administrativo. Assim, não basta que haja um ilícito, é essencial que este ato tenha gerado um dano de forma a ser indenizado por uma acção de responsabilidade civil<sup>49-50</sup>.

Tais ilícitos dependem do efetivo prejuízo sofrido pela vítima, seja ele patrimonial ou não-patrimonial, para serem objeto de reparação civil<sup>51-52</sup>. Assim, a reparação do dano causado a vítima é a restauração do *statu quo ante*, ou seja, devolver ao prejudicado o estado em que este se encontrava antes do ilícito, devendo abranger o que se perdeu e o que se deixou de ganhar, isto é, os danos emergentes e os lucros cessantes (princípio *restitutio in integrum*)<sup>53-54-55</sup>.

48 Buchain, 2006: 38-40.

49 Logo, o dano não é condição essencial do ato ilícito, porém, o dano é condição do ressarcimento. O dano é a consequência imediata do ato ilícito. Ele provoca a lesão à vítima pela prática de atos anticompetitivos, sendo considerado o elemento essencial para a reparação civil. Assim, a ilicitude que causa dano dá lugar a uma reparação.

50 Para aprofundar o estudo do dano em cada Estado-parte do Mercosul, ver Stolz, 2013: 117-128.

51 Alterwain, 2011: 76.

52 No entendimento de Gonçalves (2003: 530) e Savatier (1951: 89) somente o dano certo e o atual poderão ser ressarcíveis. Isto porque um dano hipotético ou eventual pode não chegar a se concretizar. Um exemplo trazido por Maggi (2010: 133-4) é de empresas que se reúnem para combinar o aumento de preços, crime este que se caracterizaria como cartel. No entanto, se após a reunião os cartelistas não colocarem em prática o acordo, visto não terem a capacidade de alterar o funcionamento do mercado, inexistirá o dano. Assim, no momento do ilícito o dano era eventual, portanto não indenizável até que ocorresse em definitivo. No caso em tela não se concretizou, portanto caso tivesse sido indenizado seria no mínimo injusto.

53 Esta situação é denominada pela doutrina como “teoria da diferença”, ou seja, constrói-se um cenário hipotético como seria se o ato ilícito não tivesse ocorrido, e compara-o com o cenário real. A diferença será o montante da indenização (Diez-Picasso e León, 1999: 308). Entretanto, esta teoria é discutível quando se verifica que diversos fatores podem influenciar no desenvolvimento e de um negócio, não podendo-se provar que o teria ocorrido com a mesma certeza com que se pode provar-se com que de facto ocorreu (Blair & Page, 1995: 41). Ademais é muito complicado construir-se um cenário perfeito, já que este pode não ser fruto de um mercado competitivo (o que levaria o questionamento sobre o que seria uma concorrência perfeita e se ela realmente existe para ser aplicada como regra.

A caracterização do dano pode advir, de um sobrepreço, de uma ausência de escolhas na compra de um produto, da diminuição da qualidade de um produto, entre outros. Assim, o dano pode variar de acordo com o caso prático<sup>56</sup>. No caso dos prejuízos aos competidores, estes podem resultar em perdas de oportunidades e lucros cessantes. Tais prejuízos não são de fácil quantificação já que dependem de diversos fatores<sup>57-58</sup>.

A mesma dificuldade é encontrada ao liquidar os prejuízos com danos morais, já que não basta verificar que os consumidores foram excluídos do mercado para gerarem tais danos, deve-se provar o abalo moral que a impossibilidade de acessar o mercado gerou no indivíduo. Por exemplo, o dano moral é muito diferente num doente que necessita de um remédio, mas que por um ilícito concorrencial de uma determinada empresa farmacêutica ficou

---

54 Cavalieri Filho, 2005: 35.

55 Para Leitão (2007: 18), “O dano ocupa o lugar central na responsabilidade civil. Trata-se do dano patrimonial que corresponde à diferença para menos no património do lesado, que resulta da situação em que presentemente se encontra (situação real) e aquela que se encontraria se o facto constitutivo da obrigação de indemnizar não se tivesse verificado (situação hipotética), diferentemente do dano real que corresponde ao valor objetivo do prejuízo sofrido. O lucro cessante só tem lugar numa concepção patrimonial do dano é só configura um dano em relação à situação hipotética do património do lesado”.

56 Porém é importante lembrar que nem todos os danos concorrenciais afetam os interesses individuais, restando a estes apenas de aplicação de sanções administrativas. Como exemplo a isso, Baquero (2008: 22) refere ao caso dos acordos que tem por “objeto restringir a concorrência” sem que seus efeitos tragam danos individuais. Outro exemplo seria de condutas que não são sancionados administrativamente porque não afetam de maneira sensível o funcionamento do mercado. O mesmo autor refere que a doutrina costuma distinguir os danos concorrenciais em danos de mercado, danos aos consumidores e danos aos competidores, de acordo com os interesses que os afetem ou sobre os quais recaem o impacto da conduta restritiva, “lo cierto es que los daños al mercado pueden considerarse com el prototipo de los danos concorrenciales, respecto de los cuales por regla general resulta procedente la imposición de sanciones administrativas; por su parte, los danos al consumidor y a los competidores, son por esencia danos al consumidor y a los competidores, son por esencia danos cuncurrenciales individuales o privados, que pueden dar lugar a la declaración de responsabilidade civil sempre que se cumplan los demais requisitos estruturales de ésta, sin que ello excluya de plano la aplicación de sanciones administrativas, las cuales según indicamos antes pueden ser y generalmente son de carácter cuncurrente”.

57 Alterwain, 2011: 81.

58 Mais complexa é a possibilidade do consumidor indireto, fruto de diversas compras e vendas de empresas distribuidoras intermediárias, que sofreu prejuízos por consequência de um ato anticorrencial, reclamar perdas e danos e quantificar este dano. Os lucros obtidos pelos distribuidores serão calculados sobre o valor de um produto com sobrepreço, gerando prejuízos “multiplicados” ao consumidor final, sendo imprescindível a sua reparação.



impossibilitado de comprar o produto, do que o de uma pessoa que ficou impedida de comprar um computador de última geração<sup>59</sup>.

A dificuldade de obter a indenização ocorre, pois, os factos e fundamentos jurídicos do pedido indemnizatório devem ser produzidos de forma a assegurar ao juízo a correta demonstração do direito invocado, admitindo-se a instrução probatória no curso da acção. Assim, o pedido indemnizatório não pode ser meramente especulativo, tampouco advir de situações alheias à conduta de quem se pretende buscar a reparação. Deve demonstrar os danos sofridos e requerer a reparação proporcional a este<sup>60-61</sup>.

A mera alegação ou suposição de ilícitos concorrenciais, sem qualquer fundamentação e comprovação impediria a busca pela reparação civil, exceto quanto a cartelização de preços e outros, em que a prática é presumida mediante a prova da conduta dos agentes no mercado, e de preços combinados.

---

59 Buchain (2006: 166) entende que diante da dificuldade de reparar os danos não-patrimoniais, concedeu-se à autoridade administrativa a competência de invocar a pena de "multa" àqueles que prejudicarem a ordem económica. No entanto, isto não significa que a vítima não possa buscar a reparação por dano moral, já que a própria Lei da concorrência permite a aplicação concomitante de penalidades administrativas e indemnização ao agente que praticou o ilícito concorrencial. Assim, a multa decorreria a imposição de encargo ao causador de uma ofensa à ordem económica (e não à existência ou inexistência de um prejuízo ao mercado) e a indemnização dependeria da existência do dano patrimonial ou moral, proporcional a sua extensão.

60 Segundo Leitão (2007: 18), "apenas uma avaliação concreta e dinâmica do dano permite à responsabilidade civil realizar a sua função de proteger os direitos e bens jurídicos não só em termos estáticos mas igualmente dinâmicos".

61 Na prática, os danos podem ocorrer em diversas situações distintas, envolvendo casos específicos, dependendo da conduta do agente e das circunstâncias próprias de cada acontecimento, da natureza do negócio jurídico envolvido e do ilícito cometido. Alguns exemplos são destacados por Buchain (2006: 171-174) ao referir que "quando a vítima paga o preço ilicitamente majorado por determinado bem (ou recebeu preço inferiorizado), devido a manipulação do mercado por determinado agente", como ocorre, por exemplo, no caso dos cartéis, a diferença entre o preço cobrado (ou o preço devido) e o efetivamente pago (ou recebido) determinará o valor do dano. Já o prejuízo sofrido pela vítima no faturamento de seu empreendimento em razão de uma conduta anticoncorrencial praticada pelo agente dominante será calculado através dos lucros cessantes, ou seja, através da diminuição da receita do prejudicado no período que esteve sob o efeito da conduta anticoncorrencial. Para a perda de receita ou lucro do agente vitimado pela conduta ilícita do concorrente decorrente do aumento abusivo de preços, o cálculo do dano será feito pelos métodos similares aplicados para a quantificação dos danos derivados do aumento injustificado de preços. No caso da vítima ter sido conduzida para fora do mercado em face da conduta do agente dominante, poderá buscar a reparação pelos danos emergentes e lucros cessantes. Ou seja, segundo este Doutrinador, "no direito da concorrência, o dano sofrido por um determinado agente económico poderá ser representado tanto pelos lucros não obtidos na atividade produtiva (lucros cessantes projetados pelo decaimento ou paralisação da empresa prejudicada, ao longo do tempo), quanto por danos emergentes representados pela perda imediata sofrida até o pedido indenizatório".

#### 4. O nexo causal

O nexo causal, por sua vez, essencial para caracterizar o acto ilícito, refere que a obrigação de indemnizar não recai sobre qualquer pessoa, mas sim, sobre aquela cujo acto está vinculado ao dano<sup>62-63</sup>. É de grande importância que o nexo causal seja bem configurado, pois representa o liame entre o acto praticado por determinada pessoa (causa) e o dano produzido (efeito)<sup>64-65</sup>.

Desta forma, não se pode responsabilizar uma pessoa que não praticou nenhum acto ilícito ou, mesmo que tenha praticado, não incorreu naquele dano específico. O acto deve ser determinante para a produção do dano. Desta forma, deve verificar-se primeiramente que a pessoa praticou o ilícito, de seguida deve-se averiguar se foi este que acto gerou o dano e se este acto foi determinante para a produção do dano e, finalmente, se o dano em causa decorre daquele acto. Caso uma destas constatações for negativa, inexistente o nexo causal, portanto, não existe a responsabilidade civil<sup>66-67</sup>.

Assim, desenvolveram-se na teoria da responsabilidade civil várias teorias que procuram estabelecer critérios para aferir o nexo causal, das quais salientamos: a teoria da *conditio sine qua non*, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade necessária.

A teoria da *conditio sine qua non*, surgida no século XIX, por alguns chamada de “teoria da equivalência de condições”, considera que todos os factos que colaboraram para que o dano ocorresse são considerados causadores do

62 Gomes (1997: 274) destaca que “não se exige, porém, que o ato do responsável seja a causa exclusiva do dano. Basta que entre as suas causas responda pela que determinou o prejuízo imediato. Não é preciso, do mesmo modo, que o agente tenha previsto suas conseqüências. Indispensável é a conexão causal. Se o dano provém de outra circunstância, ainda que pela atitude culposa do agente tivesse de ocorrer, este não se torna responsável, uma vez que não há relação de causa e efeito. Não basta, com efeito, que o dano pudesse sobrevir por efeito da conduta do agente, mas é preciso que se produza na realidade como conseqüência desta, e não de outro acidente”.

63 Costa (2003: 555) acrescenta que o nexo de causalidade entre o facto e o dano possui a função dúplice de “pressuposto da responsabilidade civil e de medida da obrigação de indemnizar”, tendo em vista que não são todos os danos que serão ressarcidos, mas apenas os danos decorrentes (resultantes) dos factos ilícitos são incluídos na responsabilidade do agente.

64 Lopez, 2008: 22.

65 Cordeiro (2001) refere que o nexo de causalidade não se assenta em uma relação comportamento-dano, mas sim, na ligação agente-dano. Assim, busca-se determinar previamente os danos que podem ser imputados ao agente, ao invés dos danos indemnizáveis (medida da reparação).

66 Entretanto, a dificuldade nasce quando observa-se que, na prática, todo fenómeno precede não só de um antecedente, mas sim, de vários, que deverão ser juridicamente importantes para imputar o autor.

67 Coelho, 1951: 204.

dano (causas equivalentes)<sup>68</sup>. Esta teoria é atualmente pouco aceite pois, além de muito abrangente, impõe grande responsabilidade sobre o agente do acto, já que define que sua atividade contribuiu para todas as perdas subsequentes impostas à vítima<sup>69-70</sup>.

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, introduzida ao final do século XIX, afirma que os factos devem ser analisados dentro de uma relação de causa e efeito, ou seja, a causa tem que ser condição para que o efeito se produza (critério de adequação). Para esta teoria haverá nexos causais entre o ato e o dano se estiverem presentes fatores que normalmente produziram o dano em situações semelhantes (o que normalmente aconteceria)<sup>71</sup>. A análise do nexo causal sob essa teoria é feita através do questionamento sobre qual foi o ato decisivo para a ocorrência do evento danoso. Podem ter vários atos decisivos, mas basta que aquele sob análise possa gerar o dano.

Segundo Stocco<sup>72</sup>, a teoria da causalidade adequada difere da “teoria da equivalência”, pois nem todas as condições serão consideradas causa, mas tão-somente aquela que for a mais apropriada a produzir o resultado, ou seja, aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea à realização do evento danoso. Assim, para a teoria da causalidade adequada o evento precisa ser capaz de gerar o dano, de forma distinta da teoria da *conditio sine qua non*, em que todos os eventos contribuem para a produção do dano<sup>73</sup>. Ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa e que somente se considera causa o evento que produziu directa e concretamente o resultado danoso.

Por fim, a teoria da causalidade necessária, também conhecida como teoria da relevância jurídica, procura limitar um pouco mais a abrangência dos eventos que podem gerar os danos. Assim, serão reparáveis todos os danos que se conectem com uma causa, ainda que remota, de modo que ela lhe seja o único evento que explique a produção do dano<sup>74</sup>.

---

68 Tepedino, 2001: 06 e Alvim, 1972: 372.

69 Neste sentido Noronha, 2003: 57.

70 Guerreño: 2006.

71 Destarte, aqueles eventos que somente provocariam o dano sob análise em ocasiões excepcionais, não são considerados como causas adequadas.

72 Stocco, 2007: 151.

73 Silva, 2007: 20-23.

74 Alvim (1972: 356), ao tratar da causalidade necessária, procura restringir o alcance dos eventos que podem gerar danos. Assim, segundo esta teoria, o dano que se relaciona precisamente com uma causa, mesmo que remota, a ponto de ser o único fundamento que explique a produção do dano, é indemnizável.

Estas teorias apresentam características peculiares, produzindo vantagens e desvantagens nas suas aplicações, dependendo a sua aplicação do caso prático<sup>75</sup>. No caso dos danos causados decorrentes de atos ilícitos concorrenciais, caso aplicado a teoria *conditio sine qua non*, todos os danos gerados à sociedade deverão ser indemnizados pelo agente em todos os níveis da cadeia produtiva. Assim, segundo esta teoria, seriam indemnizados todos os resultados com algum nível de proximidade com o dano. No caso do sobrepreço, seriam indemnizados desde o agente que adquiriu o produto da empresa que praticou o ato até o consumidor final. Aliás, haveria a possibilidade de, até o consumidor final, que deixou de comprar o produto pelo respectivo aumento do preço e sofreu um dano por causa disso, poder ser ressarcido. Consta-se que esta teoria não considera que os prejuízos possam ser repassados ao consumidor final, não havendo, em princípio, o dever de indemnizar aos agentes intermediários.

Já no caso da teoria da causalidade adequada, o ato deve ser capaz de produzir o dano, mas não necessariamente de forma exclusiva: o mesmo dano poderia ser produzido por outros atos. Desta forma, o aumento do preço de um produto seria capaz de explicar, por exemplo, o motivo pelo qual um consumidor deixou de comprar determinado produto. Mesmo que a decisão de compra do consumidor tenha-se concretizado por critérios subjectivos, e não mantém necessariamente uma relação directa com a alteração de preço do produto.

Por sua vez, para a teoria da causalidade necessária somente teriam direito à indemnização os compradores directos que pagassem pelo produto um preço superior ao preço normal de mercado. Por exemplo, no caso de um cartel, o aumento de preços do frete de uma transportadora não poderia ser justificado, única e exclusivamente, por causa do aumento do preço da gasolina, já que existem uma série de fatores que contribuem para tanto, não havendo razão para os cartelistas serem responsabilizados por isto<sup>76 77</sup>.

---

75 Segundo Leitão (2007: 634-635), “[o] sistema do nexo de causalidade funciona, deste modo, como um pressuposto da responsabilidade civil que visa dar resposta ao problema do papel do agente na produção do dano e se esse papel é suficiente para consubstanciar a “causa” jurídica do dano. Trata-se, mais uma vez, de um plano normativo, cujo relevo parece ser ainda mais evidente no domínio das normas de protecção. Daqui que, em especial, a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) e, em geral, as teorias de base naturalística sejam manifestamente inadequadas no domínio dos danos produzidos pelo agente por violação de normas de protecção. Mesmo a teoria da causalidade adequada pode ser inoperativa neste domínio”.

76 Maggi, 2010: 164.

77 Neste sentido, interessante observar a decisão proferida pelo órgão de aplicação da Lei de defesa da concorrência do Brasil, no Processo administrativo n.º 08012.009088/1999-48. Nesta ação, o Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal se insurgiu contra alguns laboratórios farmacêuticos, pela

Assim, de uma forma geral, a teoria que parece mais apropriada é a teoria da relevância jurídica (teoria da causalidade necessária), pois garante maior equilíbrio entre as situações anteriores e posteriores ao dano e evita o pagamento de indenizações indevidas. No entanto, vai depender do caso prático a escolha pela teoria mais apropriada para estabelecer o nexo de causalidade<sup>78</sup>.

## 5. Critérios de imputação

Por fim, o nexo de imputação da culpa, como requisito para buscar a reparação civil, é um tema variável nos ordenamentos nacionais. Trata-se do critério pelo qual se liga o facto danoso ao agente, isto é, a culpa ou o risco.

Como referido supra, o evento danoso liga-se ao agente pelo factor culpa. Entretanto, com o surgimento da responsabilidade objetiva, o factor risco também passou a ser considerado para ligar o facto danoso ao agente.

Culpa em sentido genérico corresponde a um erro de conduta, ou seja, é toda conduta voluntária, contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito. Pode ser dividida em dolo e culpa no sentido estrito ou negligência, aquele ocorre quando conduta é qualificada pela intenção de lesionar (o agente quer a acção e o resultado), e esta, quando a conduta é não possui essa intenção (ele quer apenas a acção, mas não quer aquele resultado, apesar de previsível).

Para os países como Argentina, Paraguai e Uruguai, o elemento “culpa” é um factor imprescindível para a reparação civil por ilícito concorrencial. Este

---

prática da formação de cartel, prejudicando a atuação dos distribuidores de medicamentos no Brasil e de prejudicar a introdução de medicamentos genéricos. Decisão de 23 de fevereiro de 2005. Desta forma, ao escolher a teoria do nexo de causalidade mais apropriada ao caso, o CADE decidiu assim: “As três principais teorias que dão conta da causalidade na dogmática jurídica são a teoria da condição, a teoria da causalidade adequada e a teoria da relevância jurídica. [...] Essa última teoria é de especial importância em situações, como a dos autos, em que a responsabilidade do agente é determinada pelo resultado mais grave, tenha ele se concretizado ou não, como fundamento “no princípio do *versari in re ilícita*, isto é, como simples consequência de sua atuação anterior contrária ao direito. Pela teoria da relevância, será imprescindível analisar, neste caso, se a causalidade se afastou do processo que o tipo legal previu como proibido e também do fim de proteção da norma (a norma não quer ter em conta qualquer resultado mais grave); se tal ocorrer, não será possível responsabilizar-se esse autor, mas somente quem, no caso concreto, atuou com a relevância típica, isto é, aquele que produziu o resultado mais grave dentro do desdobramento da própria atividade típica”.

78 Segundo Leitão (2007: 634-635), “[o] sistema do nexo de causalidade funciona, deste modo, como um pressuposto da responsabilidade civil que visa dar resposta ao problema do papel do agente na produção do dano e se esse papel é suficiente para consubstanciar a “causa” jurídica do dano. Trata-se, mais uma vez, de um plano normativo, cujo relevo parece ser ainda mais evidente no domínio das normas de protecção. Daqui que, em especial, a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) e, em geral, as teorias de base naturalística sejam manifestamente inadequadas no domínio dos danos produzidos pelo agente por violação de normas de protecção. Mesmo a teoria da causalidade adequada pode ser inoperativa neste domínio”.

é o ponto de maior divergência e de maior relevância encontrado entre os Estados-partes do Mercosul quando se trata dos requisitos para a busca pela responsabilidade civil.

A teoria do risco, por sua vez, tem diversas vertentes, destacando-se o risco-proveito, o risco profissional, o risco excepcional, o risco criado e o risco integral<sup>79</sup>. Segundo Savatier<sup>80</sup>, a responsabilidade fundada no risco consiste na obrigação de indenizar o dano que tem origem na atividade exercida pelo agente e sob seu controle, de modo que o comportamento do lesante não é indagado: interessa apenas o dano e a conduta do causador.

No ordenamento jurídico brasileiro, apesar de a regra geral ser a responsabilidade subjectiva do agente, quando se trata de um ilícito concorrencial, a responsabilidade é objetiva. O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro estabelece uma verdadeira cláusula geral ou aberta da responsabilidade objetiva, acolhendo, nos casos especificados em Lei, a teoria do risco criado, ou seja, o risco da atividade faz com que seja aplicada a responsabilização independentemente de culpa.

Assim, o artigo 36 da Lei n.º 12.529/11 (ex-artigo 20 da Lei n.º 8.884/94), que caracteriza os actos ilícitos concorrenciais, estabelece que constituirão “infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os actos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...]”. Desta forma resta claro que segundo este dispositivo, em conjunto com o artigo 927 do Código Civil, inexistente a necessidade da culpa do agente para o prejudicado ser indenizado por responsabilidade civil antitruste (ou concorrencial).

É necessário, portanto, que estejam presentes os demais requisitos, quais sejam, a acção, nexo de causalidade e dano, não sendo exigido, portanto, a culpa do agente. Isto facilita muito o ressarcimento dos prejuízos causados por actos ilícitos concorrenciais.

Na Argentina, por sua vez, a evolução da responsabilidade civil também parece ir neste sentido. Inicialmente o critério de imputação da

---

79 O risco proveito é conhecido pela expressão: “quem colhe os bônus, deve suportar os ônus”. O risco profissional é relacionado às relações de trabalho. O risco excepcional relaciona com as atividades que representam um elevado grau de perigo. O risco criado trata que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que essa atividade gera para os indivíduos. O risco integral trata-se do grau mais elevado de responsabilidade objetiva, não admite exclusão (Pereira, 1990: 287-288).

80 Savatier, 1951.

responsabilidade civil estava previsto pelo Código Civil baseado exclusivamente na teoria subjectiva (teoria subjectiva ou por culpa). Assim deveria-se analisar a culpa ou negligência do agente que cometeu o dano. No entanto, atualmente, outros critérios que não a da culpa, como a consciência de que o acto poderia causar o dano, a criação de um risco ou situação de perigo (Teoria do risco) e os pressupostos de atribuição automática ou *ex lege* de responsabilidade (Teoria objetiva ou estrita). É o caso do artigo 1066 e 1074 do Código Civil que, ao referirem os elementos para caracterizarem um acto ilícito, não preveem a necessidade de se averiguar a culpa. Ambos artigos trazem a responsabilidade de forma objetiva, ou seja, toda conduta que objetivamente não seja conforme a prescrição legal é em si mesma ilícita, independentemente de culpa.

Porém, a Lei de defesa da concorrência argentina, diferentemente da brasileira, não permite que os actos que afetem a concorrência sejam analisados e sancionados independentemente de culpa. Assim, toda pessoa que voluntariamente comete um acto ilícito, mediante culpa ou negligência, causando dano a outrem, tem o dever ou obrigação de indemnizar o prejudicado.

No Uruguai, como já analisado, um acto é considerado ilícito quando lesa direitos, interesses ou situações juridicamente protegidas por Lei. Assim, um acto de concorrência será ilícito, quando este comportamento seja contrário a uma Lei, os usos e a moral. No entanto, para que este ilícito seja considerado reparável civilmente, a legislação exige que esteja presente o elemento subjectivo da culpa. Logo, a culpa é um elemento essencial para a responsabilidade civil.

Entretanto, a caracterização da culpa não é uma situação fácil de ser verificada. Muitas vezes a conduta agressiva, mas legalmente constituída, distingue-se de uma maneira muito sutil de uma conduta anticompetitiva. A vontade de se destacar no mercado é uma característica comum dos empresários, mas nem sempre esta distinção tem intuito monopolista. Desta forma, o que precisa identificar é o *animus* do empresário, distinguindo se ele é apenas ambicioso ou anticompetitivo. Segundo Gamarra<sup>81</sup> para se verificar se houve culpa por parte do empresário na prática de um acto ilícito tem de considerar o perigo de dano que a atividade cria, ponderando, em particular, a dimensão do dano que pode causar.

---

81 Gamarra, 1991: 129.

No Uruguai não existe a possibilidade da inversão do ónus da prova nestes casos, ou uma norma que permita presumir a culpa<sup>82</sup>. Assim, Alterwain<sup>83</sup> sugere como forma de tentar identificar a intenção (culpa) na prática de actos ilícitos, a aplicação de alguns “testes” que são utilizados para verificar a legalidade de algumas condutas. Por exemplo, pode verificar-se a culpa de uma conduta quando esta só pode justificar-se pelo dano que gera a seus competidores. Assim, se for possível identificar uma conduta com base em sua motivação económica (por exemplo, o sentido económico da conduta ou o sacrifício de seus benefícios), o elemento imputação subjectiva estará provado.

Por fim, no ordenamento jurídico paraguaio, os actos voluntários só terão carácter de ilícitos se, além dos requisitos já mencionados, sempre que a seus agentes lhes seja imputável culpa ou dolo, ainda que se tratar de uma simples contravenção (artigo 1834 do Código Civil). Aquele que cometer um acto ilícito está obrigado a ressarcir o dano, inclusive independentemente de culpa, nos casos previstos directamente ou indirectamente em Lei (artigo 1833)<sup>84</sup>.

No Projeto de Lei de defesa da concorrência paraguaia não se prevê a possibilidade de se caracterizar o ilícito independentemente de culpa. Sendo assim, na hipótese deste Projeto ser aprovado, de forma semelhante ao que ocorre na Argentina e Uruguai, aquele que de alguma forma for lesado por um ilícito concorrencial, para obter a indemnização, deverá provar a culpa do agente para a indemnização.

---

82 Quanto ao ónus da prova Leitão (2007: 654) refere que “[e]m princípio, o lesado tem o ónus da prova com respeito à acção ilícita, com respeito à violação de normas jurídicas ou à violação de bens jurídicos e ao dano consequente, à causalidade que fundamenta e preenche a responsabilidade, assim como à culpa. Diferentemente, o ónus da prova da existência de uma causa de justificação ou de exclusão da culpa cabe ao lesante. Na acção de responsabilidade civil por violação de normas de protecção, o lesado tem que provar a violação da norma de protecção, a culpa, o dano e o nexo causal. A prova da causalidade, que cabe ao lesado, é facilitada, na prática, muitas vezes pelas regras sobre a “prova de primeira aparência” ou pela inversão do ónus da prova. Considera-se suficiente para a prova – *prima facie* - certas circunstâncias entre as quais avulta a característica do tipo legal em questão, prova que pode ser deduzida com a ajuda de máximas da experiência sobre o decorrer de acontecimentos típicos, *i.e.* quando as realidades existentes, segundo uma máxima da experiência geral, apontarem, de uma maneira típica, para o respectivo elemento de tipo legal. Cabe então ao lesante atacar esta prova pela contra-prova de factos dos quais resulte a possibilidade séria de um decorrer atípico e um abalo da primeira aparência”. A União Europeia, de forma a pacificar o assunto, recomendou que, uma vez praticado um ato considerado ilícito concorrencial (artigos 101.º e 102.º do Tratado da União Europeia), a fim de não ser compelida a ressarcir os danos causados aos prejudicados, esta deve provar que a infracção resultou de um erro excusável genuinamente, ou seja, um indivíduo médio, por mais que tivesse todos os devidos cuidados, resultaria no mesmo ato.

83 Alterwain, 2011: 76.

84 Sobre o assunto ver Guerreño, 2006.



Assim, para a Argentina, Uruguai e Paraguai, que entendem que o nexo de imputação se realiza com a averiguação da culpa do agente, este é elemento mais difícil de provar. Isto representa dificuldade de sucesso nas ações indenizatórias nestes países, devendo, a em nosso entendimento, ser equacionada a sua possibilidade de revisão. A legislação brasileira, fundamentada na teoria do risco criado, ou seja, independentemente da culpa do agente, facilita a propositura de ações de reparação por ilícitos concorrenciais.

Como já analisado, o artigo 4.º do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul previa que os atos, que de alguma forma pudessem prejudicar a concorrência, constituiriam infração à concorrência, independentemente de culpa. Entretanto, tendo sido suprimida com o advento do Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul, por falta de consenso e aplicação pelos Estados ratificantes desta norma internacional. Assim, ficou a cargo dos Estados-partes harmonizarem as suas legislações a fim de protegerem, em igualdade, todos os agentes económicos envolvidos no ambiente concorrencial.

## **6. A busca pela responsabilidade civil por infração à ordem económica**

A responsabilidade civil por infração à ordem económica é, como todos os assuntos da área da responsabilidade civil, tema complexo. Da mesma maneira, são praticamente inexistentes, ns Estados-partes do Mercosul, as lides envolvendo pedidos de indemnização decorrentes de infração antitruste, não obstante a maior presença dos instrumentos de defesa da concorrência.

A Argentina é o país onde mais se encontram ações neste sentido, mas ainda insuficientes, levando em conta a quantidade de ilícitos concorrenciais que ocorrem frequentemente no país. A primeira decisão de perdas e danos por condutas anticompetitivas neste país somente ocorreu em Outubro de 2009, ou seja, dez anos depois da aprovação da Lei de defesa da concorrência<sup>85</sup>.

85 A sentença foi proferida pelo Juizado Nacional de 1.ª instância em matéria comercial, (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n.º 14, Secretaría 27, el 16 de septiembre de 2009, en el expediente "Auto Gas S.A. c/ YPF S.A. y otro s/ ordinario"), e que originou importante precedente no tema *sub iudice*. Em suma, o caso descrito iniciou em 1999, quando a Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), que é uma companhia petrolífera local, presente tanto no mercado de produção como fracionamento de GLP, foi acionada para ressarcir os danos causados pelo incremento dos preços de gás liquefeito de petróleo. O CNDC analisou a conduta da YPF que consistia em exportar grandes quantidade de Gás Liquefeito de Petróleo a preços inferiores aos oferecidos na Argentina, com cláusula que impedia a reimportação do produto para o país.

Assim, o CNDC determinou que a YPF tinha posição dominante em todas as fases da produção e fornecimento de GLP, da qual abusou de forma a prejudicar os distribuidores locais de GLP. Também entendeu que havia barreiras à entrada e que os importadores não constituíam uma restrição aos produtores nacionais. Ademais ficou declarado que a YPF incrementou sua participação de mercado no período de

No Brasil, Uruguai<sup>86</sup> e Paraguai são praticamente inexistentes as lides envolvendo pedidos de indenização decorrentes de infração antitruste, apesar da maior presença dos instrumentos de defesa da concorrência nestes países.

Tal fenômeno pode ser explicado por uma série de factores. Destacam-se os seguintes: dificuldade quanto aos elementos probatórios e ao cálculo dos danos sofridos e indenizações devidas, os custos envolvidos e a falta de informação das empresas, consumidores e profissionais do direito sobre a Lei Antitruste<sup>87</sup>. Ou seja, falta de eficácia do sistema de responsabilidade delitual inclusive pode ser resultado de sua característica “reparadora e não sancionadora” e pela dificuldade de se obter todos os seus pressupostos, em especial a prova do dano e a prova da culpa.

---

10% a 40%, eliminando várias empresas competidoras, entre elas, a Autogas. Logo o Conselho concluiu que esta conduta afetava o interesse económico geral e ordenou a cessação da discriminação dos preços entre o mercado nacional e o internacional, bem como proibiu a cláusula que impedia a reimportação do GLP. Assim, uma multa de \$ 109.644.000 foi fixada a YPF. A decisão foi ratificada pela Corte Suprema de Justiça da Nação (Decisão n.º 314 emitida pela Comissão Nacional de Defesa da Concorrência em 19 de março de 1999 e “Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fallos” 325:1702”).

Em decorrência disso a reclamação privada foi intentada pela Auto Gas S.A. (Auto Gas), companhia criada para distribuir GLP, que se sentiu prejudicada pela conduta exercida pela YPF. Segundo a Auto Gas o abuso da posição dominante exercida pela YPF trouxe o indevido incremento dos preços e a diminuição das quantidades de GLP comercializadas pela mesma. Assim, depois de sofrer por quatro anos com comportamento exercido pela YPF, como consequência do corte de fornecimento, foi forçada a transferir o fundo de comércio de GLP para a empresa Shell Capsa. Desta forma, a Auto Gas exigiu uma indenização na época de \$ 117.113.962, de forma a ressarcir os prejuízos causados pelo abuso da posição dominante, o incumprimento contratual, o corte de fornecimento, e a venda do fundo de comércio.

O juiz entendeu que analisadas e sancionadas as condutas anticompetitivas da YPF pelo CNDC e ratificadas pela Corte Suprema de Justiça, o ato ilícito já estava provado e também comprovado o dolo. Assim analisou as causas do dano na Auto Gas e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Quanto ao dano pelo abuso da posição dominante, duas questões distintas foram tratadas. A primeira foi a diferença dos preços pagos entre os fixados para exportação e o pago dentro do país. Quanto a este fator foi decidido que, como o próprio Conselho já havia considerado, o incremento dos preços foram repassados aos consumidores, portanto foram eles os prejudicados, mas, mesmo assim, o juiz entendeu por aceitar 30% do montante reclamado. Já a segunda questão refere-se ao lucro cessante decorrente da redução do fornecimento de GLP, pela YPF, que era comercializado pela Auto Gas. Após liquidação o juiz entendeu que o lucro cessante era de 15% do montante reclamado, devido a relação entre o custo do produto e o custo financeiro da comercialização.

Por fim, analisados outros danos causados, tais como os que derivavam de incumprimento contratual e os que surgiram do suposto corte de fornecimento pela YPF a Auto Gas, o juiz ordenou, em primeira instância, a YPF pagar \$ 13.094.457 a Auto Gas pelos danos causados, que incluem as custas processuais.

86 Fato inclusive comentado por Alterwain, 2011: 79.

87 No Brasil, isto ocorre, por exemplo, no caso dos cartéis. Apesar de se tratar de uma recorrente prática ilícita, continua a ser bastante difícil e demorado obter provas suficientes para punir os envolvidos e exigir-lhes a indenização pelos danos sofridos (Maggi: 2010).

No entanto, conforme refere Rocha<sup>88</sup>, a reparação civil dos empresários prejudicados por atos anticoncorrenciais é fundamental para gerar um ambiente de segurança jurídica que possibilite os investimentos na atividade produtiva necessários ao desenvolvimento económico do país. Já a defesa dos consumidores, é meio de efetivação da dignidade da pessoa humana, razão pela qual demonstra a essencialidade da reparação civil dos danos causados aos consumidores, por atos de infração à ordem económica e por atos de concorrência desleal<sup>89</sup>.

No Paraguai, a falta de uma legislação específica de defesa da concorrência dificulta a responsabilidade por ilícito concorrencial. Porém, como já mencionado, o artigo 130 da Constituição Nacional prevê o amparo do ordenamento jurídico no caso de acção ou omissão de um agente o que permite a reparação civil. Assim na hipótese de uma pessoa que por uma acção ou omissão, manifestamente ilegal, de uma autoridade ou um indivíduo, se considere gravemente lesada ou em perigo iminente de direitos e garantias consagrados na Constituição ou por Lei (e por causa da urgência o caso não poderia ser resolvida através da maneira usual), pode promover a protecção perante o Tribunal competente. O procedimento será breve, sumário e gratuito e de acção popular nos casos previstos em Lei<sup>90</sup>.

Desta forma é interessante observar a prática. Um acontecimento que marcou o país foi o caso “Casa Grutter”, uma empresa atacadista e varejista situada na capital do país, que denunciou uma imposição quanto aos critérios

---

88 Rocha, 2004: 30.

89 Neste sentido, Leitão (2007: 391-392), analisando o caso português de responsabilidade delitual, refere que “outros fatores que contribuem para a falta de eficácia do sistema de responsabilidade delitual na sua aplicação ao ilícito concorrencial relacionam-se com o seu carácter marcadamente reparador e não sancionador e com questões que têm a ver com o sistema substantivo e processual dos seus pressupostos, como a prova dos danos. Note-se que, com frequência, o dano concorrencial causado a um operador económico apresenta um carácter continuado e uma magnitude desproporcionada em relação à conduta realizada. No âmbito das restrições da concorrência, a demarcação entre as condutas lícitas e ilícitas deriva, por vezes, de opções políticas sobre aspectos económicos que retiram segurança e carácter substantivo ao próprio princípio da livre concorrência. Apesar das acções de responsabilidade civil no âmbito do ilícito de concorrência serem um instrumento útil para protecção do interesse individual do concorrente, não devem substituir as sanções administrativas”. Ao referir de como o tema é tratado nos Estados Unidos e na União Europeia, explica que o recurso a acções cíveis de responsabilidade civil contra ilícitos de concorrência não se generalizou, mesmo com o advento do chamado “Treble Damages Actions, previstas no Clayton Act (Lei de 7 de julho de 1955), que permitem recuperar, até ao triplo, os danos causados por atos de concorrência ilícita. No que concerne à União Europeia dever-se-ia caminhar no sentido de uma maior uniformização desta matéria, atendendo às diferenças que existem entre os diferentes Estados-membros, sem pôr em causa as diferenças específicas de cada sistema jurídico”.

90 Conforme artigo 134 da Constituição paraguaia.

dos preços sugeridos por parte dos fornecedores (oligopólio). Este problema não podia ser apreciado de imediato pela falta de legislação nacional, no entanto, mediante o impacto que este caso gerou na sociedade, até mesmo com a publicação de uma carta divulgada pela direção da Casa Grutter, todos os esforços foram feitos para mediar o reclamante e os fornecedores acusados, de forma a obter uma solução mutuamente satisfatória para os prejudicados, principalmente a defesa do consumidor primário.

Assim, a solução do caso foi baseada no artigo 107 da Constituição, conforme já analisado, que incentiva a prática de atividades lícitas, em um regime de igualdade de oportunidades, garante a livre concorrência, proíbe a formação de monopólios, e o aumento e a diminuição injustificados de preços que prejudiquem a concorrência. Sublinha-se que a livre concorrência é um direito fundamental, previsto no artigo 107 da Constituição, sendo função do Estado o desenvolvimento econômico, nos termos do artigo 176 desta Carta Magna.

O caso acabou por ser resolvido sem a imposição de sanções e através de um acordo entre as partes, o que demonstra que, na prática, espera-se a boa vontade das partes para discutirem a situação e procurarem juntas um acordo respeitador do artigo 107 da Constituição. Desta forma, o uso da arbitragem demonstrou ser um bom meio para a solução do conflito.

Esta solução é manifestamente frágil e a questão de fundo só será resolvida com a aprovação de uma disciplina jurídica de defesa de concorrência. Até lá os agentes do mercado estão à mercê das práticas anticoncorrenciais, sem prevenções, limitações e sanções expressas. Apesar de ainda não ter críticas sobre esta situação, a tendência é que os ilícitos de concorrência aumentem, pois são consequência do crescimento da economia do país.

O Projeto de Lei, que encontra-se em tramitação no Paraguai, propõe uma inovação na Lei de defesa da concorrência quanto ao ressarcimento dos danos e prejuízos: permite que o próprio órgão de aplicação, a requerimento do órgão judicial competente, diga a quantia de indemnização que os autores das condutas anticoncorrenciais devem satisfazer aos denunciantes que tenham sido prejudicados em consequência destes atos. Assim, os prejudicados por atos anticoncorrenciais poderão obter ressarcimento na justiça comum, conforme previsão das Leis civis, independentemente de qualquer declaração da via administrativa.

## CONCLUSÃO

Com base na análise realizada, verifica-se que a criação de regras da concorrência busca promover o bem estar dos concorrentes e consumidores, corrigindo as falhas do mercado que possam decorrer da prática de ilícitos concorrenciais. A concorrência não é só o mecanismo elementar de exercício da economia de mercado, como a sua preservação requer a intervenção do Estado.

Muito embora existam esforços para traçar normas e mecanismos que viabilizem a integração na matéria no âmbito do Mercosul, constata-se que as normas atualmente vigentes não são ainda satisfatórias: é necessário definir regras sólidas. Há uma tendência de fazer com que os Estados-partes deste bloco económico harmonizem suas legislações, entretanto, cada Estado-membro do Mercosul vive um momento histórico diferente em seu ordenamento jurídico. Não há uma uniformização das legislações de concorrência, tampouco quanto a reparação por danos causados por ilícitos concorrenciais.

Assim, diante da dificuldade desta uniformização é essencial criar regras comuns de defesa da concorrência, que traga, ao menos, parâmetros comuns, respeitando as características peculiares de cada Estado. Também seria pertinente a criação de regras consonantes de reparação de danos causados por atos anticoncorrenciais, e a instituição de um Tribunal, ainda que arbitral, no Mercosul, específico sobre a matéria, para auxiliar na solução de controvérsias. Isto seria fundamental para a integração do Mercosul, pois compatibilizaria as políticas da concorrência dos Estados participantes, garantiria a livre concorrência e protegeria, de forma igualitária todos os agentes económicos.

É importante o desenvolvimento de mecanismos que permitam a implementação dos propósitos da livre concorrência, garantindo condições de competitividade, sem prejuízo ao interesse geral. Diante do cenário económico atual, é imprescindível rever os propósitos interventivos de forma a construir sólidas estruturas fiscalizadoras e regulatórias, como instrumentos fundamentais à protecção tanto dos agentes directamente envolvidos nas relações de concorrência, como os demais agentes também, inclusive dimensionando políticas de natureza preventiva e não apenas repressiva.

Como observado no trabalho, do ponto de vista substantivo, o sistema judicial Brasileiro, Argentino, Paraguai e Uruguai ainda padece de condições para assegurar a tutela e compensar os lesados por ilícitos concorrenciais. Acções individuais praticamente não existem (muito embora hajam recorrentes incidentes de praticas anticoncorrencias autuadas pelas autoridades da

concorrência), tampouco há ações coletivas sobre o tema, o que demonstra a falta de estrutura, incentivo e preparo para recepcionar tais demandas.

Entende-se que facilitar e incentivar a interposição de ações de indenização por danos causados por infrações as regras da defesa da concorrência é necessário. Logo, certas medidas devem ser adoptadas de modo a assegurar a busca por tais direitos, ou seja, deve haver uma harmonia dos sistemas jurídicos nacionais no seu todo.

No entanto, a criação de regras especiais tendentes a facilitar a interposição de ações cíveis de indenização no domínio específico do Direito da Concorrência deve ser utilizada apenas quando se mostre indispensável para a remoção de obstáculos, sem gerar impactos negativos a atuação da Autoridade da Concorrência. Desta feita, o *public enforcement* deve ser visto de uma forma complementar ao *private enforcement*, e não substitutivo. Assim, a criação de qualquer regra especial neste domínio deve assegurar um adequado equilíbrio entre ambos.

**BIBLIOGRAFIA**

ALTERINI, Atilio Anibal

1997 La responsabilidad extracontractual en los codigos civiles del MERCOSUR, in *Roma e America. Diritto romano comune – Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Roma: Mucchi.

ALTERWAIN, Alejandro

2011 Responsabilidad civil por infracciones a na normativa antitrust, in *Ruptura: una revista interdisciplinaria de análisis juridico*, vol. 1, n.º 1, junho 2011, pp. 65-85.

ALVIM, Agostinho

1972 *Da inexecução das obrigações e sua consequência*, 4.ª ed., São Paulo: Saraiva

ASCENSÃO, José de Oliveira

2008 *O Direito: introdução e teoria geral*, 13.ª ed., Coimbra: Almedina.

BAQUERO, Ingrid Ortiz

2008 La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia, in *Revista Mercatoria*, vol. 7, n.º 1, pp. 01-50.

BASTOS, Aurélio Wander

2011 *A Concorrência e a Defesa do Consumidor no Brasil e no Mercosul – Recuperação Histórica e Perspectivas Paradoxais*, Florianópolis, disponível em <http://www.egov.ufsc.br> (consultado em 01.07.13).

BLAIR; Roger D. & PAGE, William H.

2002 “*Speculative*” *Antitrust Damages*, vol. 7, Washington Law Review.

BUCHAIN, Luiz Carlos

2006 *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*, Porto Alegre: Nova prova editora.

CABANELLAS, Guillermo de las Cuevas

1983 *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires: Heliasta.

CARPENA, Heloisa

2005 *O consumidor no Direito da Concorrência*, São Paulo: Renovar.

CAVALIERI FILHO, Sérgio

2005 *Programa de responsabilidade civil*, 6.ª ed., São Paulo: Malheiros.

COELHO, Francisco Manuel Pereira

1951 *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, BFD, Supl. 9, pp. 65-242.

CORDEIRO, António Menezes

2001 *Direito das Obrigações*, vol. 2, Lisboa: AAFDL.

COSTA, Mário Júlio de Almeida

2003 *Direito das obrigações*, 9.ª ed., revista e aumentada, Coimbra: Almedina.

- D'AGOSTINI, Marcos G.  
2007 “Bases filosóficas da responsabilidade civil”, in Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Maria Clara Osuna Diaz Falavigna (coord.), *Ensaíos sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, Magister: Porto Alegre.
- DIAS, José de Aguiar  
1994 *Da responsabilidade civil*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense.
- DIEZ-PICASSO, Luis & LEÓN, Ponce de  
1999 *Derecho de daño*, Civitas Editores.
- DUBOURDIEU, Andrés Mendive  
2010 “Legitimación activa por daños causados por conductas anticompetitivas: doctrinas del ‘indirect purchaser’ y de ‘in pare delicto’”, in *Revista de Derecho*, vol. 9, n.º 18, Montevideo, pp. 67-77.
- FÉTEIRA, Lúcio Tomé  
2010 “Competition Rules in MERCOSUR: the Fortaleza Protocol”, in Marcílio Toscano Franca Filho, Lucas Lixinski And Maria Belen Olmos Giupponi (Org.), *The Law of MERCOSUR*, Oxford: Hart Publishing, pp. 291-316.
- FLÔRES JUNIOR, Renato Galvão  
2010 *Concorrência no Mercosul: para além do Protocolo de Fortaleza*, Rio de Janeiro: FGV, EPGE.
- FORGIONI, Paula A.  
2010 *Os fundamentos do Antitruste*, 4.ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FRANÇA, Rubens Limongi  
1988 “Responsabilidade aquiliana e suas raízes”, in Yussef Said Cahali (coord.), *Responsabilidade civil (doutrina e jurisprudência)*, 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, pp. 244 e ss.
- FURLAN, Fernando de Magalhães  
2010 “A supranacionalidade no Mercosul”, in *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n.º 15, janeiro/junho 2010, pp. 91-124.
- GAMARRA, Jorge  
1991 *Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t. 19*, Responsabilidade Civil Extracontractual, vol. 1, 2.ª ed, FCU.
- GOMES, Orlando  
1997 *Obrigações*, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense.
- GONÇALVES, Carlos Roberto  
2003 *Responsabilidade Civil*, 8.ª ed., São Paulo: ed. Saraiva.



GUERREÑO, Rodney Maciel

2006 *Responsabilidad Civil (Paraguay)*, Assunção, disponível em <http://www.monografias.com/trabajos39/responsabilidad-civil/responsabilidad-civil2.shtml> (consultado em 07.01.13).

HARGAIN, Daniel

2002 “Defensa de la competencia y politica de competencia”, in *Revista Tribuna del Abogado*, n.º 127, março/abril 2002, Uruguai: Colegio de Abogados del Uruguay, pp. 19 e ss.

JAEGER JUNIOR, Augusto

2005 *A liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental: contribuição para um mercado comum do sul*, tese de doutoramento, UFRGS, Porto Alegre.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa

1972 *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa: Centro de Estudos Fiscais.

KLEIN, Vinícius

2002 “O direito da concorrência no Mercosul”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, pp. 191-200.

LARRAÑAGA, Luis

2000 “Defensa de la competencia y responsabilidad civil”, in *Congreso de Salto, Uruguay*, Disponível em [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2000/12/14/noticia\\_0018.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2000/12/14/noticia_0018.html) (consultado em 22.12.12).

LEITÃO, Adelaide Menezes

2007 *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*, Tese de doutoramento. FDUL, Lisboa.

LOPEZ, Teresa Ancona

2008 *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*, São Paulo: Quartier Latin do Brasil.

LIMA e SILVA, Valéria Guimarães de

2006 *Direito antitruste – Aspectos Internacionais*, Curitiba: Juruá.

MAGGI, Bruno Oliveira

2010 *O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano

1998 *Defesa da concorrência, supranacionalidade e Mercosul*, ano 3, n.º 27, dezembro 1998, Teresina: Jus Navigandi, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/1620> (consultado em 15.09.12).

- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de  
 1997 “Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos”, in Dayse de Freitas Lima Ventura (org.), *Direito Comunitário do Mercosul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- MORALES, Paula Algorta  
 2010 “Defensa de la competencia: Actuación de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia”, in *Revista CADE : Profesionales & Empresas*, vol. 2, n.º 5, maio 2010, pp. 51-57.
- NORONHA, Fernando  
 2003 “O nexó de causalidade na responsabilidade civil”, in *Revista trimestral de direito civil*, ano 4, vol. 14, abril/junho 2003, Rio de Janeiro: Padma, pp. 57 ss.
- OLIVEIRA, Ricardo Vasconcellos  
 2010 *A defesa do consumidor no Mercosul*. Disponível em [http://vasconcellosezaiet.com.br/publicacoes/direito\\_do\\_consumidor\\_no\\_mercosul.pdf](http://vasconcellosezaiet.com.br/publicacoes/direito_do_consumidor_no_mercosul.pdf) (consultado em 10.03.13).
- PEREIRA, Caio Mário da Silva  
 1990 *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- PEREIRA, Fábio Queiroz  
 2007 “Judicialização das lides concorrenciais no Brasil: limites e possibilidades”, in *Revista do IBRAC*, vol. 14, n.º 2, São Paulo, pp. 129-157.
- POMAR, João Moreno  
 2008 “O novo sistema da responsabilização civil na perspectiva dos direitos e garantias fundamentais”, in Antonio Janyr Dall’agnol Junior, Marco Antônio Coutinho Paixão, Sérgio Gilberto Porto (coord.), *Revista Jurídica Empresarial*, ano 1, julho/agosto 2008, n.º 3, Porto Alegre: Ed. Notadez, pp. 43-64.
- ROCHA, Henrique Bastos  
 2004 “Concorrência e responsabilidade civil”, in Patricia Ribeiro Serra Vieira (coord.), *Responsabilidade Civil Empresarial e da Administração pública*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, pp. 3-31.
- SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de  
 2012 *Novos rumos do Direito Empresarial brasileiro: a Lei n.º 12.529/2011 e a defesa da concorrência*, ano 17, n.º 3141, Teresina: Jus Navigandi, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/21030> (consultado em 08.02.12).
- SARLET, Ingo Wolfgang  
 2007 “A influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro”, in Antônio Pinto Monteiro, Jorg Neuner e Ingo Sarlet (org.), *Direitos Fundamentais e Direito Privado. Uma perspectiva do Direito comparado*, Coimbra: Almedina, pp. 111-144.

SAVATIER, René

1951 *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, 12.<sup>a</sup> ed., Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence.

SOTO, Ricardo Alonso

2001 “Derecho de la competencia”, in *Uría & Menéndez, Curso de Derecho Mercantil*, vol. 1, Madrid: Civitas, pp. 240-269.

STOCCO, Rui

2007 *Tratado de responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência*, 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo: RT.

STOLZ, Fernanda Paula

2013 *O direito da concorrência nos Estados-partes do Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais*, teses de mestrado, FDUL, Lisboa.

TEPEDINO, Gustavo

2001 “Notas sobre o nexo de causalidade”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 6, abril/junho 2001.

TORTAROLO, María Rita

2011 *La ley de Defensa de la Competencia en la República Argentina*, disponível em <http://www.eco.unrc.edu.ar/wp-content/uploads/2011/04/Tortarolo.pdf> (consultado em 05.08.12).

VALDOVINOS, Bruno Hug de Belmont

2010 “Revitalizando el Proyecto de Ley de “Defensa de la competencia” de Paraguay”, in *Boletín latino-americano de competencia*. N.º 27, nov. 2010, pp. 104-106, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin\\_27.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_27.pdf) (consultado em 15.05.13).

VARELA, João de Matos Antunes

2000 *Das obrigações em geral*, vol. 1, 10.<sup>a</sup> ed., revista e atualizada, Coimbra: Almedina.

VENTURA, Deyse de Freitas L.

1996 *A Ordem Jurídica do Mercosul*, Porto Alegre: LTr.

VIGNONE, María Cristina

2011 “Fundamentos de la Ley n.º 18.159 de promoción y defensa de la competencia”, in *Revista de Derecho y Tribunales*, n.º 16, pp. 231-247.



# IMPUTACION OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL ECONOMICO: EL ALCANCE DEL RIESGO PERMITIDO. REFLEXIONES SOBRE LA CONDUCTA TÍPICA EN EL DERECHO PENAL DEL MERCADO DE VALORES E INSTRUMENTOS FINANCIEROS Y DE LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

*Bernardo Feijoo Sánchez*<sup>1</sup>

*ABSTRACT: A Study of the Limits to punish Securities Fraud and protect Markets, based on the example of Spanish Criminal Law (Securities Fraud and Bribery). This Essay applies new normative Theories of Criminal Law to White-Collar and Business Crimes.*

**SUMARIO:** I. Planteamiento general. 1. Identificación del marco teórico: el triunfo de la teoría de la imputación objetiva. 2. Imputación objetiva y estructuras típicas. 3. El riesgo permitido. II. El riesgo permitido ante los retos que plantean algunos delitos económicos de nuevo cuño contra los mercados. 1. Introducción. 2. El delito de manipulación operativa del mercado de valores o instrumentos financieros (art. 284.3.º CP). 2.1. El concepto de información privilegiada en el delito de manipulaciones operativas. 2.2. Realizar transacciones o dar órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos. 2.3. Asegurarse una posición dominante en el mercado con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales. 2.4. Los riesgos financieros permitidos en los delitos de manipulaciones de mercado. 3. El delito de corrupción entre particulares (286 bis CP). 3.1. Introducción. 3.2. Estructura del tipo y fundamento del injusto. 3.3. El riesgo permitido. III. Conclusiones.

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

### **1. Identificación del marco teórico: el triunfo de la teoría de la imputación objetiva**

Con independencia del punto de partida doctrinal que se adopte, lo cierto es que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene progresivamente mayor

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Penal.

cabida una normativización de las categorías dogmáticas, observándose un especial protagonismo de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito de la tipicidad<sup>2</sup>. Ello demuestra que se trata de una teoría con aspectos acertados o, al menos, con clara relevancia desde el punto de vista práctico.

Si bien, como ha sucedido históricamente con todas las grandes corrientes dogmáticas, dicha teoría se centró inicialmente en los tipos puros de resultado clásicos (homicidio, lesiones, etc.), poco a poco ha ido extendiendo su alcance a todos los tipos penales e, incluso, a todas las estructuras de imputación. Parece ya una reliquia del pasado la discusión sobre si dicha teoría era también válida para los delitos de mera actividad o de peligro. En esta evolución hacia la globalización de la teoría cae por su propio peso que se trata de una teoría perfectamente aplicable a los delitos económicos<sup>3</sup> (con independencia de como se quieran definir dichas figuras delictivas, que es una cuestión que aquí no puede ser tratada).

En lo que resultará de interés con respecto al desarrollo del tema de esta ponencia la teoría de la imputación objetiva aporta dos aspectos a destacar:

- a) Por un lado, permite conocer mejor las estructuras típicas que configuran el tipo objetivo. Creo que para la mayoría de la doctrina no es algo digno de discusión la afirmación de que gracias al empuje de la teoría de la imputación objetiva conocemos mucho mejor la estructura de los delitos puros de resultado, al menos mejor que la conocíamos con las teorías causales o la teoría final de la acción. La afirmación de que para imputar un hecho típico no es suficiente una relación de causalidad o la finalidad del sujeto más la correspondiente relación de causalidad es una consecuencia de dicha aportación. Muchas de las aportaciones prácticas de la teoría de la imputación objetiva tienen que ver precisamente con este aspecto.
- b) El otro aspecto que me interesa resaltar desde la perspectiva del tema de la ponencia es que la teoría de la imputación ha conducido a un proceso de “desformalización” de los tipos – si se me permite la expresión – que ha permitido integrar en la interpretación de los tipos penales la

---

2 Por sólo mencionar un ejemplo reciente, STS 495/2011, de 1 de junio (delito de estafa). No se trata sólo de algo nominativo. El Tribunal Supremo está utilizando instituciones que configuran la teoría para absolver o no imputar resultados típicos. Vid. por muchas, a título de ejemplos significativos, SSTS 301/2011, de 31 de marzo sobre el principio de autorresponsabilidad de la víctima como criterio normativo que restringe el tipo penal y 1300/2009, de 23 de diciembre sobre la denominada doctrina de los “actos neutrales”.

3 Vid. por todos, Martínez-Buján Pérez, 2011: 254 ss.; Feijoo Sánchez, 2009: *passim*.

configuración vigente de las relaciones sociales. Ello no va en contra del principio de legalidad sino todo lo contrario. Este aspecto es el que quiero vincular con la teoría del riesgo permitido y que se podría relacionar con los aspectos más afortunados de la teoría de la adecuación social, como la primigenia de Welzel en los *Studien zum System des Strafrechts* de la que por desgracia se acabó alejando, siendo mérito especial de Jakobs haber revalorizado este aspecto de la doctrina de su maestro para el moderno desarrollo de la teoría de la imputación objetiva.

## 2. Imputación objetiva y estructuras típicas

Hoy forma ya parte de los conocimientos básicos de cualquier estudiante de Derecho Penal que en los delitos de resultado lesivo no es suficiente la existencia de una relación de causalidad entre una acción y un resultado, sino que sólo se puede imputar un resultado a una persona cuando es la que ha creado un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado (en el caso de la comisión por omisión cuando se trata de una no evitación de un riesgo no permitido por un garante equivalente a su creación que se realiza o concreta en el resultado).

Esta fórmula – creación de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado que se concreta en un resultado – no representa más que una pequeña demostración de todo lo que puede aportar la teoría de la imputación objetiva entendida no meramente como una teoría de imputación de resultados, sino una teoría global y normativizadora del tipo. En realidad esta fórmula, que muchas personas identifican erróneamente como el elemento esencial de la teoría, sólo demuestra que gracias a la teoría de la imputación objetiva hemos descubierto – o, al menos, conocemos mejor – la estructura típica de los delitos puros de resultado (denominados tradicionalmente prohibitivos de causar) que no se reducen a desvalorar cualquier relación de causalidad con un resultado lesivo. Es decir, en los tipos que sólo se definen en relación a sus consecuencias es preciso constatar como primer paso que el autor ha causado un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado, que es el que acaba explicando el resultado acaecido.

Este primer “filtro”, que tiene que ver con las estructuras subyacentes a la formulación de los tipos penales, lo denominamos en el marco de la teoría jurídica del delito tipo objetivo. Por ello, a efectos de imputación jurídico-penal, es indiferente de partida si el sujeto actúa con dolo o con la peor de las intenciones. Su comportamiento sólo será típico si se corresponde con la estructura típica

de los delitos de resultado. Antes de constatar la imputación subjetiva debemos atender a este nivel de acuerdo con el cual el comportamiento adquiere objetivamente en el contexto de las relaciones jurídicas vigentes un significado como injusto penal. Si el sujeto no ha creado el riesgo que se ha realizado en el resultado o se trata de un riesgo permitido la conducta no adquiere un significado delictivo. Esa persona no ha hecho un uso ilegítimo de su libertad desde el punto de vista de la norma penal o, lo que es lo mismo, no existe una afectación ilegítima de un ámbito de organización ajeno. El riesgo permitido aparece así como el reverso de la conducta típica y un elemento excluyente de la tipicidad.

En un principio la doctrina construyó la teoría de la imputación objetiva sobre los cimientos de la teoría de la causalidad adecuada<sup>4</sup>. Lo decisivo era que desde una perspectiva *ex ante* no fuera improbable para un espectador razonable con los conocimientos del autor el resultado (“previsibilidad objetiva”). En este contexto hermenéutico tradicional, en el que la probabilidad desempeñaba un papel básico, los denominados “conocimientos especiales” afectaban a la permisión de riesgos. Con el tiempo otro sector doctrinal – que se podría definir como más moderno – venimos entendiendo que el significado inicial de la conducta depende de consideraciones sociales o intersubjetivas de acuerdo con la configuración de la sociedad, siendo los conocimientos y capacidades del autor una cuestión a tratar posteriormente en el ámbito de la imputación subjetiva. Es indiferente si el sujeto conocía cierta probabilidad de que el suceso acabara en lesión o sus intenciones si la conducta es definida intersubjetivamente como permitida. No es la probabilidad, sino la configuración normativa de la sociedad la que configura la permisión de riesgos.

La teoría de la imputación objetiva nos ha permitido entender mejor otras estructuras típicas. Por ejemplo, supuestos en los que se tipifica una instrumentalización mediante intimidación o engaño. Yo mismo en un trabajo reciente he intentado demostrar la utilidad de la teoría para los delitos económicos y como se deben resolver con criterios normativos problemas que tradicionalmente se pretendían resolver mediante referencia a los *animi* o intenciones de los sujetos<sup>5</sup>. Por ejemplo, he intentado demostrar como la doctrina desarrollada para los delitos que tipifican una instrumentalización mediante engaño como la estafa no sirven para nuevos delitos que se proyectan sobre relaciones

---

4 Sobre los orígenes y desarrollo de esta teoría, Feijoo Sánchez, 2001: 54 ss.

5 Feijoo Sánchez, 2009: 7 y *passim*.



jurídicas que implican deberes de veracidad, como sucede con el delito de defraudación tributaria.

Por bien que se encuentre configurada la tipificación correspondiente por parte del legislador, de tal manera que la formulación típica defina adecuadamente un injusto que se merezca el calificativo de penal, es inevitable que el tenor literal del precepto acabe englobando supuestos que no pueden ser entendidos como tal. Esto ha sido siempre evidente en los tipos puros de resultado o prohibitivos de causar en la medida en la que la definición de una conducta en relación a sus consecuencias acaba englobando supuestos que no pueden ser desvalorados desde ninguna perspectiva (lo que la doctrina siempre ha dejado en evidencia con ejemplos peregrinos como el de la persona alcanzada por un meteorito en la cabeza mientras espera a su pareja que se retrasa). La Revolución Industrial primero a finales del siglo XIX y la configuración social como sociedad del riesgo (con la irrupción de riesgos ecológicos, genéticos, nucleares, etc.) con posterioridad no han hecho más que dejar este aspecto en evidencia. Esto es algo que, en realidad, sucede con todos los tipos penales. Que en nuevos ámbitos el problema surja de forma más o menos acuciante depende de lo mejor o peor que se haga el trabajo en la fase pre-parlamentaria y durante la tramitación parlamentaria en relación a la configuración de los tipos penales. Cuanto peor se ejecute el trabajo legislativo más acuciante es que doctrina y jurisprudencia ofrezcamos vías razonables de solución como el instituto del riesgo permitido. Los amplios márgenes de libertad y capacidad de innovación que son precisos para el desarrollo de actividades económicas hacen que este instituto ocupe un lugar relevante precisamente en el ámbito de la delincuencia económica.

### **3. El riesgo permitido**

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, no voy a extenderme con una exposición detallada de la ubicación dogmática del riesgo permitido. En mi opinión, el riesgo permitido excluye el tipo y creo que ello se corresponde a día de hoy con una opinión extendida en la doctrina y en la jurisprudencia. Precisamente por ello la figura del riesgo permitido ha adquirido una creciente importancia en el ámbito de la actual reflexión sobre la teoría jurídica del delito a través de la teoría de la imputación objetiva, que ha venido de la mano de una nueva comprensión más normativa del tipo penal. Incluso se puede afirmar que el concepto de riesgo permitido – que tiene sus primeros desarrollos teóricos importantes en el siglo XIX por parte de autores como Binding o v. Bar –

plantea menos controversias que el concepto de imputación objetiva. En este sentido se podría decir que las dos concepciones básicas sobre la imputación objetiva, aquellos que le otorgan al Derecho Penal una función de protección de bienes jurídicos y lo identifican como la imputación del resultado a la conducta contraria a deber y los que ponen en primer plano la función de estabilidad normativa (lo que permite la protección de bienes jurídicos en última instancia)<sup>6</sup>, están de acuerdo en poner en el centro de la teoría la delimitación entre conducta típicas y permitidas (si unos lo vinculan más con el desvalor específicamente jurídico-penal de la conducta y otros lo entienden más como un presupuesto para la imputación del resultado es una cuestión que aquí puede quedar sin tratar).

Es cierto que el origen de la teoría del riesgo permitido se encuentra enormemente vinculado a la doctrina de la imprudencia<sup>7</sup>. Con la Revolución Industrial fue evidente que el deber de cuidado ya no podía consistir en evitar cualquier conducta peligrosa, sino que tenía que pasar a consistir en una planificación razonable de riesgos. La sociedad aceptaba ciertas actividades peligrosas siempre que se cumpliera un cierto nivel de cuidado. El riesgo permitido apareció como un instituto útil para ayudar en un trabajo dogmático tan arduo como determinar el nivel permitido de cuidado en las sociedades industriales.

Puede extrañar, por tanto, su aplicación a nuevas figuras delictivas como las que forman parte del Derecho Penal económico. Esa extrañeza inicial no debería durar mucho, sin embargo, si tenemos en cuenta que riesgo permitido significa que la conducta inicialmente típica (crear un riesgo) se encuentra asumida por el ordenamiento jurídico conforme a la configuración vigente de la sociedad<sup>8</sup>. Por ello ha sido un tema tradicional de la teoría del riesgo permitido su vinculación o diferencias con la teoría de la adecuación social de origen welzeliano. Como he defendido en algún trabajo anterior, en realidad no se trata de que el riesgo que se crea (o no se evita como garante) esté permitido, sino más bien de que la creación (o no evitación) del riesgo está permitida por el orden primario preexistente al ordenamiento penal como orden secundario<sup>9</sup>.

---

6 Feijoo Sánchez, 2007: 31 ss.

7 Sobre el riesgo permitido como criterio para determinar el deber de cuidado Feijoo Sánchez, 2001: 267 ss. y 1999: 194 ss.

8 A quien le guste una inexacta definición más personalista – sobre todo cuando hablamos de la protección del orden socioeconómico– puede utilizar la expresión “conforme a la configuración de las relaciones jurídicas interpersonales”.

9 Feijoo Sánchez, 2001: 267 ss.

Por tanto, si queremos generalizar esta idea, lo más adecuado parece ser que hablemos de conducta permitida (riesgo permitido o bien significa conducta objetivamente atípica, especialmente desde el punto de vista de los delitos de resultado o, lo que hoy no interesa en esta ponencia, conducta cuidadosa – como equivalente a cuidado permitido). La propia teoría de la imputación objetiva ha evolucionado hacia el otorgamiento de una mayor relevancia a la conducta típica, convirtiéndose el riesgo permitido en un instituto útil para esta labor más que ser considerado un mero presupuesto de la imputación del resultado.

Existen conductas que se definen como permitidas porque con ellas no hay que tener ningún tipo de cuidado o planificación y que son irrelevantes ya desde el punto de vista del tipo objetivo. Ello sucede, por ejemplo, con la transmisión de ciertas enfermedades comunes como la gripe (enfermedad que no en absoluto es improbable que acabe siendo mortal). En otros casos el instituto del riesgo permitido no excluye directamente el tipo objetivo, pero sirve para determinar si ha existido el cuidado debido, y condiciona la imputación a título de imprudencia.

En los trabajos dogmáticos se suele hacer referencia al riesgo permitido tanto en un sentido amplio como opuesto al de conducta típica como en un sentido más restringido entendido como un instituto que, junto con otros, sirve de ayuda para delimitar las conductas típicas de las permitidas. Es cierto que la conducta puede ser atípica por diversas razones, pero en este trabajo me voy a ocupar exclusivamente de este concepto restringido, es decir, de los supuestos específicos en los que el fundamento tiene que ver con el hecho de que el autor se ha comportado de acuerdo con las relaciones jurídicas vigentes en una determinada sociedad y que son preexistentes al Derecho Penal; o, lo que es lo mismo, teniendo en cuenta que los tipos penales se proyectan sobre una realidad preexistente con relevancia normativa (no se trata de meros usos fácticos). Hay que tener en cuenta que en el ámbito del Derecho Penal económico las normas penales actúan sobre un orden jurídico primario que configura previamente las relaciones sociales o económicas.

Dejo de lado en mi ponencia aquellos casos que tienen que ver con otras razones para excluir la tipicidad como que el riesgo es incumbencia o competencia de un tercero o de la propia víctima (supuestos que reciben denominaciones diversas como conductas neutrales, prohibición de regreso, imputación al ámbito de la víctima, autopuesta en peligro, actuación a propio riesgo, etc.). La razón es doble: por un lado, en esta obra existen otras ponencias específicas sobre estas cuestiones por parte de destacados especialistas como Cancio

Meliá o Robles Planas con los que me une un amplio acuerdo doctrinal en estas cuestiones (y que creo que compartirían gran parte del contenido de esta ponencia); por otra, que me interesa dejar claro qué es lo que queremos decir cuando afirmamos que una conducta ha creado un riesgo permitido o, expresado con mayor rigor, que representa la creación permitida o no desaprobada jurídicamente de un riesgo. Es cierto que la decisión de si un hecho es incumbencia o competencia de un tercero o de la propia víctima también tiene que tener en cuenta valoraciones y configuraciones de la sociedad previas a las normas penales, pero en esta ponencia me interesa concretar de manera más minuciosa cuál es el fundamento autónomo del riesgo permitido sin vincularlo a la responsabilidad de terceros por el hecho sucedido<sup>10</sup>.

El riesgo permitido ocupa ya un lugar propio en los manuales y comentarios<sup>11</sup>, lo cual hace que sea innecesario en el actual contexto dogmático insistir en su relevancia para la teoría de la tipicidad. A pesar de ello resulta exasperante, sin embargo, que en muchas ocasiones no se acabe definiendo lo que es y se acabe convirtiendo en un *topos* difuso que se remite de forma vaga a una ponderación de intereses sociales de carácter genérico bajo no se sabe muy bien qué criterios de ponderación (insistiéndose en todo caso en la diferencias con causas de justificación como el estado de necesidad que obedecerían, en sentido contrario, a una ponderación excepcional vinculada a un conflicto concreto). De esta manera no es extraño que abunden reproches – especialmente por parte de los autores más críticos con la teoría de la imputación objetiva – por su naturaleza ambigua y vaga. Lo que me gustaría dejar claro es que el riesgo permitido no es una institución vaga y ambigua *per se*, sino que ello tiene que ver con el sustrato de relaciones jurídicas sobre las que se proyecta el desvalor del tipo. A veces es evidente que el riesgo no está permitido: no se puede conducir por el sentido contrario de la autovía en condiciones normales, hay que adoptar una profilaxis mínima antes de una intervención quirúrgica, etc. Lo que puede ser más complejo – y eso no lo niego – es determinar en determinados ámbitos lo que se encuentra permitido o hasta dónde está permitido realizar determinados comportamientos. La pregunta “¿Qué derecho tengo o tiene una persona en una determinada situación?” no siempre es una pregunta fácil de contestar. En todo caso esta ambigüedad en la concreción no nos debe

---

10 Sin negar que a veces no es posible una delimitación clara como sucede, por ejemplo, en el ámbito de la comercialización de productos peligrosos para el consumidor.

11 Sobre el riesgo permitido en los delitos económicos Martínez-Buján Pérez, 2011: 265 ss.

hacer rechazar la institución. Se trata siempre de un instituto para determinar la conducta típica que tiene efectos restrictivos y no efectos expansivos. Es decir, para paliar los problemas que dejamos planteados al final del apartado anterior. Por bien que se encuentre definida la estructura típica que configura el injusto concreto (como fraude, uso indebido de información privilegiada, etc.) el tenor literal del precepto acaba englobando conductas que no se merecen un desvalor o una desaprobación jurídico-penal porque están socialmente permitidas o toleradas (incluso en algún caso fomentadas). Ese es un problema jurídico que la mejor técnica legislativa no puede resolver y que sólo puede ser paliado mediante la labor teórica de la dogmática y, posteriormente, por la práctica jurisprudencial gracias a dicha orientación teórica.

La doctrina ha desarrollado – si bien es cierto que sobre todo con respecto a tipos de homicidio y lesiones – criterios minuciosos para resolver de la mejor manera posible esta cuestión y sobre ello se han individualizado grupos de casos que permiten ir ofreciendo soluciones razonables a nuevos espectros de problemas que van apareciendo o a los que se va enfrentando la jurisprudencia.

Como hasta ahora la doctrina ha trabajado básicamente con supuestos de homicidios y lesiones, voy a intentar ejemplificar lo dicho con base en un caso reciente en el que la jurisprudencia se ha encontrado con un caso de gran complejidad que había sido tratado previamente por la doctrina bajo el prisma del riesgo permitido<sup>12</sup>. En este caso es, además, curioso que la doctrina sea más restrictiva en la permisión de conductas que la jurisprudencia más reciente. El Tribunal Supremo<sup>13</sup> casa una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había absuelto a un hombre que, pleno conocedor de estar infectado con el VIH y siendo portador de anticuerpos, habiendo incluso desarrollado la enfermedad del SIDA mantuvo durante un tiempo prolongado relaciones sexuales con una mujer sin comunicarle su enfermedad, pero usando como medio de protección en sus relaciones el preservativo. Previamente había sido informado de los riesgos y métodos de transmisión a terceros de dicha enfermedad, Como consecuencia de las relaciones sexuales no sólo le transmitió la enfermedad a su pareja, sino que, quedándose ésta embarazada, contagió la enfermedad a su hija. La absolución de la Audiencia Provincial se basaba en la ausencia de un verdadero riesgo susceptible de desaprobación toda

---

12 Feijoo Sánchez, 2001: 315, con amplias referencias.

13 STS 528/2011, de 6 de junio.

vez que el acusado seguía constante y rigurosamente sin excepciones en sus relaciones sexuales las indicaciones médicas protocolariamente consideradas como suficientes, consistentes en el uso del preservativo. El Tribunal Supremo condena en cambio por un concurso ideal (art. 77.1 CP) de dos delitos de lesiones por imprudencia grave (art. 152.1.2.º en relación al art. 149.1.º CP). En su argumentación deja claro en primer lugar *obiter dicta* “que, caso de haber comunicado tal circunstancia y, a pesar de ello, consentido la mujer en seguir manteniendo tales relaciones sexuales, ese consentimiento hubiere supuesto una exclusión plena de la responsabilidad”. Sin embargo, entendiendo que la utilización permanente del preservativo excluye el dolo, considera que se ha creado un riesgo imprudentemente. El Tribunal de casación no hace tanto una afirmación general de que se trate de un riesgo no permitido o jurídicamente desaprobado (sólo manifiesta de forma clara que no se trata de un riesgo mínimo), sino que basó la condena en el dato concreto de que el preservativo se había roto cuatro o cinco veces. A partir de este dato fáctico afirma que “semejante dato resulta suficientemente revelador de que, por las razones que fuere (descuido en el uso del preservativo, defectuosa utilización del mismo o de su conservación o por la forma de producirse la práctica sexual en la pareja o por razones anatómicas de cualquiera de los miembros de ésta, etc.) lo cierto es que aquello que resulta tan excepcional en la generalidad de los casos, hasta el punto de que los protocolos médicos llegan prácticamente a despreciarlo cuando autorizan la relación sexual a un infectado con el único requisito de hacer uso de ese medio profiláctico, en el concreto caso (...) se producía con esa frecuencia, relativa pero en modo alguno desdeñable. Encontrándonos así ante un comportamiento descuidado, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar esas roturas o, en todo caso, susceptible de generar un riesgo real y efectivo, cualquiera que fuere el origen o causa del mismo, que se concretó en los lesivos resultados (constitutivos de “grave enfermedad somática”, art. 149.1.º CP) en las personas, primero de la pareja y luego de la hija de ambos, resultados que reúnen, a su vez, los requisitos de previsibilidad y evitabilidad necesarios para completar la configuración del supuesto culposo”. Es decir, la sentencia parece sostener que mantener relaciones sexuales en las que se pueda transmitir el SIDA representa un riesgo permitido siempre que se utilice preventivamente el preservativo de forma cuidadosa, cosa que no sucedería en el caso concreto (si bien no se determina cuál sería el cuidado necesario y bajo qué parámetros se fija). Aunque en última instancia la condena es correcta, el Tribunal Supremo se ha equivocado, sin embargo, en su planteamiento al

hacer la valoración jurídico-penal más con base en criterios cuantitativos como la probabilidad de lesión que en la aprobación o desaprobación intersubjetiva de las conductas<sup>14</sup>. Los protocolos médicos, cuando no se trata de la *lex artis* o de las prácticas aceptadas en medicina, sino que van referidas a la forma de disminuir las probabilidades de contagio, no implican una valoración intersubjetiva del riesgo, no derivándose de esa información técnica o científica que forma parte de las funciones sociales de la profesión médica una aceptación del riesgo por parte del ordenamiento jurídico<sup>15</sup>. Se puede apreciar en este caso como una teoría del riesgo permitido dogmáticamente bien fundamentada nos permite identificar la cuestión esencial a efectos de imputación objetiva.

## II. EL RIESGO PERMITIDO ANTE LOS NUEVOS RETOS QUE PRESENTAN ALGUNOS DELITOS ECONÓMICOS DE NUEVO CUÑO CONTRA LOS MERCADOS

### 1. Introducción

El lector pensará – con razón – que es lo que tienen que ver los preservativos con la protección del orden socioeconómico, pero para el objetivo de esta ponencia el ejemplo con el que terminábamos el apartado anterior tiene gran relevancia. En este caso se puede apreciar como ya la doctrina había trabajado con muchos años de anterioridad a la aparición del problema en la determinación del riesgo permitido y había adoptado una decisión clara. Este tipo de consideraciones normativas sobre las que ya existe una tradición doctrinal pueden servir para enfrentarnos a problemas que irán ofreciendo los delitos económicos, especialmente los que presentan perfiles más novedosos.

Lo que pretendo a continuación no es exponer de forma teórica los diversos elementos que pueden facilitar la concreción de las conductas permitidas, sino exponerlos ejemplificativamente en relación a dos figuras delictivas introducidas mediante la última reforma del Código Penal (LO 5/2010) y que, sin duda, darán mucho que hablar a la literatura especializada en los próximos años. Los nuevos delitos contra el mercado se caracterizan por su carácter “despatrimonializado”, por lo que frente a institutos como la imputación de

---

14 Dejo aquí de lado otras cuestiones como entender que es equivalente la gravedad de la infracción del deber de cuidado en el caso del contagio directo de la mujer que en el caso indirecto de “transmisión vertical” a través del embarazo y con motivo del parto. Formulados en términos tradicionales la sentencia entendió que ambos resultados eran igual de previsibles a pesar de no ser igualmente probables.

15 Feijoo Sánchez, 2001: 315.

la víctima, cobra gran importancia la idea de cuál es el riesgo permitido en el ámbito en el que se actúa.

Una vez identificados en páginas anteriores el marco teórico y el fundamento del instituto del riesgo permitido, así como su enorme plasticidad y capacidad de generalización, intentaré demostrar su utilidad para resolver algunos de los casos más complejos y apasionantes que presentan los que podemos denominar en estos momentos “delitos económicos de última generación”.

## **2. El delito de manipulación operativa del mercado de valores o instrumentos financieros (art. 284.3.º CP)**

Junto al tradicional delito de maquinación para alterar el precio de las cosas, la última gran reforma del Código Penal mediante la LO 5/2010 ha introducido en el art. 284 CP dos modalidades delictivas de manipulación de valores o instrumentos financieros: a) la denominada manipulación informativa mediante difusión de noticias o rumores de contenido económico falsos<sup>16</sup> y b) la denominada manipulación operativa. Ambas pretenden proteger una correcta formación de los precios de cotización de un valor o instrumento financiero.

Esta última modalidad de manipulación trata de proteger la libre formación de dichos precios tipificando dos conductas:

- a) La realización de transacciones o transmisión de órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos.
- b) Asegurarse, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales (abuso de posición dominante).

### **2.1. El concepto de información privilegiada en el delito de manipulaciones operativas**

En ambos casos la conducta sólo es típica si se utiliza información privilegiada, lo que provoca que el concepto de manipulaciones operativas del Código Penal español sea especialmente restringido y se aparte de la definición comunitaria. Este elemento típico es el que va dificultar enormemente las condenas por este delito, aunque la presencia de los restantes elementos típicos pueda dar

---

16 Sobre este delito la resolución judicial más relevante hasta el momento es el Auto de inadmisión de querrela contra tres agencias de *rating* que aplicaron revisiones a la baja de la deuda española del Juzgado Central de Instrucción n.º 2 de 30 de agosto de 2011.



lugar al inicio de un procedimiento penal. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 81 LMV<sup>17</sup> por tal hay que entender toda información: a) que no se haya hecho pública pero que el emisor esté obligado a hacer pública y difundir, b) concreta, c) referida, directa o indirectamente a alguna de las empresas cuyos títulos cotizan en el mercado de valores o en otro mercado reconocido, d) que de publicarse es capaz de influir notablemente – al alza o a la baja – en las cotizaciones. Establece el tenor literal de este precepto de la LMV:

*“se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación”<sup>18</sup>.*

17 Vid. también art. 1 de la Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero, sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso de mercado).

18 A ello añade el art. 81:

a) “los valores negociables o instrumentos financieros respecto de los cuales se haya cursado una solicitud de admisión a negociación en un mercado o sistema organizado de contratación”.

b) “En relación con los instrumentos financieros derivados sobre materias primas se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto, que no se haya hecho pública, y que se refiera directa o indirectamente a uno o a varios de esos instrumentos financieros derivados, que los usuarios de los mercados en que se negocien esos productos esperarían recibir con arreglo a las prácticas de mercado aceptadas en dichos mercados”.

Junto a ello el art. 82 LMV considera como información relevante “toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario”.

El alcance del tipo depende de cómo se interpreta la referencia al art. 284.3.º CP a la información privilegiada. En principio parece que podría hacerse una interpretación estricta en la línea del art. 81 LMV o bien más amplia como información relevante, es decir, como una información que no tiene que estar necesariamente vinculada a los valores o instrumentos financieros o a los emisores (por ejemplo, lo que se conoce como conocimientos del mercado). Mi opinión es que sólo deben constituir un injusto penal las informaciones referidas a los valores e instrumentos financieros y sus emisores (cfr. STJCE 2009/400, de 23 de diciembre – Caso Spector Photo y Van Raemdock – en relación al art. 1 de la Directiva 2003/6/CE). Lo que no exige el tipo, a diferencia de lo que sucede en el delito de información privilegiada del art. 285 CP, es que el sujeto “haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial” vinculada a los valores o instrumentos o a los emisores (en sentido contrario, Sánchez Tomas, en Álvarez García, 2011: 639, que considera que se trata de un delito especial, al tratarse de un subtipo del uso de información privilegiada y que el mismo ámbito de sujetos activos que se acotó respecto del 285 CP es el que debe reservarse para la modalidad típica del art. 284.3.º CP). La tesis que sostengo permitiría explicar en parte la diferencia de pena (es decir, la diferente gravedad del injusto) entre el art. 284 y 285 CP, en la medida en la que ésta abarca sólo como autores a los denominados “iniciados primarios”, quedando fuera del tipo aquéllos que no tienen una actividad profesional o empresarial vinculada a los emisores y sus títulos (iniciados secundarios, personas que adquieren la información por casualidad o mediante

## 2.2. Realizar transacciones o dar órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos

La primera modalidad de manipulación operativa nos suena a modalidades típicas que ya conocemos como el fraude mediante “negocio simulado” en el que la operación es sólo ficticia, aparente o no refleja la realidad. Por ejemplo, transacciones ficticias para aparentar actividad en las que en realidad no existe transmisión, cambio de titularidad o al final es la misma persona la que mantiene el control (a través de testaferros o empresas del mismo grupo empresarial sometidas a un mismo control), colocación de órdenes aparentes que luego no se ejecutan, órdenes simultáneas de compra y venta que proporcionan una sensación falsa, “ventas carrusel” en las que de forma circular se van intercambiando de forma continua los roles de vendedores y compradores entre los mismos sujetos que actúan de acuerdo (en nomenclatura especializada *wash sales* o *wash trades*, *cross trades* o *crossing*, *improper matched orders* o *pre-arranged trades*, *circular* o *pool trading*, *painting the tape* o *advancing the bid*, *placing orders without intention to execute*)<sup>19</sup>. En otros ordenamientos con modalidades delictivas de manipulación de mercados, la mayoría de los supuestos se suelen corresponder con supuestos de “negocios simulados o ficticios”.

La referencia a que se debe tratar de un fraude susceptible de proporcionar indicios engañosos incide sólo en la idea de la adecuación o idoneidad del fraude que ya conocemos a través de elementos de la estafa como el “engaño bastante”. Las diferencias derivan del contexto en el que se realiza la simulación. En estos casos no existe el contacto personal característico de las modalidades tradicionales de engaño, sino que se trata de crear impresiones falsas de cara a futuras operaciones de otros inversores anónimos que pasan a tener una visión errónea del mercado derivada de la manipulación. Por ello no se “engaña a

---

actividades delictivas –aunque éstos sean iniciados primarios en la normativa comunitaria, no entran dentro de la definición del art. 285 CP-). Los iniciados secundarios responden en exclusiva administrativamente, en la medida en la que las sanciones administrativas alcanzan “a cualquier persona que posea información privilegiada cuando dicha persona sepa, o hubiera debido saber, que se trata de esta clase de información”. Desde el punto de vista jurisprudencial, poca ayuda puede prestar con respecto al art. 284.3.º CP la doctrina asentada con respecto al delito de información privilegiada del art. 285 CP por la relevante STS 1136/2010, de 21 de diciembre (Pte. Julián Sánchez Melgar).

En un sentido distinto, Gómez-Jara Díez, 2011: 418 y en Silva Sánchez, El2011: 416, considera que “resulta más adecuado a la lógica de la reforma vincular el art. 284.3 CP con el art. 82 de la LMV que referirlo al art. 81 LMV”.

19 Benner, en Wabnitz & Janovsky, 2007: 9/167 ss.; Gómez-Jara Díez, 2011: 414 s.; Gómez-Jara Díez, en Silva Sánchez, 2011: 414; Schröder, 2007: 178 ss. (n.º marg. 488 ss.), con amplias referencias y casos prácticos detectados en los mercados de valores alemanes; Sorgenfrei, en Park, 2008: Kap. 4/89 ss.; Vogel, en Assman & Schneider: 2009: WpHG, previo a 20/35.

otro” en sentido estricto, sino que se “proporcionan indicios engañosos” para un inversor medio ideal que, pueden -o no- haber inducido a error a algún inversor concreto. Evidentemente si las mismas operaciones se realizan con transparencia e informando al mercado la conducta se convierte en permitida. La transparencia es incompatible con la definición de una conducta como manipulación. Ello nos demuestra que en el fondo se trata de modalidades de instrumentalización de otros inversores mediante engaño o simulación. En ello reside su fundamento como “creación de riesgo no permitido” o, mejor dicho, como creación no permitida de riesgos financieros. La diferencia con la conducta típica del delito tradicional de estafa como delito estrictamente patrimonial es que no se tiene que individualizar el error de una persona concreta. Por ello en estos delitos que tienen como fin tuitivo un bien jurídico despatrimonializado como la correcta formación de los precios la institución del riesgo permitido le roba protagonismo a las instituciones dogmáticas vinculadas a la autorresponsabilidad de la víctima de tanta relevancia en los delitos contra bienes jurídicos individuales como la estafa. El anonimato de las relaciones comerciales en los mercados de valores (que facilita en algunos casos la simulación) provoca que queden excluidas relaciones comunicativas individualizadas y que el nivel de “engaño permitido/típico” se vea enormemente estandarizado<sup>20</sup>.

### **2.3. Asegurarse una posición dominante en el mercado con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales**

Las dificultades para llegar a esta misma definición de una conducta como “creación de un riesgo no permitido” son mayores cuando no se trata de operaciones aparentes o ficticias, sino de negocios que efectivamente se llevan a cabo. En estos casos el que lleva a cabo las transacciones sólo puede engañar sobre sus razones para actuar, motivos o intenciones, pero ello no puede constituir un injusto penal según una posición bastante extendida en la doctrina<sup>21</sup>. El que ya no nos encontremos ante “negocios simulados” sino reales en los que los sujetos manipulan el mercado aprovechándose de las debilidades, carencias o déficits del mismo (al igual que hace el obligado tributario con la legislación tributaria en los casos atípicos de fraude de ley) obliga a una interpretación restrictiva de lo que se entiende como conducta no permitida. Si bien todo

<sup>20</sup> Vogel, en Assman & Schneider, 2009: WpHG, 20a/211.

<sup>21</sup> Con mayor profundidad, Lenzen, 2000: 192 ss., 201 ss.

lo relacionado con el Derecho Penal del mercado de valores e instrumentos financieros es un ámbito de difícil determinación<sup>22</sup>, la modalidad de manipulación operativa de cotizaciones mediante abuso de posición dominante es la que ha causado por su amplitud mayor estupor y perplejidad en la doctrina, que considera que se despiertan muchas incógnitas sobre la delimitación entre conductas típicas y permitidas<sup>23</sup>. Además, en esta modalidad no existe un umbral cuantitativo como elemento del tipo para delimitar la infracción penal de la administrativa como estamos acostumbrados en ámbitos con una fuerte intervención administrativa.

Baste como ejemplo la reproducción de las siguientes palabras de un manual de parte especial: “No es sólo que resulte complejo determinar cuál es el límite entre la infracción penal y la administrativa, es que a duras penas se llega a entender cuál es la conducta prohibida penalmente. Un buen ejemplo de un precepto en que para su interpretación haría falta un trabajo combinado entre un lingüista que desentrañara el peculiar uso del castellano; un economista experto en mercado de valores para desentrañar la dinámica comisiva que se pretende atacar y la semántica de algunos conceptos muy especializados – posición dominante en el mercado, precio en nivel anormal, etc.; y un penalista, quizá el más prescindible, para desentrañar la complejidad sistemática”.

El penalista, en mi opinión, lo que tiene que aportar en primer lugar es un análisis adecuado de la estructura típica. En este caso hay que tener en cuenta que se trata de transacciones u órdenes que se corresponden con la realidad, por lo que el fundamento del injusto no tiene que ver con “engaños no permitidos”, sino con la creación de un riesgo para la correcta formación de los precios derivado de una posición dominante gracias al uso de información privilegiada. Es decir, de una información que debería estar ya a disposición del mercado antes de asegurarse la posición dominante y no posteriormente. Eso es lo que constituye el injusto específicamente jurídico-penal de esta modalidad de conducta: realizar una conducta idónea para alterar la cotización a través del uso de información privilegiada. El Código Penal español está

---

22 Nieto Martín, 2010: 321 (“los delitos de manipulación de mercado y abuso de información privilegiada adolecen de un importante grado de indeterminación”).

23 En este sentido el monografista Zabala López-Gómez, 2011: 233, muy crítico con la regulación de la manipulación operativa en el art. 284 CP por no respetar los cánones del principio de legalidad, afirma que “nos encontramos ante la más confusa redacción ofrecida por el art. 284 CP, ya que ni siquiera se delimita el medio comisivo al igual que se hace con los restantes epígrafes”.

Sobre el mismo debate que existe alrededor del delito de manipulación del mercado en Alemania, vid. por todos, Vogel, en Assman & Schneider, 2009: WpHG, 20a/143.

tipificando un supuesto de *Market Corner* o *cornering sui generis* mediante uso de información privilegiada.

En segundo lugar, lo que tiene que aportar el teórico del Derecho Penal es una teoría sólida sobre la conducta permitida o el riesgo permitido, y a partir de ahí ver qué elementos existen en los mercados de valores e instrumentos financieros para determinar los riesgos financieros permitidos (mejor dicho, la creación permitida de riesgos financieros).

El elemento subjetivo consistente en la “finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales” tiene que ver con la existencia de otras razones económicas distintas legítimas para haberse asegurado la posición dominante como, por ejemplo, una determinada estrategia de configuración empresarial. En todo caso, dicha finalidad y las diversas alternativas económicas de explicación de la conducta sólo entran en consideración si se considera que el sujeto ha actuado objetivamente de forma no permitida en el subsistema económico mercado de valores. Tiene que existir una creación no permitida de un riesgo para que sea necesario plantearse la finalidad del sujeto a la hora de enjuiciar la adecuación de su conducta a las exigencias del tipo penal.

#### **2.4. Los riesgos financieros permitidos en los delitos de manipulaciones de mercado**

La dificultad de la determinación del riesgo permitido tiene que ver con la dinámica y creatividad a la hora de desarrollar nuevos productos y prácticas y con la complejidad característica de los mercados financieros. A partir de la definición general de manipulación ofrecida en el Código Penal es preciso recurrir al orden primario (LMV y legislación de desarrollo, prácticas de mercado aceptadas por la CNMV) para concretar la tipicidad de la conducta. Sólo de esa manera podemos determinar, por ejemplo, si pueden llegar a superar el nivel de una infracción administrativa y ser una conducta típica conductas como la constitución agresiva o incremento masivo de posiciones cortas netas sobre acciones financieras<sup>24</sup> en la medida en la que la CNMV prohíba este

24 Sobre este tema Gómez-Jara Díez, 2010: 409 s.; Lenzen, 2000: 18 s., 209; Schröder, 2007: 181 s. (n.º marg. 499 ss.); Sorgenfrei, en Park, 2008: Kap. 4/140; Vogel, en Assman & Schneider, 2009: WpHG, 20a/ 221, ambos con ulteriores referencias. Cfr. la “Naked” Short Selling Antifraud Rule emitida por la SEC de 14 de octubre de 2008.

Una venta en corto (*short sales*) es una operación de venta que se realiza con valores que se han obtenido previamente en préstamo, y por los cuales el inversor deberá abonar los correspondientes intereses al prestamista. El inversor que vende en corto deberá recomprar los valores en un momento posterior, para devolvérselos al prestamista en el plazo acordado. Por tanto, la operación sólo resultará rentable si el importe

tipo de operaciones u otras similares en los que no se dispone de los valores en propiedad o comisión provocando la caída de los valores – siempre que la conducta se vea acompañada de los restantes elementos típicos – o bien como la limitación artificial de la oferta mediante el “aparcamiento” de valores a través de testafierros provocando la subida de los mismos. Esto es así por la fuerza de las cosas. Las características dinámicas del sector regulado impiden que el legislador penal pueda llevar a cabo directamente una mayor concreción del alcance del tipo.

La restricción a la que ha dado lugar la singularidad de la exigencia del uso de información privilegiada del Código Penal español hace que la delimitación del riesgo permitido pierda la relevancia que tiene en otros ordenamientos o en el propio Derecho sancionador del mercado de valores. En todo caso es preciso hacer alguna referencia por si los órganos de justicia optaran por una relajación en la interpretación de este elemento típico e interpretaran los delitos de manipulaciones operativas del mercado en una línea más similar a la de las Directivas europeas (aunque éstas no establezcan – por poco tiempo<sup>25</sup> – un deber de intervenir con sanciones penales). En todo caso, lo que interesa señalar en relación al tema de este trabajo es que si hablamos de conducta permitida ya no podemos definir dicha conducta como manipulación.

---

obtenido en la venta es superior a la suma del importe de la compra más los intereses y otros posibles gastos relacionados con el préstamo. De ahí que estas operaciones sólo tengan sentido para el inversor cuando éste espera un descenso en la cotización del valor de que se trate. Las ventas en corto no representan un engaño ya que el oferente no afirma o no mantiene ser propietario de las acciones o disponer de las mismas. Las ventas en corto descubiertas (*naked short selling*) de acciones están prohibidas en España. Son aquellas en las que el vendedor, en el momento de realizar la venta, no es propietario de los valores ni tiene garantizada su disponibilidad por alguna otra vía (préstamo de valores, ejercicio irrevocable de un derecho de conversión o ejercicio de un instrumento derivado que se liquide mediante entrega física).

25 La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo COM(2011) 654 final sobre las sanciones aplicable a las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado definen el delito de manipulación de mercado con los siguientes elementos:

- “a) Transmitir señales falsas o engañosas en cuanto a la oferta, la demanda o el precio en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero o de un contrato al contado de materias primas relacionado con él.
- b) Fijar el precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato al contado de materias primas relacionado con ellos en un nivel anormal o artificial.
- c) Efectuar una transacción, dar una orden de negociación o realizar cualquier otra actividad en los mercados financieros que afecte al precio de uno o varios instrumentos financieros o de un contrato al contado de materias primas relacionado con ellos, que emplee dispositivos ficticios o cualquier otra forma de engaño o artificio.
- d) Difundir información que transmita señales falsas o engañosas acerca de instrumentos financieros o de contratos al contado de materias primas relacionados con ellos, cuando la persona que difunde esa información obtenga con ello una ventaja o un beneficio, para sí misma o para otras personas”.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que se trata de un sector fuertemente regulado. Por ejemplo, no está permitido vender o comprar instrumentos financieros en el momento del cierre del mercado de forma que induzca a error a los inversores que actúan basándose en las cotizaciones de cierre (*marking the close*)<sup>26</sup>. Precisamente por esta razón no pueden entenderse como típicas las alteraciones de precios mediante transacciones u operaciones que constituyan una práctica aceptada en el mercado (art. 83 ter LMV). En el Derecho español las prácticas aceptadas de mercado – ya recogidas en origen en la Directiva 2003/6/CE<sup>27</sup>– se regulan en el art. 4 RD 1333/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la LMV en materia de abuso de mercado. Son prácticas de mercado aceptadas “aquellas realizadas o que pueda esperarse razonablemente que se realicen en uno o más mercados secundarios oficiales y que están aceptadas por la CNMV”. Si la aceptación se produce a través de Circulares de la CNMV (aunque en este momento sólo existe, salvo error, una circular sobre prácticas aceptadas) no cabe duda de que esas prácticas configuran las relaciones jurídicas legítimas y ello debe ser tenido en cuenta por el ordenamiento penal. En este sentido, un sector de la doctrina ya ha propuesto que los comportamientos definidos como prácticas de mercado aceptadas (o los denominados gráficamente como “puertos o refugios seguros”<sup>28</sup> aunque no se trate de un concepto exactamente equivalente) deben considerarse atípicos<sup>29</sup>.

A diferencia de lo que expuse en el caso del SIDA, en este caso no nos encontramos con meras prácticas recomendadas con base en los conocimientos científicos disponibles, sino que se trata de prácticas jurídicas con plena validez intersubjetiva en la medida en la que han sido aceptadas por el organismo regulador. El ordenamiento jurídico ha asumido dichas prácticas como un uso

26 Como ejemplo el monografista Zabala López-Gómez, 2011: 102, cita los supuestos denominados de *window trading*, con el que se consigue aparentar un importante ascenso en la cotización de un valor con una pequeña inversión.

27 Art. 1 5): “prácticas de mercado aceptadas: prácticas que pueden esperarse razonablemente en uno o más mercados financieros y que están aceptadas por la autoridad competente”.

28 Se debe entender evidentemente la expresión como referida a refugios seguros reconocidos jurídicamente, no al aprovechamiento en fraude de ley de déficits legislativos.

29 A favor de la exclusión de la tipicidad, Gómez-Jara Díez, 2008: 420; Nieto Martín, 2010: 321 s. Ambiguo Morales García, en Quintero Olivares, 2011: 334. La doctrina alemana dominante considera que las prácticas aceptadas de mercado excluyen la tipicidad porque implican un comportamiento social y profesionalmente adecuado que no afecta al fin de protección de la norma que prohíbe manipulaciones de mercado. Si bien un sector minoritario considera que operarían como una causa de justificación, objeta la doctrina dominante que no se trata de una ponderación de bienes en una situación excepcional. Cfr. Sorgenfrei, en Park, 2008: Kap. 4/112; Vogel, en Assman & Schneider, 2009: WpHG, 20a/171, 243, con amplias referencias.

legítimo de la libertad, no convirtiendo la mera finalidad del sujeto la práctica en desaprobada si no lo está objetivamente. Tampoco se plantean los mismos problemas de legitimidad que con la *lex artis*, las reglas de la técnica o los usos o prácticas de los profesionales creadas por los operadores que crean el riesgo con los que hay que ser cuidadosos para entenderlos como indicios de tipos de relaciones admitidas o aceptadas por el ordenamiento jurídico<sup>30</sup>. La intervención del organismo encargado de velar por el correcto funcionamiento del mercado de valores hace indudable la legitimidad del proceso de aceptación. No se trata de prácticas acordadas sólo por los que crean el riesgo, es decir por los que operan en el mercado para obtener beneficios. Ni se trata sólo de prácticas del mercado, sino de prácticas aceptadas mediante los procedimientos establecidos por el ordenamiento jurídico en sectores caracterizados por su dinamicidad, rápida evolución y creatividad de los intervinientes.

Este ámbito del mercado de valores plantea, además, problemas nuevos que no nos encontramos en el ámbito de lo que podemos denominar Derecho Penal clásico. Se trata de delitos que no se pueden entender sin tener en cuenta que la protección del mercado de valores se encuentra estrechamente vinculada al proceso de unificación europeo y que claramente el diseño de las políticas contra el abuso de mercado y la intervención penal que ha generado tiene su origen en la política comunitaria y en el Derecho de la Unión Europea<sup>31</sup>. Si esto es así una visión exclusivamente nacional resulta insuficiente para la delimitación de los riesgos financieros permitidos, que deben ser fruto de una ponderación no exclusivamente nacional, sino también global o, al menos, Europea.

La política criminal que ha tenido como fruto la reciente reforma del art. 284 CP es consecuencia de un proceso que se ha denominado por una parte de la doctrina como de “armonización unificadora” y que se basa en la estratificación de la regulación en diferentes niveles (procedimiento de comitología que se concreta en este ámbito en lo que se denomina procedimiento o técnica *Lamfalussy*)<sup>32</sup>. Resumiendo mucho ello significa que en primer lugar

---

30 Sobre esta cuestión que no puede ser tratada aquí en profundidad, Feijoo Sánchez, Resultado lesivo e imprudencia, pp. 308 ss., especialmente nota 922. Debe estar claro que no toda *lex artis* o regla de la técnica presenta la misma legitimidad como instrumento para determinar o conocer la permisibilidad de conductas en determinados ámbitos, existiendo diversos grados de legitimación. Por ejemplo, no es lo mismo una *lex artis* para hacer frente a riesgos que no se pueden evitar (medicina) que reglas que implican decisiones sobre los niveles de riesgo que tienen que soportar otros, sin que dichos terceros o los representantes de sus intereses puedan participar en la elaboración de las mismas.

31 Sorgenfrei, en Park, 2008: Kap. 4/4 ss.; Vogel, en Assman & Schneider, 2009: WpHG, previo a 20a/11 ss.

32 Böse & Koch, en Sieber y otros, 2008: 17/2 ss.; Nieto Martín, 2010: 317 ss.; Vogel, 2007: 734, con ulteriores referencias.



tenemos una Directiva general, que no desciende a aspectos técnicos, que es la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (conductas de abuso de mercado). Los detalles técnicos se regulan en otras Directivas como las 2003/124/CE de la Comisión de 22 de diciembre, sobre la definición y revelación pública de la información privilegiada y la definición de manipulación del mercado y 2004/72/CE de la Comisión de 29 de abril de 2004, sobre las prácticas de mercado aceptadas, la definición de información privilegiada para los instrumentos derivados sobre materias primas, la elaboración de listas de personas con información privilegiada, la notificación de las operaciones efectuadas por directivos y la notificación de operaciones sospechosas y un Reglamento. Forma parte de esta “armonización unificadora” en un tercer nivel unas *Guidelines* que tienen un carácter no vinculante para las autoridades nacionales. La realidad es que hoy en día en la Unión Europea no sólo no son uniformes las dinámicas de sanción del abuso de mercado<sup>33</sup>, a pesar de la obligación de una interpretación conforme a las directivas, sino tampoco las prácticas aceptadas, tal y como se puede apreciar en una visita no muy prolongada a la página institucional de la ESMA (*European Securities and Markets Authority*).

Dejando incluso ahora aquí de lado el principio de interpretación conforme al Derecho comunitario que nos distraería de nuestro objetivo principal<sup>34</sup>, parece que se debe excluir en estos casos la tipicidad de la conducta al tratarse de riesgos no desaprobados en un contexto más amplio<sup>35</sup>.

Lo afirmado hasta aquí no debe entenderse como que una operación que no haya sido aceptada como práctica de mercado represente una conducta típica de manipulación. Que una conducta no esté permitida o aprobada por el orden primario no significa que no sea preciso proyectar el específico desvalor jurídico-penal propio del juicio de tipicidad<sup>36</sup>, debiendo evitar confundir la

33 Nieto Martín, 2010: 323 s.

34 Por muchos, Satzger, en Sieber y otros, 2008: 9/50 ss. (específicamente en Derecho Penal 9/55 ss.) y Tiedemann, 2010: 83, con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales.

35 En el mismo sentido, Böse & Koch, en Sieber y otros, 2008: 17/35; Gómez-Jara Díez, en Silva Sánchez, 2011: 414; Nieto Martín, 2010: 322 (“Una práctica de mercado admitida por el CESR con independencia de que una supervisora nacional la considere no permitida a efectos de supervisión, no debería ser objeto de sanción ni penal ni tampoco administrativa, en los Estados miembros”).

36 Gómez-Jara Díez, en Silva Sánchez, 2011: 414 s.; Nieto Martín, 2010: 322; Vogel, en Assman & Schneider, 2009: WPHG, 20a/174.

teoría del riesgo permitido con una teoría extrema de la accesoriedad administrativa. Desde luego, como señala el art. 4.4 del RD 1333/2005 en ningún caso una práctica de mercado, en particular si se trata de una práctica nueva o emergente, tendrá la consideración de práctica inaceptable, simplemente por el hecho de que dicha práctica de mercado no hubiera sido aceptada con anterioridad por la CNMV. La definición de una conducta como típica no puede depender del mejor o peor funcionamiento del organismo regulador a la hora de estar atento a las prácticas de mercado. Una aceptación *a posteriori* servirá para dejar en evidencia que se trataba desde el principio de una conducta permitida y no de una manipulación. Todas estas consideraciones se encuentran en línea con la dogmática tradicional del riesgo permitido.

### **3. El delito de corrupción entre particulares (286 bis CP)**

#### **3.1. Introducción**

A título ejemplificativo voy a tratar la cuestión del riesgo permitido con respecto a un ámbito que se caracteriza por todo lo contrario que el mercado de valores: inexistencia de reglas o pautas jurídicas previas para definir el ámbito de permisión de conductas. A diferencia de lo que venía siendo habitual en el ámbito del Derecho Penal Económico, en lo que respecta a la corrupción entre particulares no existe una regulación administrativa previa o de referencia. Se trata de una modalidad de injusto ajena a nuestra tradición jurídica. La Decisión Marco 2003/568/JAI motivó la introducción de este delito recogido en el art. 286 bis sin que previamente existiera una regulación clara por parte del ordenamiento primario de las relaciones interpersonales. Dejando de lado las críticas de un destacado sector doctrinal<sup>37</sup>, el art. 286 bis plantea interesantes problemas dogmáticos porque se trata de un caso en el que se proyecta directamente un desvalor jurídico-penal sin que existieran claras valoraciones jurídicas previas. De hecho un sector doctrinal opina que más que una solución a problemas existentes, el precepto representa un problema en sí mismo por que puede encerrar una tendencia expansiva si se entiende como un medio de implantar una determinada ética en los negocios. La inexistencia de un subsistema social reglado nos obliga a acudir a lo que – en términos habermassianos – podemos definir como el “mundo de la vida”, con todos los

---

37 Por todos, Martínez-Buján Pérez, 2011b: 308; Ventura Püschel, 2010: 320 ss.; Ventura Püschel, 2009: 495 ss., 508 ss. La doctrina española ya era crítica con la necesidad político-criminal de introducir en el ordenamiento español un precepto de estas características antes de la reforma del 2010.

problemas de vaguedad y ambigüedad que ello implica. Intentaré exponer como el fundamento expuesto sobre el riesgo permitido puede ayudar de cara a la aplicación razonable de este precepto a pesar de las dificultades de partida.

### 3.2. Estructura del tipo y fundamento del injusto

En cuanto a la estructura del tipo objetivo, lo primero que hay que abordar es que si hablamos de corrupción, ello significa que alguien a cambio de recibir una ventaja indebida o buscándola infringe las obligaciones derivadas de la posición que ocupa en una organización pública (administración) o privada (empresa mercantil, sociedad, fundación, etc.) en la que detenta cierta capacidad de decisión<sup>38</sup>. El injusto tiene que ver, por lo tanto, con la existencia de deberes fiduciarios. La diferencia con la administración desleal, en la que también se anteponen intereses particulares a los que se deben defender<sup>39</sup>, reside en que en las conductas de “corrupción consumada” siempre aparecen, al menos, dos actores (por ello se habla de delito bilateral o de participación necesaria, con independencia de que en realidad los tipos concretos no exijan para su consumación la participación de dos personas y se trate de tipos unilaterales en la medida en la que basta para la consumación con la promesa, ofrecimiento o solicitud sin acuerdo). En el marco de esta estructura típica de delito contra el correcto funcionamiento concurrencial del mercado mediante corrupción (no mediante violencia, intimidación, engaño, etc.) es en el que deben descubrirse los límites entre conductas permitidas y conductas jurídicamente desaprobadas.

En lo que alcanzo a ver una tesis similar ha sido sostenida en la doctrina por Kindhäuser sobre los presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad, que sostiene que “corrupción es, más bien, una determinada forma de agresión con la que se puede vulnerar los más distintos intereses penalmente protegidos. Los delitos de corrupción pueden dirigirse contra diversos bienes jurídicos. Por lo tanto, lo determinante para la legitimidad de la pena estatal es la circunstancia de que el autor ha puesto en peligro o lesionado por la vía de la corrupción un bien digno de protección”. En esta línea define

---

38 Faraldo Cabana, 2002: 97 (“el agente se torna corrupto si sacrifica el interés de su principal a favor del suyo propio, violando así sus obligaciones”); Nieto Martín, en Gómez Rivero, 2010: 474 (“el término corrupción significa con carácter general que una persona infringe un deber que le corresponde conforme a su posición a cambio de la obtención de un beneficio de cualquier tipo al que no tiene derecho”). Sobre el concepto de corrupción Navarro Frías & Melero Bosch, 2011: 17, con amplias referencias, insistiendo, frente a posiciones como las de Ventura Püschel, que no debe limitarse el concepto de corrupción al ámbito de lo público y que semánticamente no existe obstáculo para hablar de corrupción en el sector privado.

39 Feijoo Sánchez, 2009: 32 ss.

“la corrupción como la vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido” que constaría de los siguientes elementos: “a) Corrupción requiere, en primer lugar, una relación trilateral. A una persona se le debe haber confiado la tarea de actuar en interés de un tercero. Debe ser, como ya se dijo, encargado de un tercero. Además, para que la corrupción valga la pena, el encargado debe por lo general ser una persona que pueda tomar decisiones de cierto peso. En primera línea hay que pensar aquí en decisiones y actuaciones jurídicamente relevantes. Debe haber también una persona que pueda otorgar una ventaja (...) b) En la definición propuesta, el concepto de ventaja no se refiere necesariamente a un beneficio financiero. Por contrario, todo lo que pueda motivar a un ser humano, puede también entrar en consideración como ventaja. c) Para que exista corrupción, el otorgamiento de la ventaja debe estar referido a una posición de deber del encargado. Quien luego de un partido invita una cerveza a un policía que juega fútbol en su tiempo libre, no comete corrupción alguna. Importante es además que la relación entre la posición de deber y la ventaja sea indebida y, por tanto, lleve al encargado a una incompatibilidad de intereses”. Kindhäuser entiende, al igual que en este trabajo, que “la corrupción es solamente una forma de agresión, al igual que el engaño, la amenaza o la violencia. Corrupción es formalmente abuso de un poder de decisión, sin que el objeto del abuso esté materialmente ya abarcado.”

De cara a la determinación del sentido en que resulta relevante esta modalidad de corrupción existe ya un cierto consenso doctrinal en que lo que pretende proteger este tipo penal es la competencia leal como bien jurídico colectivo<sup>40</sup>,

---

40 Bacigalupo Zapater, 2011: 141, 228, con ulteriores referencias; Castro Moreno, 2010: 291 (n.º marg. 2732) que señala con respecto al bien jurídico protegido que “es de carácter colectivo y estriba en la salvaguardia de la competencia empresarial o profesional en la contratación de bienes y servicios”; Mendoza Buergo, 2011: 428 ss. Crítico con la leal competencia como referencia tuitiva por considerar que carece de la necesaria lesividad penal, Martínez-Buján Pérez, 2011b: 308.

Por tanto, entre los modelos de Derecho comparado, se ha optado por una modalidad de corrupción entre particulares propia de la tradición alemana. Con respecto al bien jurídico protegido en este delito en Alemania: Bacigalupo Zapater, 2011: 138; Heine, 2010: 299/2; Kindhäuser, 2010: 299/4, con ulteriores referencias; Kühl, 2011: 299/1; Mölders, 2009: 96 ss.; Rönnau, 2008: III 2/6 s.; Sprafke, 2010: 48 ss., 92, 100 ss., con ulteriores referencias; Tiedemann, 2008: 299/1 ss.; Wollschläger, 2010: 386. En la jurisprudencia alemana, vid. por todas BGHSt 49, p. 229 (=NJW 2004, p. 3133=wistra 2005, p. 27) y NJW 2006, p. 3298. La discusión en la doctrina alemana consiste básicamente en si son protegidos de forma secundaria otros bienes jurídicos como los intereses económicos de los competidores o sólo se trata de “reflejos de protección” de la protección de la competencia leal y honesta (Rönnau, 2008: 2/6 s.). Se ha señalado que es un error entender este delito en clave patrimonial en la medida en la que los competidores no sufren un perjuicio patrimonial, sino que en todo caso ven frustrada una posibilidad o expectativa fáctica de negocio y ganancia (Kindhäuser, 2010: 299/4a). Todas estas conclusiones son trasladables a la interpretación al nuevo art. 286 bis CP.

objeto tuitivo que se encuentra ya expresamente recogido en la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, de lucha contra la corrupción en el sector privado, al hacer referencia a la distorsión de la competencia como impedimento de un desarrollo económico sólido<sup>41</sup>. Si bien la extensión de conductas corruptas tiene una serie de otros efectos (resaca, espiral, etc.), como es característico de las infracciones económicas, los mismos tienen más que ver con déficits preventivo-generales derivados del éxito de la infracción para el infractor. Cuando hablamos de “competencia justa y honesta”, en palabras del Preámbulo de la LO 5/2010 que introdujo esta figura delictiva, en realidad estamos hablando de requisitos mínimos que se deben garantizar para un funcionamiento de un mercado basado en la competencia llevada a cabo con “buena fe objetiva” (prevención de todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe<sup>42</sup>). En el Derecho Penal español no existen normas contra la competencia en sentido estricto que protejan la competencia como institución castigando la restricción de la competencia (*antitrust*), sino tipificación de injustos específicos con ocasión de la competencia que tienen que ver con ciertos deberes mínimos con los competidores (ilícitos concurrenciales como las figuras tradicionales de descubrimiento y revelación de secretos). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en la mayoría de los casos será muy difícil, por no decir imposible, determinar cuál es el competidor concreto que se ha visto afectado, aspecto al que no hace referencia el tipo<sup>43</sup>. El hecho de

41 Con mayor profundidad, Foffani, 2006: 388 s.; Gili Pascual, 2007: 251 ss.; <Gómez-Jara Díez, 2008: 229 s.

42 Art. 1 ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

43 En la discusión posterior al seminario Miró Linares, crítico con este precepto consideró que se trata de un delito de peligro abstracto, tesis que ha sido sostenida en la literatura especializada por autores como Cortés Bechiarelli, 2010: 229, 236 o Ventura Püschel, 2010: 324 s.; Ventura Püschel, en Álvarez García, 2011: 674 s. En mi opinión, la referencia a que tienen que existir competidores o una situación de competencia efectiva (“frente a otros” o “frente a terceros”) no permite definir este delito como un mero delito de peligro abstracto, a no ser que lo que en realidad se quiera decir que se trata de un delito de peligro abstracto-concreto o de aptitud o idoneidad (Navarro Frías & Melero Bosch, 2011: 21 s.). En este sentido habría que entender que no se trata de que la conducta sea idónea para perjudicar el patrimonio de los otros competidores (más bien para generarles ilegítimamente un lucro cesante), sino de que el tipo exige la constatación de que efectivamente ha existido una perturbación en el funcionamiento concurrencial del mercado. Se puede discutir desde una perspectiva política-criminal si dicha referencia hace que tengamos un hecho que encierre una lesividad social que se merezca la imposición de una pena, pero no se puede afirmar que con esta figura delictiva sólo se tipifican conductas que encierran una peligrosidad estadística para la competencia absolutamente desvinculada del caso concreto (sobre delitos de peligro abstracto e imputación objetiva Feijoo Sánchez, 2005: 307 ss.). Curiosamente Cortés Bechiarelli incide en la importancia de que en el tipo se haga referencia a la finalidad de conseguir “una situación de privilegio a la hora de adquirir o vender mercancías en el comercio causalmente consecuente con la hora de la promesa o la concesión de la ventaja”, considerando que “la dificultad probatoria de algunos de estos aspectos en el proceso se advierten sin demasiado esfuerzo, pero la relación de causalidad entre la oferta, el requerimiento

que el delito de corrupción privada sea un delito perseguible de oficio es un argumento a favor de estas ideas. Lo que estabiliza el Código Penal con delitos como el de corrupción privada es el deber de competir leal y honestamente. Si esto es así la importancia del riesgo permitido para delimitar el umbral de relevancia jurídico-penal cae por su propio peso<sup>44</sup>.

Con base en esta referencia tuitiva la doctrina dominante en España no ha partido de la configuración de este delito como delito contra la competencia mediante corrupción (infracción de deberes con la organización empresarial) por lo que ha pretendido definir este delito como creación de un riesgo no permitido para los competidores (sin necesidad de que el riesgo se concrete en un resultado lesivo o de peligro concreto). Ello ha tenido como consecuencia que la literatura especializada dedicada al estudio de esta novedosa figura delictiva suele criticar que los titulares o propietarios de la entidad queden fuera del círculo de autores<sup>45</sup>. Para intentar ofrecer una explicación coherente la doctrina

---

o la asignación, por una parte, y la obtención de la posición dominante, por otra, ha de advertirse de forma nítida para la consumación del delito en sus dos manifestaciones típicas” (Cortes Bechiarelli, 2010: 235). Si esto es así el tipo obliga a practicar prueba de cargo en relación a la idoneidad lesiva en el caso concreto de la conducta de corrupción en el marco de la existencia de competidores y ello sólo puede ser porque se trata de una exigencia típica. Cosa distinta es que se entienda que no es un delito contra el mercado, sino contra los consumidores, pero en ese caso la definición del tipo como de peligro abstracto vendría de una inadecuada comprensión de la lesividad de este delito que no tiene en cuenta una concepción moderna de la competencia como interés público o institución de la economía de mercado. Lo que se protege es el marco institucional de mercado estabilizando reglas esenciales para el correcto funcionamiento concurrencial del mismo y esa protección tiene que ver con un bien jurídico colectivo en sentido estricto desvinculado de los intereses particulares de competidores y consumidores (en sentido contrario, antes de la reforma, Faraldo Cabana, 2002: 71 ss., 89). La protección de los consumidores como parte débil de las relaciones de mercado sólo representa una de las dimensiones de la legislación sobre competencia desleal (Gili Pascual, 2007: 269 s.). Además es en la Sección anterior del mismo Capítulo XI, la tercera, en la que se hace referencia expresa a la tutela de los consumidores. También se puede discutir la necesidad de la intervención con el Derecho Penal, pero ello no tiene nada que ver con que dogmáticamente el delito de corrupción entre particulares se conciba o no como un injusto de peligro abstracto contra el mercado. Si en un caso concreto se impusiera una pena no por la efectiva existencia de una perturbación, sino con base en la lógica preventiva de las estructuras típicas de los delitos de acumulación esa condena sería ilegítima. Por ello es tan importante la correcta configuración dogmática de este delito de corrupción entre particulares.

44 Tiedemann, 2008: antes de 298/4, aunque no vincule sus reflexiones a la teoría del riesgo permitido, lo que demuestra que muchos problemas de la parte especial que carecen de sistemática se pueden reconducir a una teoría general del riesgo permitido, tal y como se pretende defender en este trabajo.

45 Por todos, Martínez-Buján Pérez, 2011: 307; Mendoza Buergo, 2011: 429 ss., con ulteriores referencias; Navarro Frías & Melero Bosch, 2011: 12 ss., con amplias referencias en nota 37; Ventura Püschel, 2010: 325 s.; Ventura Püschel, 2009: 508; Ventura Püschel, en Álvarez García, 2011: 675, manifestando su perplejidad de que tratándose de la protección de un bien jurídico colectivo como la competencia tenga relevancia el consentimiento del responsable del negocio.

mayoritaria ha acabado desembocando en una idea de “pluriofensividad”<sup>46</sup>, que suma a la protección de la competencia como bien jurídico colectivo la protección de los intereses patrimoniales del titular de la empresa (sus intereses patrimoniales). Esta tesis diluye el fundamento del injusto con los correspondientes peligros para una aplicación práctica razonable en la medida en la que los juzgadores puede ir teniendo en cuenta aleatoriamente los aspectos que le interesen para castigar conductas que le parezcan poco éticas<sup>47</sup>. La tesis de la pluriofensividad en la que incurre en muchas ocasiones la doctrina cuando no puede abarcar teóricamente tipos penales de nuevo cuño representa normalmente un salvoconducto para una aplicación forense extensiva y arbitraria (piénsese, por ejemplo, en la experiencia con el blanqueo de capitales).

En un trabajo reciente Navarro Frías & Melero Bosch<sup>48</sup> exponen de forma clara las razones por las que la doctrina dominante española ha seguido este camino: “En todo caso, y siguiendo con la exclusión del empresario del círculo de sujetos activos de la corrupción entre particulares en su modalidad pasiva, cabría plantearse si quizás habría que operar al contrario, es decir, deduciendo de esta exclusión, e independientemente de las declaraciones que haya podido hacer el legislador en la Exposición de Motivos, que tal vez la competencia como tal no sea realmente el bien jurídico protegido por el art. 286 bis CP, sino una de las razones (*ratio legis*) de esta previsión, pero no la única y ni siquiera la fundamental. Si a esto le sumamos la presencia en el tipo de un elemento hasta ahora desconocido en un modelo puro de protección de la competencia, como es el elemento del *incumplimiento de sus obligaciones* por parte del empleado, que se interpreta como incumplimiento de las obligaciones que éste tiene *frente a su principal*, deberíamos preguntarnos si sólo se trata de excluir al empresario del círculo de sujetos activos o si, más allá de eso, debemos considerarlo también

46 Bañeres Santos & Nieto Martín, 2006: 220 s. (“podría decirse que el delito de corrupción entre privados se asienta sobre tres pilares que le proporcionan una adecuada legitimidad y justificación: la protección de la competencia como institución, la protección del “dueño” del establecimiento, y la protección de los intereses del concreto competidor que es o puede ser desplazado como consecuencia del soborno”; Gili Pascual, 2007: 287 s. con respecto al Proyecto de 2007; Mendoza Buergo, 2011: 430.

47 Martínez-Buján Pérez, 2011: 308 (“aunque tal vez sea la única exégesis posible de *lege lata* del precepto, entiendo que dicha configuración se basa en un modelo de tipificación que resulta político-criminalmente insostenible. En efecto, se trata de un modelo mixto que mezcla indebidamente dos bienes jurídicos diferentes: la competencia (sea como un bien jurídico institucional colectivo, sea como un bien individual representado por los intereses de los competidores, sea como la suma de los dos) o el patrimonio del titular de la empresa. En el Derecho comparado se conocen modelos basados en alguno de estos bienes jurídicos, pero no en los dos”.

48 Navarro Frías & Melero Bosch, 2011: 15.

objeto de la protección. La cuestión es entonces si no habría que desplazar el foco de la protección desde la competencia hasta el propio empresario (alejándonos, por tanto, de un modelo puro de la competencia como el modelo alemán), de manera que el bien jurídico protegido no sería entonces (o no sería sólo) la competencia sino el principio de lealtad y confianza que debe presidir las relaciones entre el empresario y sus empleados (modelo francés), o incluso la lealtad patrimonial que éstos deben a aquél (modelo austriaco)”.

Como señalan estas autoras<sup>49</sup>, la única forma de resolver este dilema dogmático es desde la perspectiva que se ha adoptado aquí, que coincide con una interpretación similar planteada por Kindhäuser con respecto al fundamento del injusto de la corrupción entre particulares: “Como segunda posible interpretación de la omisión de los empresarios en la enumeración de sujetos activos del art. 286 bis en su apartado 2.º, Kindhäuser ha explicado que no se trata de un problema relativo al bien jurídico, sino de un problema que tiene que ver con las *formas de agresión del bien jurídico*. A la hora de interpretar este tipo delictivo no sólo debemos preguntarnos qué bien jurídico se protege sino también frente a qué formas de agresión se protege. En este caso, a juicio de este autor, el legislador ha querido proteger la competencia sólo frente a los *actos de corrupción* entre particulares, lo que lleva necesariamente a concluir que sólo el empleado puede ser sujeto activo de este delito, porque sólo él se encontraría en el tipo de relación triádica que exige la corrupción. Kindhäuser defiende que solamente el empleado, por la posición que ocupa respecto del empresario, puede realizar la forma de ataque relevante para el tipo (la corrupción) infringiendo las obligaciones que se derivan de su posición. Por tanto, el comportamiento del empresario no será en ningún caso típico, por mucho que con su actuación afecte a la competencia, precisamente porque no se trataría de la forma de agresión *corrupción*. Por último, este autor extrae de lo anterior la conclusión final, aunque acepta que se opone a la concepción mayoritaria, de que debe otorgarse relevancia al consentimiento del empresario”.

De esta manera quedan planteadas las dos grandes líneas interpretativas de este delito, siendo esta segunda la que se sigue en el presente trabajo. Navarro y Melero<sup>50</sup> la rechazan, pareciendo sumarse a la tesis dominante, explicando la impunidad del titular de la empresa u organización como un “olvido del legislador”, aunque ellas mismas se dan cuenta de que la exclusión del empresario

---

49 Navarro Frías & Melero Bosch, 2011: 16 s.

50 Navarro Frías & Melero Bosch, 2011: 17 ss.



tiene su origen en los textos internacionales y no se trata sólo de un error en la tramitación parlamentaria. Sobre todo porque no ha existido olvido cuando el empresario o titular es una persona jurídica. Ello demuestra que lo que hay que interpretar y analizar dogmáticamente no es la *voluntas legislatoris*, sino la *voluntas legis*. Como consecuencia de lo que podemos denominar la “tesis del olvido” hacen una propuesta de *lege ferenda* que resulta extraña: exigir responsabilidad penal al empresario por vía de la participación en el delito de su subordinado<sup>51</sup>. En lo que interesa a este trabajo, con esta propuesta están asumiendo que el titular de la organización en la que trabaja el corrupto no es un componente esencial del injusto penal. Estas autoras confunden corrupción con inducción a la infracción de deberes privados (que sería lo que se acabaría protegiendo)<sup>52</sup>, pero una adecuada concepción de este delito nos muestra como el corruptor no es un partícipe en el hecho principal, sino el auténtico protagonista que atenta contra la competencia a través de la corrupción. Ese es el atentado contra la corrupción que se encuentra tipificado como injusto en el Código Penal español. En todo caso hay que definir correctamente qué es lo que protege el delito de corrupción entre particulares y cómo lo hace. No estamos ante un mero “cohecho privado” porque aquí no existen deberes públicos ni ante la tipificación específica de una “inducción a infringir obligaciones privadas” o “inducción a la infracción contractual” en la línea del art. 14 de la ley de Competencia Desleal. Ninguna de estas vías permite fundamentar dogmáticamente un injusto penal. Otra cosa es que la ley quiera castigar también al corrupto cuando busca contrapartidas en la medida en la que es esencial para el delito de corrupción que el corrupto sea desleal con la organización para la que trabaja anteponiendo sus propios intereses de forma ilegítima, ya que esa es la forma en la que se afecta a la competencia.

Bacigalupo Zapater<sup>53</sup>, en la línea de la legislación alemana, ha ofrecido una alternativa hermenéutica a la doctrina dominante en beneficio de la tesis de la protección exclusiva de la competencia entendiendo que la referencia al incumplimiento de obligaciones resulta superfluo porque carece de especial significación desde el punto de vista del objeto de protección. Se trata, sin

51 Tesis más extraña si tenemos en cuenta que el subordinado podría llegar a sufrir una pena inferior que el inductor en virtud de la escasa “trascendencia de las funciones del culpable” (art. 284.3 CP).

52 Utilizando sus palabras, confunden la relación triádica que implica toda corrupción (aunque a veces para la consumación del tipo no sea necesaria) con la relación triádica de toda inducción a la comisión de un delito (inductor-inducido-víctima).

53 Bacigalupo Zapater, 2011: 140, 229.

embargo, de una tesis *contra legem* que, además, tiene como consecuencia que el injusto pierda completamente sentido como delito de corrupción y se convierta en una mera regla ética relativa a los negocios. No voy a negar que este delito, ciertamente la manifestación más evidente de la importancia que está teniendo la internalización de la criminalización de la lucha contra la corrupción<sup>54</sup>, tiene en sus genes mucho que ver con una dinámica de estabilización de la ética de los negocios a nivel internacional, pero ello sólo explica el contexto de la criminalización, no su fundamentación dogmática como injusto merecedor de pena en el marco del ordenamiento español. Incluso en este contexto de estabilización internacional de una forma legítima de hacer negocios, la tesis de Bacigalupo de prescindir del elemento típico “incumpliendo sus obligaciones” acaba siendo contraria a la definición de este delito en los textos internacionales<sup>55</sup>. Al igual que no se puede prescindir de elemento típico “utilizando información privilegiada” en las conductas de manipulación operativa de mercado (art. 284.3.º CP), tampoco en el delito de corrupción entre particulares podemos obviar la presencia de un requisito típico consistente en el incumplimiento de obligaciones. El hecho de que los requisitos típicos planteen dificultades hermenéuticas con respecto al diseño dogmático de las estructuras típicas no puede justificar mantener aplicaciones de los tipos penales que, contra reo, no respeten el tenor literal o gramatical posible de los tipos. Si la ley no ha tipificado cualquier creación de un riesgo contra bienes jurídicos (como hace en los tipos puros de resultado como el homicidio), sino sólo mediante medios determinados como la corrupción del que tiene deberes con una empresa u organización o el uso de una información que debería estar ya disponible para todos los inversores, se debe respetar esa decisión político-criminal expresa plasmada en la ley. No se pueden interpretar todos los tipos penales como tipos puros de resultado por el mero hecho de que la normativización de la tipicidad tuviera su origen en estos tipos por la especial necesidad o “presión práctica” de no hacer una interpretación estrictamente causal de los mismos.

No se trata, sin embargo, de que esta modalidad de corrupción proteja deberes de fidelidad (en un mal entendimiento de los delitos de infracción

---

54 Weigend, 2007: 747 ss.

55 Vid art. 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio y arts. 7 relativo a la corrupción activa en el sector privado y 8 relativo a la corrupción pasiva en el sector privado del Convenio penal de 27 de enero de 1999 sobre la corrupción (Convenio n.º 173 del Consejo de Europa), ratificado por España.

de deber que he criticado previamente<sup>56</sup>), como ha sostenido algún autor<sup>57</sup>, sino que dichos deberes configuran la esencia de la conducta jurídicamente desvalorada. La conducta no permitida consiste en que la decisión o futura decisión en el marco de las competencias relativas a la compraventa de mercancías o la prestación de servicios resulta incompatible con los deberes que se derivan de las funciones asignadas. Eso es evidente si tenemos en cuenta que no existe un tratamiento unitario de la corrupción en el Código Penal. El tratamiento diferenciado tiene que ver con que la conducta de corrupción encierra en cada caso una lesividad social distinta. En el caso del cohecho el protagonista del hecho es el funcionario o autoridad (*intraneus*), mientras en el delito de corrupción entre particulares es el “corruptor” que compite de forma ilegítima. Mientras en el cohecho la “víctima” es la propia organización a la que pertenece el que infringe los deberes (Administración), en el delito de corrupción entre particulares no (por ello podrían entrar otros delitos en concurso en caso de lesión de los intereses del principal como la administración desleal). Por esa razón la atenuación del apartado tercero del art. 286 bis CP está destinada básicamente al apartado segundo en la medida en la que el corrupto no tiene deberes específicos para proteger una competencia leal y honesta<sup>58</sup>. Si el tipo se limitara a proteger deberes fiduciarios no quedaría legitimado desde el punto de vista del ordenamiento positivo español el apartado primero del art. 286 bis (¿Por qué un *extraneus* tiene que respetar los deberes de fidelidad directamente, siendo autor de un delito si no lo hace?) y, desde luego, no estaría justificado el tratamiento punitivo unitario que se dispensa a *intraneus* y *extraneus*. Tampoco tendría sentido el castigo de la promesa o el ofrecimiento si no ha existido la infracción de obligaciones. Ello demuestra que ni la organización a la que pertenece el corrupto ni las relaciones con su principal son objeto de protección de este tipo penal, sino que la infracción de obligaciones representa el medio a través del que se atenta contra la com-

56 Feijoo Sánchez, 2009: 16 ss.

57 Rodríguez Puerta & Morón Lerma, en Quintero Olivares, 2011: 360.

58 De acuerdo con la posición sostenida aquí deberá atenuarse la pena siempre que no haya intervención del competidor a favorecer como sucede en los casos en los que el obligado se ofrece a incumplir sus obligaciones solicitando un beneficio o ventaja sin encontrar aceptación (casos de beneficio o ventaja inexistente). El corrupto tiene deberes con respecto a su principal, pero no frente a los que pueden contratar con su principal, por lo que ni siquiera se ha empezado a ejecutar un hecho contra otros posibles competidores. Sin intervención de un competidor-corruptor se está tipificando un acto preparatorio previo a la tentativa equivalente a una proposición, no llegando siquiera a poder considerarse un tipo de emprendimiento.

petencia. Por esa razón son también relevantes las infracciones de integrantes de asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro. Por ejemplo, una fundación vinculada a una gran Caja de Ahorros como la Obra Social de la La Caixa puede generar un volumen de negocio que haga rentable el recurso a prácticas de *kick-back* para conseguir relaciones contractuales frente a una competencia que ofrece mejores prestaciones o precios más baratos.

De acuerdo con lo dicho, resulta acertada la idea de la doctrina dominante de que la referencia en el art. 286 bis 1 CP al incumplimiento de obligaciones se refiere al incumplimiento por parte del “empleado corrupto” del apartado segundo<sup>59</sup>. El art. 2 de la Decisión Marco corrobora esta idea. Es decir, el empleado corrompido afecta a la competencia mediante su propia corrupción mientras el tercero siempre lo hace a través de la corrupción ajena. No se trata del incumplimiento de obligaciones contractuales específicas, sino principalmente de la infracción del deber de lealtad.

En este sentido es en el que hay que entender que en algunos casos el consentimiento de la propiedad o de la representación de la propiedad podría hacer que la conducta sea atípica en la medida en la que no se pueda hablar con propiedad de una conducta de “corrupción”<sup>60</sup>. Por ejemplo, cuando el empleado ha actuado por indicación del administrador único de la sociedad de la que a la vez es propietario – de forma directa o indirecta – al 100 %. Lo decisivo no es en todo caso el consentimiento en sí mismo, sino la constatación de si ha existido o no “corrupción”. Nadie puede disponer de la libre competencia, pero algunos consentimientos tienen como consecuencia que no se pueda hablar de corrupción por lo que la conducta es atípica. En otros casos la mera existencia de consentimiento de un superior puede tener exclusivamente como consecuencia que existan varios responsables penales del hecho si los que han consentido carecían de legitimidad para prestar un consentimiento de ese tipo dentro de la organización. Hay que tener en cuenta que el tipo abarca a los administradores<sup>61</sup>. Tampoco entra en el ámbito de la conducta típica “corrupción” los supuestos en los que el tercero beneficiado es la propia

---

59 Mendoza Buergo, 2011: 437.

60 Sobre este debate en la doctrina española, Gili Pascual, 2007: 273 ss., especialmente 285 s.; Martínez-Buján Pérez, 2011: 309; Mendoza Buergo, 2011: 443; Navarro Frías & Melero Bosch, 2011: 28 ss.

61 Bañeres Santos & Nieto Martín, 2006: 220 (“aunque un administrador sea propietario de una parte del capital social, la aceptación o solicitud de ventajas supondría un comportamiento típico de no contar con el consentimiento del resto de los accionistas”). Esto es así porque sigue existiendo incumplimiento de obligaciones al no existir un consentimiento válido.

empresa, sociedad, asociación u organización o los casos de un autónomo que actúa personalmente o de empresas unipersonales. Todo ello nos indica de forma más clara cuál es el fundamento del injusto de esta figura delictiva.

### 3.3. El riesgo permitido

Volviendo al tema esencial de esta ponencia, el riesgo permitido, lo dicho hasta aquí demuestra que, en la medida en la que hablar de una “corrupción permitida” sería una *contradictio in adiecto*, lo decisivo a efectos de tipicidad es hasta dónde se puede hablar de un contacto social permitido y en qué momento dicho contacto social adquiere el significado de corrupción. Exactamente igual que señalé al hablar de la manipulación, si la conducta es permitida ya no es posible definirla como corrupción, por ello el riesgo permitido excluye la tipicidad. Es decir, si el protagonista del delito es el corruptor que se sirve de la corrupción, la cuestión es cómo se delimita entre una conducta permitida contra los competidores y una conducta desleal. No es extraño, por lo dicho, que la teoría de la adecuación social se venga ejemplificando desde siempre con respecto a comportamientos de cohecho (corrupción de funcionarios o autoridades). Por ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2005 (Ponente Enrique Bacigalupo Zapater) considera que “la recepción de un obsequio de Navidad de los valores habituales, en todo caso, no es constitutiva del delito” de cohecho impropio “dado que la doctrina viene considerando unánimemente que tales hechos no realizan el tipo penal por ser socialmente adecuados”.

Es evidente que quedan excluidos del tipo los beneficios o ventajas que carecen de idoneidad desde una perspectiva intersubjetiva para influir en una decisión comercial. La doctrina ha excluido de esta manera no sólo los casos de inidoneidad (pagar el café, un cigarrillo, etc.), sino también otros menos evidentes mediante el recurso al denominado “principio de insignificancia” que excluye los riesgos mínimos o no mensurables. Pero a partir de estos supuestos más sencillos de exclusión del tipo entra en juego un margen que posibilita una cierta interacción en la que no se puede definir como un uso ilegítimo de la libertad la habilidad para conseguir “cierta influencia” o el mantenimiento de un buen clima o ambiente de negocio (a diferencia de lo que sucede en el ámbito del cohecho). En estos ámbitos entra en juego la idea del “riesgo permitido” a través de la referencia a la adecuación social<sup>62</sup>. La razón es que no se puede

62 Por muchos, Rönnau, 2008: III 2/20 s.; Silva Sánchez, 2011: 428; Tiedemann, 2008: 299/28, 58. Un sector de la doctrina española vincula la idea de adecuación social o insignificancia con la referencia típica a

dejar de tener en cuenta el ámbito en el que se actúa a pesar de no disponer de decisiones pre-penales juridificadas en relación a los contactos tolerados.

Me parece pertinente traer a colación lo que sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo 362/2008, de 13 de junio (Ponente Manuel Marchena Gómez) con respecto a la adecuación social en el delito de cohecho, sentencia que, por lo que he alcanzado a ver, es la que ha hecho un mayor esfuerzo para orientar las valoraciones en dicho ámbito:

*“no es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales”.*

Si tenemos en cuenta que “módulo”, según el diccionario de la RAE, significa “dimensión que convencionalmente se toma como unidad de medida y, más en general, todo lo que sirve de norma o regla”, habrá que analizar por ámbitos o sectores de actividad si existe ese tipo de módulos. Por ejemplo, puede haber ámbitos donde forme parte de las dinámicas sociales como contactos permitidos la influencia indirecta “engrasando” el ambiente de la relación para facilitar la transacción. Puede que haya gente – incluyendo el juzgador de turno – a la que le parezca mejor o más ético que un acuerdo se cierre en un despacho y no en un restaurante ante una botella de vino, pero el ordenamiento penal no puede dejar de tener en cuenta que las relaciones sociales tienen sus propias reglas de juego. Sobre todo porque – insisto – la función del tipo de corrupción entre particulares no es estabilizar comportamientos éticos en los negocios mediante el Derecho Penal, sino desvalorar conductas incompatibles con una competencia leal por parte del corruptor y con los deberes de lealtad por parte del corrompido. Al igual que ha afirmado el Tribunal Supremo con respecto

---

que el beneficio o ventaja se consideren “no justificados”. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la falta de justificación va referido al beneficio o ventaja, no a la conducta. Por tanto, hay que entender esta exigencia típica como que no exista otra explicación alternativa lógica para el beneficio o ventaja que el favorecimiento mediante incumplimiento de obligaciones.

a las retribuciones de administradores<sup>63</sup>, no se trata de castigar a través de los tipos penales comportamientos que puedan ser considerados poco éticos. Hay comportamientos que no sólo suponen una falta de ética, sino que es evidente que ya no forman parte de las relaciones de comercio. Por ejemplo, ofrecerle a alguien cubrirle ciertos gastos de actividades con contenido sexual o regalar prendas de caballero de vestir a medida por un importe de 1.400 euros ya no forma parte de este sustrato de relaciones comerciales. Esto es especialmente evidente cuando se hace de forma clandestina, reservada o secreta por ambas partes en la medida en la que hablar de una “corrupción con luz y taquígrafos o al descubierto” representa una contradicción en los términos.

Hay que tener en cuenta que el sustrato de relaciones sociales sobre la que debe proyectarse la valoración jurídico-penal no son directamente las relaciones entre comerciantes y profesionales, sino que, al tratarse de un delito contra la competencia, el objeto de valoración pasa a ser lo que se permiten recíprocamente los competidores que ofrecen los mismos productos y servicios. La idea de reciprocidad tiene un especial interés para delimitar las conductas permitidas. Por ello será relevante la existencia de prácticas de comercio o de mercado en este sentido, no tanto como prácticas habituales sino –en el sentido expuesto con respecto al mercado de valores– como prácticas de mercado aceptadas intersubjetivamente en un determinado mercado<sup>64</sup> o como una especie de *lex artis* profesional ante la inexistencia de una disposición legal expresa (“buena fe objetiva”).

El trabajo dogmático se ve facilitado cuando las prácticas permitidas quedan fijadas por escrito. Por mencionar un ejemplo relevante, Farmaindustria tiene un “Código de Buenas Prácticas de Promoción de Medicamentos y de Interrelación de la Industria Farmacéutica con los Profesionales Sanitarios” aprobado por su Asamblea General en octubre de 2010.

Este Código, por ejemplo, a la hora de regular los incentivos considera “admisible la entrega de obsequios tales como utensilios de uso profesional en la práctica médica o farmacéutica o utensilios de escritorio de valor

63 STS 841/2006, de 17 de julio (Ponente Julián Sánchez Melgar).

64 La STS de la Sala 1.ª 313/1994, de 8 de abril (Pte. Eduardo Fernández-Cid de Termes), señala sobre la génesis de un uso de comercio como norma jurídica:

“el art. 2.º del CCom establece que los actos de comercio se regirán por las disposiciones contenidas en él, en su defecto por los usos del comercio, y a falta de ambas reglas por las del derecho común [...] la existencia de una norma derivada del uso no nace de una voluntad individual aunque se repita, sino que requiere la convicción de cumplimiento de una norma jurídica (*‘oppinio iuris’*), que, a su vez, encuentra su origen en una voluntad concorde de las partes”.

insignificante”, considerando que el obsequio es de poco valor cuando su precio de mercado no supera los diez euros. Exceptúa “la entrega de objetos como libros o material en soporte óptico, magnético, electrónico o similar, bajo el patrocinio de la Compañía, sobre temas de Medicina o Farmacia, siempre que cumplan los requisitos legales establecidos” y deja claro que “no será admisible la entrega de regalos de mayor valor o de naturaleza distinta a la científico-técnica, ni la entrega directa o indirecta de dispositivos electrónicos portátiles susceptibles de uso personal, aunque puedan tener uso profesional”. La hospitalidad y las reuniones (congresos, simposios, jornadas, etc.) así como otros aspectos relevantes desde la perspectiva del delito de corrupción privada también son objeto de una regulación minuciosa. Este código se complementa con una guía de desarrollo que con respecto a los incentivos concreta que “es admisible la entrega de materiales con un valor superior a los 10 euros en el caso de tratarse de utensilios médicos o material tecnológico y siempre que la entrega se realice a la institución sanitaria y no al profesional sanitario. Debe tratarse de utensilios de uso profesional en la práctica médica o farmacéutica que puedan servir para la gestión de la práctica clínica del facultativo o para su formación dentro de la institución, incluyendo material en soporte digital. En cualquier caso, todo material entregado tendrá como objeto beneficiar al paciente y mejorar la práctica de la medicina. Se deberá documentar adecuadamente que la entrega se realiza a la institución sanitaria. La entrega podrá ser realizada de forma directa al facultativo en el caso de libros o manuales relacionados con la práctica médica o suscripciones a revistas científicas de reconocido prestigio y a bases de datos de información científica. Sin embargo, no será admisible la entrega de bienes o la prestación de servicios que puedan servir para el beneficio privado de los facultativos (por ejemplo, hardware y periféricos que no queden claramente asignados a la institución que los recibe) o que no estén relacionados con la práctica clínica. No es admisible la entrega directa o indirecta de ordenadores portátiles, i-pads, teléfonos móviles, notebooks, reproductores mp3 mp4 mp5, e-books, etc., al tratarse de dispositivos electrónicos portátiles susceptibles de uso personal además del profesional”. Todo ello se ve además complementado con la publicación de consultas concretas con relación a la interpretación del código de tal manera que con estos instrumentos es fácil para cualquier profesional conocer cuando se mueve dentro de lo tolerado.

La determinación del riesgo permitido se hace especialmente difícil cuando el ordenamiento, como sucede con el delito de corrupción privada en el Código



Penal alemán, permite actuar frente a actuaciones en el extranjero y los hechos han tenido lugar en un ámbito cultural ajeno al de origen con sus propios módulos y códigos de regalos y agasajos en el ámbito de relaciones sociales y comerciales. Una multinacional española, por ejemplo, podría estar actuando correctamente mediante comportamientos que, de ser realizados en España, serían claramente delictivos. Este es un tema que aquí sólo puede quedar planteado<sup>65</sup>, pero que sirve para indicar la importancia de la configuración social a la hora de determinar la tipicidad de la conducta y las necesidades que tiene una economía globalizada de estandarizar prácticas a nivel global y no sólo nacional. No debemos olvidar que los delitos de corrupción son una de las modalidades que de forma más clara han contribuido a la necesidad político-criminal de instaurar una responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La ausencia de disposiciones legales y las dificultades de individualizar las decisiones pre-penales acerca de los riesgos permitidos obligan a otorgarle gran relevancia a códigos escritos como el de Farmaindustria expuesto cuando son consecuencia de una amplia aceptación. Lo relevante es este último aspecto, por lo que los códigos deontológicos o de conducta de un sector de actividad no se pueden trasladar automáticamente a otros para determinar la permisión de conductas. Si la introducción del delito de corrupción privada acaba teniendo como consecuencia el estímulo o promoción de este tipo de códigos que fijan las reglas del juego entre competidores, en la línea en la que el art. 37 de la Ley de Defensa de la Competencia fomenta los “códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores”, se verá sin duda facilitada la determinación del riesgo permitido en este delito.

Me gustaría mencionar, por último, una cuestión que está adquiriendo una gran relevancia práctica. Hoy en día es imposible afrontar cualquier aspecto fundamental del Derecho Penal económico sin hacer referencia a conceptos como “*compliance*” o “*law enforcement*” que la realidad económica introduce en el discurso jurídico, aunque la doctrina todavía no sepa muy bien como adecuarlos a nuestra tradición dogmática. En este sentido hay que señalar que, como consecuencia del estímulo a la autorregulación que supone la introducción de una responsabilidad penal propia de las personas jurídicas mediante la LO 5/2010, muchas personas jurídicas que identifican la corrupción como un riesgo penal

---

65 Sobre los problemas que se le plantean a la doctrina alemana en este punto me remito a Dannecker, NK, 299/74 ss., con amplias referencias; Heine, 2010: 299/29 a; Kindhäuser, 2010: 299/40a; Rönnau, 2008: III 2/22, 50; Tiedemann, 2008: 299/63; Wollschläger, 2010: passim.

relevante desarrollan programas anti-corrupción. Esos programas no son más que estrategias de *corporate governance* para prevenir la responsabilidad penal de la entidad o para estimular un mejor cumplimiento de lo que establece la ley por parte de los empleados y directivos de la entidad. Si sólo tienen relevancia, como creo, para delimitar la conducta típica de la permitida en la medida en la que supongan una concreción de prácticas aceptadas intersubjetivamente en el mercado correspondiente, la conclusión a la que hay que llegar es que su utilidad para la determinación de la conducta permitida depende, en última instancia, como ya se ha expuesto, de la aceptación de determinadas prácticas en el mercado correspondiente. Desde el punto de vista del fundamento del riesgo permitido, los programas corporativos de cumplimiento de la legalidad o anti-corrupción no desempeñan el mismo papel para determinar una conducta ilegítima de competencia que códigos ampliamente aceptados por un sector comercial. Por la misma razón no toda infracción de códigos éticos o de conducta de una entidad adquiere relevancia penal, sino que es preciso un juicio valorativo estrictamente jurídico-penal. Las razones tienen que ver con el fundamento ya expuesto en el primer apartado de este trabajo sobre el riesgo permitido. La existencia de códigos de conducta, códigos éticos o programas anti-corrupción (*compliance organisation*) que configuran la relación laboral o de gestión, en la medida que normas internas de la persona jurídica, no son más que un elemento más a tener en cuenta para determinar en el caso concreto la existencia del elemento típico “incumplimiento de obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales”.

### III. CONCLUSIONES

Con base en la exposición general del primer apartado y, a partir de un método inductivo en relación a los problemas concretos vistos en esta segunda parte, se pueden extraer como corolario de este trabajo las siguientes conclusiones:

1. El instituto del riesgo permitido dentro de la teoría jurídica del delito tiene que ver con la aceptación de determinadas conductas o prácticas por parte del orden jurídico primario. A partir de este fundamento, y en el marco de una concepción normativa de la teoría jurídica del delito como la que sostengo, se presenta como un instituto dogmático de carácter general que alcanza, con toda evidencia, a los delitos socio-económicos.
2. En los ámbitos fuertemente regulados las reglas jurídicas o las reglas de los organismos reguladores son de gran importancia para determinar

la permisión de conductas. Las diversas formas que tiene el Derecho administrativo de ir regulando sectores de la economía provoca que el orden primario ofrezca instrumentos diversos para determinar el riesgo permitido: reglas jurídicas en sentido estricto, aceptación de prácticas por parte de organismos reguladores, autorregulación aceptada por la administración, etc. Esto nos demuestra que la teoría del riesgo permitido será siempre una teoría inacabada en sus últimos detalles, que tendrá que estar atenta a las nuevas estrategias reguladoras que se vayan implantando.

3. En ámbitos con respecto a los que el ordenamiento extrapenal ha renunciado a intervenir de forma directa o indirecta, será necesario indagar cuáles son las prácticas de mercado que han sido intersubjetivamente aceptadas para cubrir esa laguna legislativa o reguladora. No es suficiente la habitualidad, que no equivale a permisión jurídica. No hace desaparecer la desaprobación jurídica. Cuanta mayor sea la “formalización” y más amplia la participación en la elaboración de dichas prácticas, no sólo será más fácil descubrir las decisiones pre-penales acerca de los comportamientos tolerados o permitidos, sino que mayor relevancia ostentarán como indicio de permisión de conductas. Se plantean problemas importantes en el contexto de una economía cada vez más global, en una época en la que el contexto internacional fuerza a introducir tipos en beneficio de una competencia leal y honesta entre empresas (multinacionales) en un mercado cada vez más globalizado.
4. Sin una adecuada teoría general del tipo penal (estructuras típicas, fundamento de la conducta permitida, etc.) no es posible resolver adecuadamente los problemas de “parte especial”<sup>66</sup>, entre ellos los que plantean los “delitos económicos de última generación”.

---

<sup>66</sup> Jakobs, 2003: 117 ss.; Jakobs, 2008: passim.

## BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ GARCIA (dir.)

2011 *Derecho Penal español, Parte especial II*, Valencia.

ASSMAN & SCHNEIDER

2009 *Wertpapierhandelsgesetz Kommentar*, 5.ª ed., Colonia.

BACIGALUPO ZAPATER

2011 *Compliance y Derecho Penal*, Pamplona.

BAÑERES SANTOS & NIETO MARTIN

2006 “Corrupción entre privados”, en *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.

BENNER

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

CASTRO MORENO

2010 “Corrupción entre particulares”, en *Memento experto reforma Penal 2010*, Madrid.

CORTES BECHIARELLI

2010 “La llamada corrupción entre particulares”, en Juanes Peces (dir.), *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del Empresario*, Madrid.

FARALDO CABANA

2002 “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Estudios Penales y Criminológicos XXIII (2001-2002)*.

FEIJOO SANCHEZ

1999 *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Madrid.

2001 *Resultado lesivo e imprudencia. Estudios sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, Barcelona.

2005 “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en M. Bajo Fernandez, A. Jorge Barreiro & C. Suarez Gonzalez (eds.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid.

2007 *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid.

2009 “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial”, en *InDret Penal 2/2009*.

FOFFANI

- 2006 “La “corrupción privada”. Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización”, en Arroyo Zapatero & Nieto Martin (coords.), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca.

GILI PASCUAL

- 2007 “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.<sup>a</sup> época n.º 19.

GOMEZ RIVERO (coord.)

- 2010 *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid.

GOMEZ-JARA DIEZ

- 2008 “Corrupción en el sector privado: ¿Competencia desleal y/o administración desleal?”, en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* n.º 74 (mayo-agosto).

- 2011 “La reforma del art. 284 del Código Penal: menos maquinación y más manipulación”, en Diaz-Maroto y Villarejo (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Pamplona.

HEINE

- 2010 “Comentario al parágrafo 299”, en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 28.<sup>a</sup> ed.

JAKOBS

- 2003 “Sobre el concepto de delito contra la persona”, en *Revista del Poder Judicial* n.º 70.

- 2008 “La privación de un derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial”, en *InDret Penal* 4/2008.

KINDHÄUSER

- 2007 “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, en *Política Criminal* n.º 3 [<http://www.politicacriminal.cl>].

- 2010 “Comentario al parágrafo 299”, en Kindhäuser Neumann & Paeffgen, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden.

KÜHL

- 2011 *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch*, 27.<sup>a</sup> ed.

LENZEN

- 2000 *Unerlaubte Eingriffe in die Börsenkursbildung*, Francfort a. M.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ

- 2011a *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia.

- 2011b *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia.

MENDOZA BUERGO

2011 “El nuevo delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP)”, en Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Pamplona.

MÖLDERS

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

NAVARRO FRIAS & MELERO BOSCH

2011 “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, en *InDret Penal* 4/2011.

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.

PARK

2008 *Kapitalmarktstrafrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden.

QUINTERO OLIVARES (dir.)

2011 *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo II (arts. 234 a DF 7.<sup>a</sup>), 6.<sup>a</sup> ed., Pamplona.

RÖNNAU

2008 en ACHENBACH/RANSIEK, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., Heidelberg.

SCHRÖDER

2007 *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht*, 1.<sup>a</sup> ed., Colonia.

SIEBER, BRÜNER, SATZGER & V. HEINTSCHEL-HEINEGG (edits.)

2011 *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden.

SILVA SANCHEZ (dir.)

2011 *El Nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid.

SPRAFKE

2010 *Korruption, Strafrecht und Compliance*, Berlín.

TIEDEMANN, K.

2008 “Comentario al párrafo 299”, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12.<sup>a</sup> ed., Tomo 12, Berlín.

2010 *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, Valencia, 2010.

VENTURA PÜSCHEL

2009 “Sobre la tipificación de la mal llamada “corrupción entre particulares” (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)”, en Alvarez Garcia (dir.), *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia.

2010 “Corrupción entre particulares”, en Alvarez Garcia & Gonzalez Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia.

VOGEL

2007 “Wertpapierhandelsstrafrecht – Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells?”, en *Festschrift für Günther Jakobs*, Colonia y otras.

WEIGEND

“Internationale Korruptionsbekämpfung-Lösung ohne Problem?”, *Festschrift für Günther Jakobs*, Colonia y otras.

WOLLSCHLÄGER

2010 “Die Anwendbarkeit des § 299 StGB auf Auslandssachverhalte-frühere, aktuelle und geplante Tatbestandsfassung”, en *Strafverteidiger* 7/2010.

ZABALA LOPEZ-GOMEZ

2011 *Los delitos bursátiles*, Madrid.

## JURISPRUDENCIA

Sala Primera del Tribunal Supremo.

S. 313/1994, de 8 de abril

Sala Segunda del Tribunal Supremo

Auto de 19 de septiembre de 2005

S. 841/2006, de 17 de julio

S. 362/2008, de 13 de junio

S. 1300/2009, de 23 de diciembre

S. 1136/2010, de 21 de diciembre

S. 301/2011, de 31 de marzo

S. 495/2011, de 1 de junio

S. 528/2011, de 6 de junio

Audiencia Nacional

Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 2 de 30 de agosto de 2011

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

S. 2009/400 de 23 de diciembre (Caso Spector Photo y Van Raemdock)





# O DIREITO SANCIONATÓRIO PÚBLICO ENQUANTO BISSETRIZ (IMPERFEITA) ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO – A PRETEXTO DE ALGUMA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

*Miguel Prata Roque*<sup>1</sup>

*ABSTRACT: Nowadays, public punitive powers cannot be restrained inside the exclusive borders of Criminal Law. On the contrary, it can be found a growing apparatus of sanctioning powers that are directly exercised by the public administration in order to assure the binding effect of the rule of law. Accordingly, the public administration assumes its role as a guardian of that rule of law, if necessary through the appliance of public sanctions that go without the need of a previous jurisdictional decision. Those public sanctions go from the imposition of pecuniary penalties, passing by disciplinary measures, to the compliance of administrative measures such as the deprivation of certain rights that may be submitted to an enabling administrative procedure. As those measures tend to be divided into an administrative phase and a jurisdictional one, it is crucial to benefit from the rules and principles of each branch of law – Criminal Law and Administrative Law. In summary, the Public Sanctioning Law tends to appear as a refurbished and intricate melting-pot of criminal and administrative solutions that must be carefully pondered in order to face the specificities of each specific situation.*

**SUMÁRIO:** § 1. Um conceito amplo de Direito Sancionatório Público. § 2. O dualismo funcional entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. § 3. A tipologia: sanções contraordenacionais, sanções disciplinares, sanções financeiras e sanções administrativas “*stricto sensu*”. § 4. Em especial, o ilícito contraordenacional: “*contraordenações por natureza*” (ou “*originárias*”) e “*contraordenações por descriminalização*” (ou “*supervenientes*”). § 5. As garantias administrativas na fase procedimental. § 6. As garantias contenciosas na fase jurisdicional. § 7. A determinação da jurisdição competente; § 8. Amplitude e medida da sanção. § 9. As normas sancionatórias administrativas em branco. § 10. Cumulação de poderes instrutórios e de poderes de decisão sancionatória.

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Doutor em Ciências Jurídico-Políticas; Assessor do Gabinete de Juízes do Tribunal Constitucional.

## § 1. UM CONCEITO AMPLO DE DIREITO SANCIONATÓRIO PÚBLICO

Não raras vezes, as reflexões juscientíficas sobre o exercício do poder público de tipo sancionatório acabam por enredar-se em querelas apaixonadas – mas, igualmente, estéreis, já que desprovidas de particular utilidade aplicativa<sup>2</sup> – acerca da natureza predominantemente jurídico-penal ou jurídico-administrativa do mesmo. De um lado da trincheira, sustentam os juspenalistas<sup>3</sup> que mesmo os subramos destinados à regulação do exercício de poder sancionatório não penal compartilham e beneficiam do mesmo tipo de garantias próprias da aplicação de normas jurídico-penais, ainda que em menor grau e intensidade. Do outro lado, replicam os jusadministrativistas<sup>4</sup> (mas também alguns juspenalistas<sup>5</sup>) que a decisão sancionatória (não penal) constitui, ela própria, um ato típico da função administrativa, não podendo deixar de ficar sujeito às regras próprias do procedimento administrativo, bem como às respetivas garantias<sup>6</sup>.

Dúvidas não restam que esse bloco de fontes normativas que dá pelo nome de Direito Sancionatório, em sentido bem amplo, não pode senão ser qualificado como próprio do Direito Público<sup>7</sup>. Sucede, porém, que ele abrange

2 De igual modo, muito crítico quanto às tentativas maniqueístas de gládio doutrinário sobre a natureza jurídico-penal ou jurídico-administrativo do Direito Sancionatório Administrativo, ver Nieto, 2005: 23-24. Em sentido próximo, especificamente sobre um certo abandono do estudo dogmático do Direito Contraordenacional, colocado numa “terra-de-ninguém”, que medeia os campos onde se entrincheiram jusadministrativistas e juspenalistas, ver Pereira da Silva, 2009: 296.

3 Beleza dos Santos, 1945: 43-47; Faria Costa, 1988: 347-367; Jescheck/Weigend, 2002: 50; Vilela, 2013: 22 e 243-255.

4 Mourgeon, 1967: 129, § 94; Parada Vázquez, 1972: 41-93; Fischer, 1972: 214; Rougevin-Baville, 1972: 273; García de Enterría, 1976: 399-430; Delarue, 2001: 14; Sauvé, 2001: 16; Degoffe, 2001: 27; Deguergue, 2001: 83; Thieß, 2002: 7; Huergo Lora, 2007: *passim*; Gomes, 2008: 6-7 e 12.

5 Em boa verdade, Figueiredo Dias (cfr. 2001: 154) enquadra o “Direito Contraordenacional” enquanto subramo do “Direito Administrativo Sancionatório”, excluindo-o do âmbito do “Direito Penal”. Tal não deve ser de estranhar. Já muito antes, James Goldschmidt, um dos principais percussores do estudo do “Direito Sancionatório Público” havia acentuado essa miscigenação entre “Direito Penal” e “Direito Administrativo”. Assim, ver Goldschmidt, 1902: *passim*; Idem, 1905: 16. Em sentido idêntico, sustentando a autonomização do Direito Administrativo Sancionatório, ver Erik Wolf, 1930: 560-563; Delmas-Marty & Teitgen-Colly, 1992: *passim*.

Negando-lhe a natureza de “ato administrativo” e qualificando-o como “ato jurisdicional”, em sentido material, no que concerne as decisões em matéria contraordenacional, ver Ferreira Antunes, 1997: 41.

6 Em sentido contrário, negando que a decisão administrativa sancionatória possa ser qualificada como um “ato administrativo”, mas sem que logrem afastar (de modo algum) a sua evidente materialidade jurídico-administrativa, ver Ferreira Antunes, 1997: 157; Costa Pinto, 1997: 81.

7 Atualmente, a cisão entre Direito Privado e Direito Público afigura-se apenas como tendencial, coexistindo inúmeras teorias explicativas dos seus traços distintivos essenciais. Assim, ver Duguit, 1901: 18; Caetano, 1943: 35; Rivero, 1953: 289; Marques Guedes, 1954: 129; Bullinger, 1968: 115; Prosper Weil, 1977: 31;

todas as expressões de exercício de poder sancionatório, cometido a órgãos de pessoas coletivas públicas (ou privadas<sup>8</sup>) encarregues da prossecução de funções públicas, sejam elas jurisdicionais ou administrativas. Entre essas manifestações de poder sancionatório destaca-se, sem margem alguma para dúvidas, o exercício do poder punitivo penal. Mas o exercício da ação, perseguição e punição penal não esgota a panóplia de poderes sancionatórios públicos<sup>9</sup>. Com ele convivem ainda: *i*) o “*poder sancionatório contraordenacional*”; *ii*) o “*poder sancionatório disciplinar (público)*”; *iii*) o “*poder sancionatório financeiro*”; e *iv*) o “*poder sancionatório administrativo*”, em sentido estrito.

Daí que possa – e deva – falar-se, com toda a propriedade, num verdadeiro e autónomo ramo de Direito Sancionatório Público.

A etimologia latina do vocábulo “*sanção*” (ou do respetivo verbo, “*sancionar*”) permite-nos alcançar melhor a natureza e o sentido dos próprios poderes envolvidos no seu exercício. A “*sanctio*” correspondia, por conseguinte, a um prescrição normativa impositiva, tanto podendo ser encarada como sinónimo de “*lei*”, de “*ordenação*” ou de “*punição*”. Para mais, a “*sanctio*” derivava do vocábulo “*sanctus*”, que traduzia a ideia de algo “*sacrado*” ou “*inviolável*”<sup>10</sup>. Ora, de acordo com a cultura pagã clássica, a referência ao sagrado (e às suas múltiplas divindades) tanto era empregue como forma de justificar um “*castigo*”, como pretendia traduzir uma ideia de “*recompensa*” – o que, mais tarde, deu origem à

---

Zuleeg, 1982: 390; Santamaría Pastor, 1991: 54; Hörster, 1992: 33; Bull, 1993, 45; Maurer, 1994: 47; Estorninho, 1999: 152-153; Leisner, 2007: 42-43; Schröder, 2007: 215-218; Nogueira de Brito, 2010: 45-46; Paes Marques, 2010: 335; Colaço Antunes, 2012: 504-505.

8 Com efeito, uma “*conceção (meramente) subjetivista*” da função administrativa – nos termos da qual aquela só poderia ser prosseguida por órgãos pertencentes a pessoas coletivas públicas – encontra-se, hoje, definitivamente ultrapassada. Pelo contrário, a função administrativa é agora prosseguida quer por pessoas coletivas públicas, quer por pessoas coletivas privadas, munidas de uma “*posição de supremacia jurídica*”, funcionalizada à “*prossecução e satisfação de necessidades coletivas*”. Destacando a abertura ao exercício de poderes administrativos, por parte das pessoas coletivas privadas, ver Santamaría Pastor, 1991: 949-950; Otero, 1995: 49-64; Gonçalves, 2005: 651-784; Fischer-Lescano, 2008: 374-376. Especificamente aceitando que as pessoas coletivas privadas possam ser integradas num “*conceito funcional*” de entidade administrativa dotada de competência sancionatória, ver Lampe, 2006: § 6; Göhler, 2009: § 2 da nota prévia ao artigo 35.º.

9 Por isso, alguma doutrina tem vindo a demonstrar que o “*poder punitivo*” (ou “*ius puniendi*”) do Estado se desdobra, de tal modo que pode ser prosseguido quer pelos “*tribunais*” – em regra, no âmbito do Direito Penal –, quer pela “*administração pública*”. Assim, ver Lozano Cutanda, 1990: 394; Delmas-Marty & Teitgen-Colly, 1992: 7; Moderne, 1993: 77; Dellis, 1997: 19; Domínguez Vila, 1997: 26-29; Cano Campos, 2001: 248; Bajo Fernández, 2002: 6690; Madureira Prates, 2005: 25; Alejandro Nieto, 2005: 85-94. Assinalando esta multiplicidade de “*sanções administrativas*”, em sentido amplo, ver Paliero & Travi, 1988: 91; Rougevin-Baville, 1972: 259-261; Maryse Deguegue, 2001: 81; Robert, 2001: 90; Quastana, 2001: 145; Huergo Lora, 2007: 137.

10 Agostino, 1958: 308; Dias José, 1991: 41.

noção romano-cristã de “*redenção*”, mediante expiação dos pecados cometidos. Pode, portanto, intuir-se que a “*sanção*” (ou “*sanctio*”) corresponde a uma via de reestabelecer o respeito social/comunitário por algo que deve ser “*sagrado*” e “*inviolável*”, mediante a sujeição do infrator a uma “*punição*”. O reestabelecimento da ordem pública (e das prescrições normativas) obtém-se, assim, por via do exercício de poderes sancionatórios públicos<sup>11</sup>.

Ora, essa garantia do respeito pelo bloco de normatividade vigente em cada local e momento histórico não fica exclusivamente dependente da previsão e condenação dos agentes de eventuais ilícitos a uma punição de tipo penal, em especial, através da sujeição a uma pena privativa da liberdade pessoal. Pelo contrário, os Estados de Direito Democrático – em homenagem ao princípio da proporcionalidade – têm vindo a consolidar uma estrutura multifacetada de sanções tendentes à garantia do cumprimento do bloco de normatividade vigente<sup>12</sup>.

## § 2. O DUALISMO FUNCIONAL ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO

A garantia da força conformadora de qualquer bloco de normatividade (de âmbito nacional, internacional ou transnacional) tanto pode ser prosseguida através de um “*método preventivo*”, que opera antes da ofensa à normatividade instituída, como mediante um “*método repressivo*”, que intervém após a ocorrência de uma violação da legalidade democrática. Habitualmente, tem-se preconizado uma cisão entre o Direito Administrativo e o Direito Penal<sup>13</sup>, precisamente com base na recondução do primeiro a um “*método preventivo*” de efetivação do bloco de normatividade, enquanto o segundo interviria apenas, “*a posteriori*”, face a um ataque consumado (ou meramente tentado) ao bloco de normatividade democraticamente instituído<sup>14</sup>. A administração

11 Associando a “*sanção*”, enquanto efeito desagradável (e, portanto, penoso), à violação de um comando normativo prescritivo de determinada conduta, ver Zanobini, 1924: 2; Frosali, 1971: 47; García de Enterría, 1976: 399; Sousa e Brito, 1983/84: 112; Tullio Padovani, 1985: 56; Paliero & Travi, 1988: 2; Moderne, 1993: 101-102; Oliveira Ascensão, 1995: 53; Kelsen, 1999: 24.

12 Assim, já se pronunciava Beza dos Santos, 1945: 49. Em sentido idêntico, mais recentemente, Robert, 2001: 90; Quastana, 2001: 145; Huergo Lora, 2007: 137; Pinto de Albuquerque, 2001: 12; Sousa Antunes, 2001: 652.

13 Registando esta tendencial (mas hoje ultrapassada) distinção entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, ver Marques Guedes, 1956: 100-102; Foucault, 1975: 111; Dias José, 1991: 39; Hassemer, 1996: 324; Degoffe, 2001: 30; Caetano, 2004: 1150; Sérvulo Correia, 2006: 98; Pereira da Silva, 2009: 274.

14 Acentuando esta cisão entre um “*método repressivo*” e um “*método preventivo*”, ainda que numa perspectiva algo particular, há quem preconize que a sua distinção deveria assentar numa lógica de contraposição entre “*dano*” (que prevaleceria nos “*delitos penais*”) e “*perigo*” (que seria uma característica

pública preveniria eventuais desrespeitos à normatividade vigente, adotando medidas de “*polícia administrativa*” que não só difundissem os parâmetros de conduta a adotar pelos indivíduos, mas que dificultassem igualmente a sua violação, conduzindo-os a uma observância voluntária dessa normatividade<sup>15</sup>. Os tribunais criminais (e os demais órgãos de polícia criminal) perseguiriam e sancionariam condutas, ativas ou omissivas, que violassem essa mesma normatividade vigente.

Várias razões militam, hoje, contra esse entendimento simplista.

Em primeiro lugar, os “*fins das penas*” já há muito deixaram de cingir-se à mera repressão ou retorsão dos agentes de condutas ilícitas. Bem pelo contrário, hoje tornou-se consensual que as sanções penais visam, antes de tudo o mais, efeitos de “*prevenção geral*” ou de “*prevenção especial*”<sup>16</sup>. A simples ameaça de sanção penal logra, assim, motivar os potenciais infratores para a adequação das suas condutas aos comandos normativos vigentes em cada local e momento histórico. Não pode, portanto, afirmar-se que as normas sancionatórias penais se circunscrevam a um momento subsequente à prática da infração, antes sendo decisivas enquanto instrumento de conformação das condutas dos particulares ao bloco de normatividade vigente. Daqui nasce, aliás, uma necessidade imperiosa de equacionar diversos problemas relacionados com o “*concurso*” de normas sancionatórias de natureza diversa<sup>17</sup>, visto que as suas finalidades preventivas correm o risco de conflitar entre si.

Em segundo lugar, o legislador tem vindo a cometer à administração pública inúmeros poderes de supervisão e de sancionamento de condutas ilícitas já

---

dos “*delitos de polícia*”. Assim, ver Feuerbach, 1847: 46-47; Beleza dos Santos, 1936: 255-256; Costa Andrade, 1980-81: 87-88; Marques da Silva, 1983: 1281-1283; Nieto, 2005: 182-185; Huergo Lora, 2007: 153-156; Vilela, 2013: 43.

15 Garcia, 1983: 15; Marcello Caetano, 2004: 1150; Vilela, 2013: 43.

16 Com efeito, a lógica de humanização do Direito Penal, com a acentuada perda de peso doutrinário, jurisprudencial e social das “*teorias retribucionistas*” – bem potenciada pela consolidação das conquistas decorrentes do constitucionalismo liberal [cfr. Roxin, 1981: 43] –, contribuiu para que, gradualmente, as “*teorias preventivas*” – inspiradas por Feuerbach e Liszt – ganhassem ascendente enquanto justificativas dos “*fins das penas*”. Sobre a dimensão de “*prevenção geral*” – ou seja, de efeito dissuasor sobre toda a comunidade jurídica –, ver Roxin, 1973: 8; Radbruch, 1997: 319; Jescheck/Weigend, 2002: 78; Correia, 2004: 47 e 88; Naucke, 2004: 24; Figueiredo Dias, 2009: 51. Sobre a noção de “*prevenção especial*” – particularmente dirigida a dissuadir o próprio agente do crime –, ver Palma, 1994: 38; Jescheck/Weigend, 2002: 78; Correia, 2004: 82; Naucke, 2004: 30; Figueiredo Dias, 2009: 53-54.

17 Entre inúmeros outros, sobre a “*proibição de ‘bis in idem’*”, relativamente à cumulação de processos penais e procedimentos sancionatórios de tipo administrativo, ver Arroyo Zapatero, 1983: 9-46; Nolte, 1991: 1407-1436; Degenhart, 1999: 1855-1859; Pérez Manzano, 2002: *passim*; Nieto, 2005: 475-524; Huergo Lora, 2007: 436-440; Prata Roque, 2009: 437-444; Schmidt-Aßmann, 2011: 1-28.

praticadas, transformando o Direito Administrativo num complexo normativo de repressão de condutas ilícitas<sup>18</sup>. Este fenómeno resulta de inúmeros fatores: *i)* procura de descongestionamento dos tribunais criminais, libertando-os de “*bagatelas penais*” ou mesmo de outros ilícitos socialmente significativos<sup>19</sup>; *ii)* aproveitamento dos recursos e das habilitações técnicas da administração pública, com vista ao combate de ilícitos dotados de uma maior tecnicidade<sup>20</sup>; *iii)* necessidade de respeito pelo “*princípio da proporcionalidade*”, através da reserva da intervenção penal para situações reveladoras de uma maior intensidade da ilicitude intrínseca ao ato<sup>21</sup>.

Em terceiro lugar, esta ambivalência espelha-se ainda na circunstância de os serviços policiais do Estado funcionarem, à vez, quer enquanto “*entidades administrativas*” – na sua qualidade de “*forças de segurança*” –, quer enquanto “*órgãos de polícia criminal*”<sup>22</sup>. Esta cumulação de funções não pode (nem deve) ser menorizada. Com efeito, cabe às “*forças de segurança*” uma tarefa diária de interpretação e de aplicação dos comandos normativos, selecionando que condutas concretas devem enquadrar-se na categoria de “*ilícitos criminais*” ou de meros “*ilícitos administrativos*”, em sentido amplo<sup>23</sup>.

Importa, portanto, conhecer os circunstancialismos históricos que contribuíram para esta progressiva cisão entre Direito Penal e Direito Administrativo,

---

18 Nos dias que correm, também a função administrativa compartilha o exercício de verdadeiros poderes repressivos, que são exercidos em momento posterior à violação do bloco de normatividade. Com efeito, o fenómeno de privatização dos serviços públicos acarreta consigo uma diametral atribuição de poderes de regulação e de supervisão das atividades (materialmente) administrativas prosseguidas por sujeitos privados que, no limite, envolvem o exercício de poder sancionatório público, com vista a repor o respeito pela normatividade democrática. Assim, ver Mourgeon, 1967: *passim* e, em especial, 129; Fischer, 1972: 221-222; Rougevin-Baville, 1972: 258; Silva Sánchez, 1999: 150-155; Sauvé, 2001: 17; Degoffe, 2001: 30; Nieto, 2005: 33; Huergo Lora, 2007: 138-143; Teixeira, 2009: 107-108.

19 Domínguez Vila, 1997: 20; Ferreira Antunes, 1997: 25-26; Nuno Lumbrals, 2006: 39-44; Gageiro, 2009, 68; Pereira da Silva, 2009: 272; Vilela, 2013: 61. De modo mais rigoroso, Lobo Moutinho demonstra que o surgimento de outros subramos do Direito Sancionatório Público não se limita a coletar tipos de ilícito de natureza bagatela penal, antes assumindo uma autonomia dogmática face aos tipos de ilícito penais. Assim, ver Lobo Moutinho, 2008: 28.

20 Sauvé, 2001: 17-18; Pereira da Silva, 2009: 276.

21 Feuerbach, 1847: 46; Costa Andrade, 1980-1981: 92; Idem, 1985: 86-87; Silva Dias, 2008: 578-580 e 757-760; Sousa Antunes, 2011: 652.

22 Assinalando esta dualidade bipolar das “*forças de segurança*” – que tanto agem ao abrigo do Direito Administrativo como ao abrigo do Direito Penal –, ver Guedes Valente, 2004: 15-21; Machete, 2007: 658-660; Prata Roque, 2009: 396-398.

23 Sobre os limites do aproveitamento de prova obtida no decurso de procedimentos administrativos sancionatórios, para efeitos de processo penal, ver a n.r. 101.

enquanto instrumentos de garantia do cumprimento do bloco de normatividade instituída. O “*Estado de Polícia*” (ou “*Polizeistaat*”) surge entre o séc. XVIII e meados do séc. XIX, constituindo ainda um modelo organizativo intercalar ou de transição entre a Monarquia Absoluta e o Estado Liberal de Direito. Ele assentava, em simultâneo, quer no exercício de um “*monopólio coercivo*” (“*zwangsmonopol*”), típico do absolutismo esclarecido, quer na garantia das liberdades individuais, sob a influência do dever de preservação do “*bem comum da Humanidade*”<sup>24</sup>. Este conceito originário de “*polícia administrativa*”<sup>25</sup> não só corresponde a uma atuação pública com vista à garantia da “*ordem pública*” e da “*segurança pública*”, mas também engloba o efetivo exercício de poder coercivo<sup>26</sup>, contra o perigo que as atuações isoladas dos indivíduos representavam para a manutenção da ordem e da segurança<sup>27</sup>; se necessário, mediante o exercício de “*poder sancionatório público*”<sup>28</sup>. Na sua génese, o “*Polizeistaat*” exige do indivíduo a contenção das suas condutas com reflexo na comunidade, impondo-lhe um dever de não perturbação da “*boa ordem da coisa comum*”<sup>29</sup>. Sempre que tal dever não é acautelado, a administração intervém coercivamente, repondo o respeito pela ordem pública. E isto sem que seja sequer necessária uma intervenção de âmbito jurídico-penal<sup>30</sup>.

24 A expressão pretende agregar várias terminologias empregues pela doutrina jusadministrativista e jusinternacionalista, mas que, no fundo, se resumem a uma ideia comum. Com efeito, ela foi sucessivamente apelidada de “*benção e poder de um Povo*” (“*Glückseligkeit und Macht eines Volkes*”) – Justi, 1759: 22-29 –, de “*necessidade da vida comum dos povos*” (“*necessità della vita comune dei popoli*”) – Fedozzi, 1901: 52 – e de “*bom estado (ou ordem) da coisa comum*” (“*guter stand/ordnung des Gemeinwesens*”) – Mayer, 1982: 3, 11 e 19 ou, mais recentemente, de “*nonum commune suprema lex*” – Zacharias, 2011: 569.

25 Para o efeito do presente estudo, reporto-me exclusivamente à noção de “*polícia administrativa*” (“*verwaltungs polizei*”), dela excluindo a sua vertente de “*polícia judicial*” (“*gerichtliche polizei*”), tão bem traduzida na conhecida clivagem francesa entre “*lois de police*” e “*lois de sûreté*”, que, mais tarde, viria a provocar a cisão entre Direito Administrativo Sancionatório e Direito Penal. Como é evidente, o conceito amplo de “*polícia*” abrangeria igualmente os meios civis e penais de manutenção da ordem e da segurança públicas; aspetos que, porém, não abordarei em detalhe, atenta a finalidade da presente dissertação. Distiguindo aquelas duas dimensões do conceito amplo de “*polícia*” e restringindo-se ao estudo da “*polícia administrativa*”, ver Laferrière, 1854: 416-422; Mayer, 1982: 3 e 15-16; Garrido Falla, 1953: 13; Idem, 1959: 34-41; Vedel & Devolvé, 1958: 1058-1059; Debbasch, 1978: 62-63; Laubadère, Venezia & Gademet, 1994: 745-746; Durand, 2005: 193-195.

26 Berg, 1804: 1-29; Mayer, 1982: 85-181; Garrido Falla, 1953: 11 e 14; Idem, 1959: 21-32.

27 Berg, 1804: 1-7; Laferrière, 1854: 415; Mayer, 1982: 8; Raneletti, 1908: 286; Garrido Falla, 1953: 11; Debbasch, 1978: 60-61; Laubadère, Venezia & Gademet, 1994: 743-745.

28 Nieto, 2005: 26.

29 Mayer, 1982: 11; Raneletti, 1908: *passim*.

30 O que, em simultâneo, tem a vantagem de dispensar uma intervenção mais gravosa – porque privativa da liberdade pessoal – sobre a esfera jurídica do cidadãos, mas incrementa o risco de desrespeito pelos

Porém, progressivamente, aquela noção desdobra-se<sup>31</sup> em “*polícia de segurança*” (“*Sicherheitspolizei*”), assente num mero dever da administração de conteúdo passivo<sup>32</sup> – a quem cabia manter apenas manter o respeito pela propriedade privada e pela segurança –, e “*polícia de prosperidade*” (“*Wohlfahrtspolizei*”), à qual vem associado um dever ativo de promoção das condições necessárias ao progresso humano. Ainda que esta última distinção venha a lançar dúvidas acerca da intensidade e universalidade do exercício de poder coercivo<sup>33</sup>, certo é que a ideia de polícia administrativa radicava numa declaração unilateral de vontade, emitida pela administração em virtude de um vínculo de subordinação, por força da qual o administrado fica vinculado a adequar a sua conduta a uma prescrição individual obrigatória, sob pena de constrangimento ao seu cumprimento forçado<sup>34</sup>.

Sintomática dessa cisão entre Direito Penal e Direito Administrativo foi a progressiva autonomização das “*lois de police*” face às “*lois de surêté*”. Usualmente

---

direitos e garantias pessoais, na medida em que não beneficia da especial proteção conferida pelas garantias de tipo jurídico-penal. Notando que as “*normas sancionatórias administrativas*” conferem menores garantias do que as “*normas penais*”, ver Huergo Lora, 2007: 156 e 165-167.

31 Mayer, 1982: 4-5; Soares, (s.d.): 18-21; Garrido Falla, 1953: 14; Laubadère, Venezia & Gademet, 1994: 745-746; Durand, 2005: 193-195.

32 Esta distinção encontra-se nitidamente próxima da distinção jellinekiana entre “*status negativus libertatis*” e “*status positivus civitatis*”. Cfr. Jellinek, 1905: 87.

33 Alguma doutrina (Stein, 1870: 43-53) entendia que só subsistia um verdadeiro poder de coação quanto à “*sichersheitspolizei*”, mas não já quanto à “*wohlfahrtspolizei*”. Cfr. Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, 1982: 5 e, em especial, a doutrina citada na n.r. 6; Garrido Falla, 1953: 14.

34 Devo notar, porém, que, na visão mayeriana, o exercício desse poder coercivo (na fase do Estado de Direito) estava longe de corresponder a um “*modelo autoritarista*” puro. Isto porque o mestre germânico distinguiu claramente entre uma “*fase de execução por coação de polícia*” (Otto Mayer, 1982: § 23, 113-139), em que a administração deveria apenas atuar no sentido de conduzir o administrado ao cumprimento de prescrição anteriormente desobedecida (por exemplo, mediante a ameaça de sanções administrativas ou do emprego da força) e uma “*fase de execução por coação direta*” (cit., § 24, 141-156), que evidencia um estreito paralelismo com as noções civilistas de “*legítima defesa*” e de “*estado de necessidade*”, por se tratar de uma atuação administrativa imediata, mediante emprego da força, justificada pela defesa do interesse público contra uma ofensa em curso ou contra o perigo de lesão que o ameaça. A principal diferença resulta da circunstância de a “*coação de polícia*” visar a execução de um “*ato administrativo*” já proferido, ao contrário da “*coação direta*”, que dispensa sequer essa anterioridade. A propósito da “*coação de polícia*”, Mayer afirma expressamente: “*O procedimento tem como ponto de partida a ordem, devidamente notificada, de fazer algo. Começa com a ameaça de execução por substituição para o caso de desobediência. (...) É também possível que deva dar-se um prazo para que o indivíduo possa fazer o que se lhe ordenou*” (cit. 129). E, mais adiante: “*O uso da força pode também servir para quebrar a vontade rebelde pelos males que dela resultam. Pode sobretudo aproximar o indivíduo do feito ordenado, de tal modo que a pressão moral que exerce a sensação de força bastará para conduzir ao cumprimento*” (cit., 137).



integradas numa categoria mais ampla de “*lois de ordem pública*”<sup>35</sup>, elas distinguíam-se por as “*lois de police*” corresponderem a normas tipicamente administrativas<sup>36</sup> – pois encarregavam-se da promoção do interesse público, mediante ameaça de emprego de força coerciva –, enquanto as “*lois de sûreté*” se traduziam em normas de natureza penal<sup>37</sup> (ou sancionatória pública, em sentido amplo).

Nos dias de hoje, a distinção mais intuitiva entre um e outro ramo jurídico reside na circunstância de, no limite, o Direito Penal poder desembocar na aplicação de uma sanção privativa da liberdade pessoal<sup>38</sup>, enquanto o Direito Administrativo Sancionatório, em sentido amplo, apenas se circunscreve a outras formas de sanção, que passam pela restrição de direitos fundamentais distintos da liberdade pessoal. Essa constitui, aliás, outra das vantagens deste último tipo de sanções (não penais): o seu caráter não infamante e, assim, a consequente redução do efeito estigmatizador sobre o sujeito sancionado<sup>39</sup>.

### § 3. A TIPOLOGIA: SANÇÕES CONTRAORDENACIONAIS, SANÇÕES DISCIPLINARES, SANÇÕES FINANCEIRAS E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS “*STRICTO SENSU*”

Independentemente da discussão acerca de qual daqueles ramos jurídicos – Direito Penal ou Direito Administrativo – deve ser subsidiariamente aplicável aos procedimentos sancionatórios não penais<sup>40</sup>, certo é que ninguém nega (ou sequer desconhece) que os poderes sancionatórios do Estado (e das demais pessoas coletivas públicas) não se cingem, hoje, à aplicação de penas

35 Em defesa da assimilação das “*lois de police et de sûreté*” a um conceito amplo de “*lois de ordem pública*”, ver, entre muitos outros, Pasquale Mancini, 1874: 296; Laurent, 1881: 154-156; Lainé, 1905: 20-60 e 443-479; Pillet, 1907: 526-528.

Em sentido contrário, considerando que as “*lei de ordem pública*” são de aplicação excepcional, enquanto manifestação de uma reserva do foro, enquanto as “*lois de police et de sûreté*” corresponderiam a normas de aplicação habitual, o que justificaria a sua autonomização face aquelas, ver Aubry, 1901: 239; Bartin, 1930: 252-253; Marques dos Santos, 1991: 760-761.

36 Mattes, 1979: 151-152; Marques dos Santos, 1991: 752.

37 Heinz Mattes, 1979: 151-152; Marques dos Santos, 1991: 752. Em sentido algo divergente, sustentando a inexistência de uma distinção vincada entre “*delitos de polícia*” e “*delitos penais*”, ver Figueiredo Dias, 1984: 264; Vilela, 2013: 37-39.

38 Frank, 1898: 747; Beleza dos Santos, 1945: 42; Mattes, 1979: 173-176; Moderne, 1993: 104-109; Ferreira Antunes, 1997: 40; Pereira da Silva, 2009: 272; Pinto de Albuquerque, 2011: 27; Alexandra Vilela, 2013: 53 e 63.

39 Fazendo nota desta vantagem, ver Beleza dos Santos, 1945: 46; Fischer, 1972: 215; Paliero & Travi, 1988: 22-23; Jean-Marc Sauvé, 2001: 17.

40 Para maior desenvolvimento, ver os §§ 5 e 6 do presente estudo.

privativas da liberdade pessoal, através de um processo jurisdicionalizado desenvolvido perante os tribunais criminais. Não só a emergência de um “*movimento descriminalizador*”<sup>41</sup> conduziu à sedimentação de um regime jurídico específico de verificação e de punição de ilícitos de mera ordenação social (“*sanções contraordenacionais*”), como o paralelismo substantivo das posições que os particulares ocupam em certas situações jurídico-públicas justificou a aplicação de (algumas) garantias penais e administrativas a processos que incorporam o exercício de poderes sancionatórios<sup>42</sup>.

Em suma, sempre que os poderes públicos atuam com vista a impor ónus, encargos ou a exigir a sujeição dos particulares a consequências jurídicas desfavoráveis, decorrentes de comandos normativos públicos, com um intuito de sancionar uma prévia conduta ilícita<sup>43</sup>, passa a poder traçar-se uma linha comum a várias subespécies de sanções. De onde surge a necessidade de crismar esse regime geral como “*Direito Sancionatório Público*” (não penal). Entre essas várias subespécies, encontram-se: *i*) as “*sanções contraordenacionais*”; *ii*) as “*sanções disciplinares (públicas)*”; *iii*) as “*sanções financeiras*”; e *iv*) as “*sanções administrativas «stricto sensu»*”.

Atenta a natureza sintética do presente estudo, importa apenas precisar os contornos de cada um desses subramos. Indiscutivelmente mais conhecido e mais desenvolvido, num plano juscientífico e jurisprudencial, o “*Direito Sancionatório Contraordenacional*” exhibe, como nenhum outro, a sua intrínseca dualidade, pois tanto convoca a aplicação subsidiária de normas jurídico-penais – quer quanto aos elementos constitutivos da prática de tipos de ilícito contraordenacional, quer ainda quanto à própria tramitação perante os tribunais competentes para aferir da sua impugnação<sup>44</sup> –, como justifica a

41 Outros preferirão referir-se a uma mera “*despenalização*” de condutas, mas não a uma verdadeira “*descriminalização*”. Representando esta corrente, ver Faria Costa, 1988: 143; Idem, 2010: 44-45; Lozano, 1990: 399, n.r. 13; Paliero, 1985: 383-384; Vilela, 2013: 22. Não vislumbro, porém, a utilidade dessa distinção dogmática, visto que, ocorrendo uma degradação da intensidade desvaliosa do ilícito, não subsistem razões para se negar a ocorrência de uma verdadeira “*descriminalização*”. Pode apenas discutir-se acerca da medida diferenciadora da sanção aplicável, mas não pode negar-se a extinção da norma tipificadora de um crime. A circunstância de o “*conceito material de crime*” poder persistir, na consciência jurídica geral – ainda que degradado em contraordenação – não deve afetar essa conclusão, pois, em estrita homenagem ao “*princípio da legalidade*”, a ausência de positivação do crime não pode senão implicar a cessação de quaisquer efeitos jurídico-penais de condutas que o preenchem.

42 Sauvé, 2001: 19; Ferreira Antunes, 1997: 17.

43 Identificando o “*intuito punitivo*” como conteúdo substantivo das “*sanções públicas*” (não penais), ver Paliero & Travi, 1988: 92; Moderne, 1997: 77-78 e 101-102; Huergo Lora, 2007: 225-234.

44 Pinto de Albuquerque, 2011: 116.

aplicação subsidiária de normas jurídico-administrativas – em especial, na fase administrativa de aferição procedimentalizada tendente a uma decisão acerca da responsabilidade pela prática do ilícito<sup>45</sup>.

Mas deve ainda ter-se presente o “*Direito Sancionatório Disciplinar (Público)*”, que incide sobre os procedimentos de aferição da violação de regras de disciplina e de funcionamento interno dos órgãos e dos serviços da administração pública<sup>46</sup>. Devo notar que, em regra, essa responsabilidade disciplinar não se deve confundir com aquela de tipo juslaboral<sup>47</sup> – que envolve a violação de ordens e de instruções emitidas pelo empregador ou por um superior hierárquico devidamente legitimado para o efeito –, de cunho privado. O que não significa, porém, que a sujeição de colaboradores de órgãos e serviços públicos a um regime de “*contrato individual de trabalho em funções públicas*” não convoque, igualmente, garantias de audiência e de defesa perante a abertura do

45 Sauvé, 2001: 19; Dantas, 1995: 106; Soares Ribeiro, 2003: 143; Passos, 2009: 253, § 2 do artigo 33.º; Pinto de Albuquerque, 2011: 151-152.

46 Em regra, o funcionamento interno dos serviços públicos (como escolas, hospitais ou outras repartições abertas ao público) é disciplinado por “*regulamentos administrativos*” dotados de mera eficácia interna, que disciplinam os métodos de organização e de funcionamento daqueles, sendo dirigidos aos respetivos funcionários e agentes – conceito de “*regulamentos internos stricto sensu*”. Sucede, porém, que esses regulamentos podem também disciplinar o próprio modo de conduta dos utentes daqueles serviços, nos contactos que estabelecem com aqueles ou com terceiros sujeitos ao “*poder de supremacia*” daqueles. Ao contrário dos primeiros, estes últimos encontram-se dotados de uma verdadeira eficácia externa, já que afetam a esfera jurídica de sujeitos que não se integram na estrutura organizativa administrativa – conceito de “*regulamentos internos impróprios*”. Questionando a admissibilidade de “*normas sancionatórias públicas*” de fonte meramente regulamentar (mas não acompanhadas de previsão legal), ver García Macho, 1991: 515. Para além destas duas fontes de “*normas sancionatórias disciplinares*”, importa ainda individualizar o papel das “*circulares administrativas*”, que – sob uma capa de meras orientações acerca da interpretação do bloco de normatividade a aplicar, difundidas pelos titulares de órgãos com competência de supervisão hierárquica – acabam por fixar igualdade verdadeiras normas vinculativas da conduta dos funcionários, agentes e utentes dos serviços públicos administrativos (assim, ver Gama, 2011: 157-225). Habitualmente, a violação de normas regulamentares (dos três tipos *supra* identificados) implica a sujeição dos infratores a “*sanções disciplinares (públicas)*”. Sobre o problema do estabelecimento de “*relações especiais de poder*” de matriz sancionatória, como decorrência desses “*regulamentos internos*” que disciplinam a organização e o funcionamento dos serviços públicos administrativos, ver Paliero & Travi, 1988: 53; García Macho, 1991: 515-527; Moderne, 1993: 228-237; Lasagabaster Herrarte, 1994: 219-251; Domínguez Vila, 1997: 238-241. Em defesa de uma configuração do “*Direito Disciplinar (Público)*” enquanto modalidade do “*Direito Sancionatório Público*”, ver Beleza dos Santos, 1945: 112-113; Fischer, 1972: 216-219; Sauvé, 2001: 17; Degoffe, 2001: 29; Freitas do Amaral, 2004: 277-281; Idem, 2008: 223; Neves, 2007: *passim*. Em sentido contrário, cindindo e autonomizando o “*Direito Disciplinar*” do âmbito objetivo do “*Direito Sancionatório Público*”, ver Beleza dos Santos, 1945: 59; Huergo Lora, 2007: 173-186. Em sentido ainda mais intenso, considerando o “*Direito Disciplinar (Público)*” como a via exclusiva de aplicação de “*sanções administrativas*” e, portanto, reduzindo o “*Direito Sancionatório Público*” a uma dimensão endoinstitucional, cingida à manutenção interna da disciplina nos serviços públicos administrativos, ver Mourgeon, 1967: 22, 59 e 75-79.

47 Sobre o tema, ver Sousa Macedo, 1990: *passim*; Palma Ramalho, 1993: *passim*; Idem, 1998: 181-198; Idem, 2001: 399-402; Idem, 2005: 1133-1148; Abranches Pinto, 2009: *passim*.

correspondente processo disciplinar. Porém, o cerne do “*Direito Sancionatório Disciplinar (Público)*” pode encontrar-se na subdivisão entre responsabilidade disciplinar de: *i)* titulares de órgãos<sup>48</sup>; *ii)* funcionários ou agentes da administração pública; *iii)* utentes ou outras pessoas que entrem em contacto com serviços públicos<sup>49</sup>.

Por sua vez, o “*Direito Sancionatório Financeiro*” visa aferir a responsabilidade pela gestão de recursos públicos – financeiros, infraestruturais ou humanos –, por parte de titulares de órgãos ou de agentes da administração pública. Em traços gerais, ela tanto pode decorrer da violação de um “*interesse público nacional*”, como da violação de um “*interesse público transnacional*”. Exemplo do primeiro caso, é a consagração legal da responsabilidade financeira de titulares de órgãos ou de agentes da administração pública, mediante a instauração de procedimentos sancionatórios pelo Tribunal de Contas [cfr. artigo 214.º, n.º 1, alínea *c*], da CRP, e artigos 65.º, n.º 1, e 66.º da Lei do Tribunal de Contas]<sup>50</sup> ou ainda pelo Tribunal Constitucional<sup>51</sup>, no caso do financiamento dos partidos políticos (cfr. artigos artigos 23.º, n.º 1, 24.º, n.º 2, e 33.º, n.º 1, da Lei do Financiamento dos Partidos Políticos e das Campanhas Eleitorais), que,

---

48 Friso bem que o âmbito subjetivo dessa “*responsabilidade disciplinar (pública)*” tanto abrange os titulares de “*órgãos administrativos*”, em sentido estrito – ou seja, os que não participam no exercício (criador e inovador) da função política, como poderá abranger igualmente os titulares de “*órgãos políticos*”, desde que estes tenham tomado decisões, no exercício da função administrativa. Quanto aos titulares de “*órgãos políticos*”, não pode – verdadeira e propriamente – falar-se de uma “*responsabilidade disciplinar (pública)*”, mas apenas de uma “*responsabilidade política*” que é aferida por outros órgãos dotados de poderes constitucionais para o efeito ou, no limite, através do exercício periódico, pelos cidadãos, do direito de voto. A circunstância de os presidentes de órgãos políticos de tipo colegial disporem de poderes regimentais (ou legais) para assegurar a condução e disciplina dos trabalhos não implica o exercício de um “*poder sancionatório disciplinar (público)*”, em sentido próprio, mas apenas de um “*poder funcional*”, de tipo eminentemente político, que não permanece sujeito às regras e princípios do Direito Sancionatório Público. Precisamente nesse sentido, ver Moderne, 1993: 155-156. Sobre a relação entre a “*responsabilidade política*” e a “*responsabilidade penal*” – de onde se podem extrair conclusões para efeitos do “*Direito Sancionatório Disciplinar (Público)*”, ver Palma, 1993: 5-8.

49 Andreas Fischer, 1972: 220.

50 Autonomizando o “*Direito Sancionatório Financeiro*” enquanto tipologia do “*Direito Sancionatório Público*”, ver Moderne, 1993: 51-52; Rougevin-Baville, 1972: 264.

51 Por força da Lei do Financiamento dos Partidos Políticos e das Campanhas Eleitorais, aprovada pela Lei n.º 19/2003, de 20 de junho, e de acordo com a redação conferida pela Lei n.º 1/2013, de 3 de janeiro, foi atribuída uma “*competência sancionatória financeira*” ao Tribunal Constitucional, de tipo misto. Ou seja, se é verdade que a “*competência de decisão*” foi atribuída a um órgão jurisdicional, certo é que o exercício da mesma é precedido de uma “*competência instrutória*”, de feição técnico-financeira deveras complexa, que é exercida por um órgão administrativo independente – a saber, a Entidade das Contas das Contas e Financiamento Políticos (cfr. artigo 24.º, n.º 2, do referido diploma). Assim sendo, a dimensão jurídico-administrativa deste tipo de poderes sancionatórios encontra-se bem patente nesse procedimento misto de aferição da responsabilidade financeira, que culmina na aplicação de “*sanções pecuniárias*” de natureza não penal.

ainda que assumam a natureza de pessoas coletivas privadas, não deixam de ser qualificados como “*associações privadas de interesse constitucional*”<sup>52</sup>. Porém, a efetivação dessa responsabilidade não se circunscreve à proteção de “*interesses financeiros nacionais*”, sendo hoje mais evidente a previsão de mecanismos de garantia dos “*interesses financeiros da União Europeia*”, que envolve não só a aplicação de “*sanções penais*”<sup>53</sup>, mas igualmente a necessidade de reposição de fundos comunitários indevidamente utilizados<sup>54</sup> e a imposição de sanções pecuniárias pelo cometimento de tais ilícitos.

Por fim, quando ocorre uma restrição de um “*direito subjetivo*” ou a imposição de um “*onus*” ou “*encargo*” a um particular, por decisão unilateral da administração pública, com intuito sancionatório – ou seja, predominantemente destinada à imposição de um sacrifício, como consequência de um incumprimento do conteúdo precativo de um comando normativo –, pode ainda justificar-se a aplicação de regras e princípios próprios do “*Direito Sancionatório Administrativo stricto sensu*”<sup>55</sup>. Esta noção estrita resulta da necessidade de fazer a distinção entre o “*Direito Sancionatório Público*”, em sentido muito amplo, e o “*Direito*

52 A doutrina tem acolhido, recorrentemente, esta qualificação jurídica para salientar as funções de índole constitucional prosseguidas pelos partidos políticos, em regime democráticos pluripartidários. Entre outros, ver Rebelo de Sousa, 1984: 522; Olazabal Cabral, 1994: 89; Gomes Canotilho/Vital Moreira, 2010: 692; Morlok, 2000: 12; Miranda, 2010: 1012; Prata Roque, 2012: 294-298.

53 Com efeito, a progressiva comunitarização do Direito Penal, de tipo substantivo, tem assentado na delimitação de bens jurídicos especificamente protegidos pelo Direito da União Europeia, entre os quais figuram os “*interesses financeiros*” da União a uma boa gestão dos respetivos fundos orçamentais. Ao ponto de já se falar num verdadeiro “*Corpus Juris*” de feição jurídico-penal. Sobre a proteção penal dos “*interesses financeiros*” da União Europeia, ver Delmas-Marty, 1997; Angelis, 1998: 221-222; Salazar, 2000: 294-337; Valls Prieto, 2005: *passim*; Ferreira Leite, 2012: 343-366.

54 Essa reposição dos auxílios de Estado concedidos tanto pode ser assegurada através da “*revogação*” do ato que os concedeu, como mediante “*reivindicação jurisdicional*”, quando aqueles já tenham sido integralmente transferidos para a posse dos particulares deles beneficiários e estes não procedam à sua devolução voluntária. O Tribunal de Justiça da União Europeia tem vindo a sedimentar esse “*dever de restituição*” dos montantes indevidamente recebidos. Por todos, ver o Acórdão “*Comissão c/ Portugal*”, de 26 de julho de 2000, Proc. n.º C-404/97. A propósito do tema, ver Frank Moderne, 1993: 69-73; Huber, 1999: 359-377; Hegels, 2001: 95-100; Quadros, 2004: 531-540; Nieto, 2005: 102; Prata Roque, 2011: 480-493.

55 A mero título exemplificativo, refira-se – pela sua impressividade – o regime sancionatório previsto na Lei do Jogo (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro, de acordo com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 114/2011, de 30 de novembro), que, logo no seu artigo 118.º, n.º 1, distingue e autonomiza expressamente a “*responsabilidade administrativa*” (prevista nos artigos 119.º a 137.º daquele diploma), que se aplica apenas às pessoas coletivas privadas que exercem funções de concessionários do jogo, e a “*responsabilidade contraordenacional*” (prevista nos artigos 138.º a 150.º), que se aplica aos funcionários e frequentadores daqueles estabelecimentos concessionados de jogo. Entre essas “*sanções administrativas*”, podem destacar-se: i) a rescisão ou suspensão da execução dos contratos de concessão (artigos 119.º e 120.º); ii) a imposição de sanções pecuniárias pelo incumprimento de normas prescritivas de condutas (artigos 121.º a 130.º). Trata-se, por conseguinte, de verdadeiras “*sanções administrativas stricto sensu*”, manifesta e expressamente autonomizadas das “*sanções contraordenacionais*” que, portanto,

*Sancionatório Administrativo*”, em sentido estrito. Isto porque alguma doutrina especializada<sup>56</sup> tem optado por empregar esta última designação, como forma de destacar a sua natureza não penal. Estou em crer, porém, que a designação “*Direito Sancionatório Administrativo*”, em sentido amplo também pecaria por falta de uma dimensão verdadeiramente compreensiva ou autoexplicativa. Em boa verdade, apesar de serem aplicadas por órgãos administrativos, as “*sanções públicas não penais*” também não se reconduzem (diretamente) a meras decisões administrativas, antes tendo subjacentes características próprias – históricas e culturais, já impregnadas na consciência jurídica geral – que as individualizam face às “*sanções administrativas stricto sensu*”. Entre estas últimas, importa destacar:

- i) a “*revogação-sanção*”<sup>57</sup>;
- ii) a privação (temporária ou permanente) do exercício de direitos submetidos a um regime de condicionamento ou de habilitação administrativa<sup>58</sup>; e
- iii) a imposição de “*sanções pecuniárias compulsórias*”<sup>59</sup>.

---

devem estrita obediência às normas procedimentais administrativas e aos princípios gerais de Direito Administrativo. Salientando esta autonomia das “*sanções administrativas*”, ver Belezza dos Santos, 1945: 49-51.

56 Inserir-se nesta linha Domínguez Vila, 1997: *passim*; Cano Campos, 2001: *passim*; Nieto, 2005: *passim*; Huergo Lora, 2007: em especial, 19-29.

57 Não raras vezes, a administração pública recorre ao instituto da “*revogação*” de atos administrativos favoráveis ao particular, motivada por intuítos sancionatórios, designadamente quando estão em causa decisões sujeitas a “*reserva de revogação*” ou a uma “*condição resolutive*” do ato favorável; isto é, quando o beneficiário dessa decisão não cumpre determinada imposição que decorria da lei ou da própria decisão administrativa que removeu o obstáculo ou reconheceu o direito subjetivo de exercício de certa atividade privada – conceito de “*revogação-sanção*”. Como tal, esta tipologia de cessação de efeitos de um ato administrativo nem pode ser qualificada como uma “*revogação anulatória*” – justificada pela verificação da ilegalidade da atuação anterior –, nem tão pouco como uma “*revogação retratatória*” – com fundamento na oportunidade ou no mérito da questão. Bem pelo contrário, ela repousa num terceiro motivo: o intuito punitivo de uma conduta ilícita do beneficiário. Um desses exemplos sintomáticos corresponde ao já *supra* referido poder de rescisão de contratos de concessão de jogo, ao abrigo dos artigos 119.º e 120.º da Lei do Jogo. Sobre esta modalidade de “*sanção administrativa stricto sensu*”, ver Fischer, 1972: 214; García de Enterría, 1976; 319-334; Rougevin-Baville, 1972: 268; Delarue, 2001: 15; Sauvé, 2001: 17; Degoffe, 2001: 28; Memloul, 2001: 38-47; Faugère, 2001: 48-50; Quastana, 2001a: 95-98; Nieto, 2005: 197-198; Huergo Lora, 2007: 319-334; Freitas do Amaral, 2008: 224-227.

58 Entre tais “*sanções administrativas*” podem destacar-se: i) a privação do uso de cheque, em caso de emissão de cheques sem provisão, sem natureza de sanção acessória penal; ii) a inibição de direitos de voto, sem decisão jurisdicional inibitória; iii) a cassação ou suspensão de cédulas profissionais; iv) a cassação ou suspensão de títulos de habilitação vários (ex: licenças de condução, licenças de pilotagem aérea, cartas de marear, licenças de caça, etc.). Sobre estas manifestações de “*sanções administrativas*”, ver Auby, 1952: 111; Rougevin-Baville, 1972: 268; Moderne, 1993: 101; Veloso, 2000: 27-71; Delarue, 2001: 14-15; Degoffe, 2001: 28; Builly, 2001: 35-37; Croone, 2001: 60-64; Clément-Cuzin, 2001: 111-115; Alejandro Nieto, 2005: 198-199.

59 Sobre as “*sanções pecuniárias compulsórias*”, enquanto modalidade das “*sanções administrativas*”, ver Fischer, 1972: 214; Perrot, 1996: 658-668; Dreifuss/Bompard, 1998: 3-10; Batista: 2011.

É bom de ver que a própria Lei Fundamental se encarrega de dar devida nota da subsistência dessa diversidade de “*sanções públicas não penais*”<sup>60</sup>, pois expressamente determina que algumas delas beneficiem de regimes jurídicos aplicáveis ao “*poder punitivo penal*”, seja quando lhes aplica, “*cum granu salis*”, as regras relativas ao processo penal (cfr. artigo 32.º, n.º 10, da CRP), seja quando lhes garante a aplicação da lei sancionatória mais favorável<sup>61</sup>, em caso de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral ressalvada por prévia existência de caso julgado (cfr. artigo 282.º, n.º 3, da CRP)<sup>62</sup>. Aliás, o texto constitucional é particularmente impressivo, pois não só isola e identifica as “*sanções contraordenacionais*”, como expressamente reconhece a necessidade de garantir o respeito por um leque de direitos procedimentais e processuais dos indivíduos (e pessoas coletivas) “*em quaisquer processos sancionatórios*” (cfr. artigo 32.º, n.º 10, da CRP). Mais adiante, chega mesmo a individualizar as “*sanções financeiras*” [cfr. artigo 214.º, n.º 1, alínea c), da CRP] e as “*sanções disciplinares*” (cfr. artigos 269.º, n.º 3, 271.º, n.º 1, e 282.º, n.º 3, todos da CRP).

Vigora, portanto, uma “*reserva constitucional de sanção pública*”, nos termos da qual o legislador não pode deixar de prever um regime multifacetado de “*sanções públicas não penais*”<sup>63</sup>, sob pena de desproteção dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos ou – no caso de substituição dessa proteção

60 Em sentido próximo, demonstrando que a Lei Fundamental não se limita a circunscrever o “*poder punitivo*” do Estado ao exercício da ação penal e de procedimentos sancionatórios contraordenacionais, ver Dias José, 1991: 49 e 52-57.

61 Ainda que esse “*direito à aplicação retroativa da norma sancionatória mais favorável*” não derive diretamente do comando constitucional especificamente concebido para as “*normas sancionatórias penais*” (cfr. artigo 29.º, n.º 4, da CRP), ele constitui consequência natural e forçosa da aplicação do “*princípio da proporcionalidade*” (cfr. artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da CRP), na medida em que qualquer restrição de direitos fundamentais pressupõe a verificação da “*necessidade*” da sanção a aplicar. Ora, se o legislador veio a entender que já não se justifica a manutenção da aplicação de uma “*sanção pública (não penal)*”, não faria sentido algum que se mantivesse a punição de condutas anteriores, em função da perda de interesse em sancionar aquelas condutas. Caso assim não fosse, estar-se-ia a optar pela mais intensa das medidas alternativas disponíveis para assegurar o fim prosseguidos pelas “*regras de conduta*” aplicáveis. Em sentido próximo, acolhendo esse “*direito à aplicação retroativa da norma sancionatória mais favorável*”, em matérias não penais, ver Mignon, 2001: 100; Nieto, 2005: 242-248; Marques da Silva, 2007: 37; Pinto de Albuquerque, 2011: 39. Corroborando este entendimento, ver ainda o Acórdão n.º 227/92 (Messias Bento), n.º 480/93 (Alves Correia), n.º 619/93 (Ribeiro Mendes) e n.º 621/93 (Vítor Nunes de Almeida), todos do Tribunal Constitucional.

62 Referindo-se a esta proteção constitucional concedida aos sujeitos de “*sanções contraordenacionais*” e de “*sanções disciplinares*”, ver Pinto de Albuquerque, 2011: 29.

63 Em sentido idêntico, ainda que reportando à Constituição espanhola, ver Cano Mata, 1876: 573.

por sanções penais – de desrespeito pelo “*princípio da proporcionalidade*”, na sua vertente de “*princípio da intervenção mínima*” (cfr. o artigo 18.º, n.º 2, da CRP)<sup>64</sup>.

Poderia apenas questionar-se se a não previsão (literal), pelo texto constitucional, de certo tipo de “*sanções públicas não penais*” libertaria o legislador ordinário da sua expressa consagração infraconstitucional ou se, pelo contrário, tais sanções (não expressamente previstas) ficariam desprovidas da proteção constitucional conferida às demais<sup>65</sup>. Quer parecer-me que o que deve prevalecer é o “*conteúdo material*” da norma sancionatória. Sempre que esta vise punir o particular (“*animus puniendi*”), mediante a imposição de uma redução da esfera normativa de proteção de um direito subjetivo ou da imposição de um ónus ou encargo, dever-se-ão aplicar todas as “*garantias*” – “*administrativas*” e “*jurisdicionais*” – de que beneficia qualquer sujeito passivo dessa situação resultante do exercício de poder sancionatório.

#### § 4. EM ESPECIAL, O ILÍCITO CONTRAORDENACIONAL: “*CONTRAORDENAÇÕES POR NATUREZA*” (OU “*ORIGINÁRIAS*”) E “*CONTRAORDENAÇÕES POR DESCRIMINALIZAÇÃO*” (OU “*SUPERVENIENTES*”)

Uma visão simplista e simplificadora, de acordo com a qual todos os “*ilícitos contraordenacionais*” decorreriam de um fenómeno de descriminalização<sup>66</sup>, não

64 E, aliás, mesmo a previsão de “*normas sancionatórias públicas*” não dispensa uma aplicação contida das mesmas, sempre que as finalidades de índole pública sejam suficientemente acauteladas pela via da informação e orientação das condutas devidas e pela via da dissuasão. Fazendo apelo a este “*princípio da intervenção mínima*”, mesmo no âmbito do Direito Sancionatório Público (não penal), ver Domínguez Vila, 1997: 291-294; Nieto, 2005: 35; Huergo Lora, 2007: 16.

65 O dever de garantia de “*bens jurídicos*” constitucionalmente protegidos pode conduzir a uma eventual inconstitucionalidade por omissão, caso o legislador ordinário não preveja normas penais (ou contraordenacionais) que sancionem práticas lesivas desses bens jurídicos e, simultaneamente, também não acautele a necessária dissuasão de condutas ilícitas, através da ameaça de aplicação de “*sanções administrativas .stricto sensu.*”, tais como a “*revogação-sanção*”, a suspensão ou a extinção de títulos habilitadores para o exercício de determinada atividade condicionada ou regulada. Evidentemente, sempre que as preveja, por via de lei infraconstitucional, aquelas sanções de tipo administrativo ficam sujeitas, pelo menos, aos princípios gerais aplicáveis ao Direito Sancionatório Público, em função da sua inegável identidade material com as sanções públicas (não penais) expressamente elencadas na Constituição. Sobre o mecanismo da inconstitucionalidade por omissão, ver Pereira da Silva, 2003; Castro, 2012; Prata Roque, 2013c: 202-204.

66 Saliendo que a génese do “*Direito Contraordenacional*” radicou num movimento de reorientação da política criminal, no sentido da desgradação de alguns ilícitos típicos penais, em especial, em matéria económica, ver Sauvé, 2001: 23-24; Figueredo Dias, 1983: 317-336; Moderne, 1993: 9-16; Vilela, 2013: 77-89. Conforme já alertei *supra* (cfr. n.r. 40), alguma doutrina prefere referir-se à mera “*despenalização*” da conduta, sempre que o legislador opta por revogar uma norma tipificadora de um crime, transformando-o numa mera contraordenação. Assim, ver Faria Costa, 1988: 143; Idem, 2010: 44-45; Blanca Lozano, 1990: 399,



basta para explicar e compreender – de modo adequado e sistemático – o objeto do Direito Contraordenacional. Isto porque se limita a considerá-lo como uma “*antecâmara*” (ou “*purgatório*”<sup>67</sup>) dos “*ilícitos criminais*”. Desse modo, apenas a exclusão da possibilidade de aplicação de uma pena privativa da liberdade permitiria desgraduar cada um dos ilícitos à categoria de “*ilícito contraordenacional*”, em função do seu menor desvalor jurídico<sup>68</sup> – “*contraordenações por descriminalização*” (ou “*supervenientes*”).

Sucede, porém, que nem todos os “*ilícitos contraordenacionais*” decorrem de uma anterior descriminalização de condutas que, entretanto, tenham deixado de ser tidas como tão intensamente desvaliosas que merecessem continuar a justificar uma tutela jurídico-penal<sup>69</sup>. Pelo contrário, inúmeros desses ilícitos correspondem a verdadeiras “*contraordenações por natureza*” (ou “*originárias*”)<sup>70</sup>.

n.r. 13; Paliero, 1985: 383-384; Vilela, 2013: 22. Pelas razões já antes expostas, mantenho, porém, que a degradação de um crime em contraordenação implica uma verdadeira “*descriminalização*” da conduta, ainda que não envolva a perda de “*dimensão sancionatória*” da decisão legislativa que incorpora a nova norma.

67 Recorrendo a outra expressão simbólica, Alejandro Nieto (cfr. 2005: 27), refere-se a um “*Direito Penal envergonhado*”.

68 Salientando que a diferenciação entre “*sanções penais*” e outras “*sanções públicas*”, de tipo administrativo, que decorre do “*princípio da intervenção mínima*” do Direito Penal, se centra na menor intensidade do desvalor jurídico e ético das segundas, ver Feuerbach, 1847: 46; Mattes, 1979: 7; Costa Andrade, 1980-1981: 92; Idem, 1985: 86-87; Paliero & Travi, 1988: 92; Lumbrales, 2006: 16-17; Huergo Lora, 2007: 143-153; Silva Dias, 2008: 578-580 e 757-760; Pereira da Silva, 2009: 272; Sousa Antunes, 2011: 652. Assinalando que a menor gravidade dos ilícitos de tipo administrativo pode justificar uma maior flexibilidade em matéria de juízos de oportunidade sobre a aplicação da sanção, desde que respeitado o princípio da igualdade, ver Soares da Veiga, 2009: 142-146.

69 É por isso que mesmo alguma doutrina de origem juspenalista admite (e sustenta) a autonomização do Direito Sancionatório Público face ao Direito Penal, notando que aquele não se circunscreve às bagatelas penais que não são alvo de punição pelo segundo. Assim, ver Lobo Moutinho, 2008: 28. Em sentido próximo, há ainda quem proceda a uma tripartição das “*normas contraordenacionais*” entre visam sancionar : i) o mero desrespeito à administração pública; ii) infrações bagatelares; iii) condutas socialmente relevantes que poderiam ser qualificadas como “*delitos penais*”, caso assim o legislador o tivesse entendido. Deste modo, ver Hans Achenbach, 2008: 9. Outros optam mesmo por proceder a uma cisão dualista entre “*simples contra-ordenações*” e “*contra-ordenações que protegem bens com dignidade penal*”: Vilela, 2013: 307-308 e 403-404.

70 Talvez por isso, em voto de vencida ao Acórdão n.º 397/2012 (Cura Mariano), do Tribunal Constitucional, Maria João Antunes especula sobre se a reserva relativa de competência legislativa prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP – relativa à definição dos tipos de crime – não deveria impedir o exercício autorizado, pelas assembleias legislativas regionais dessa competência legislativa, sempre que haja um “*bem jurídico*” constitucionalmente protegido (e identificável), que reclama a punição a título penal ou contraordenacional. Em suma, caberia exclusivamente à Assembleia da República proceder à escolha acerca da metodologia punitiva a aplicar. Obviamente, deste raciocínio resulta a aceitação de uma contraposição entre “*contraordenações por descriminalização*”, cuja não incriminação resulta de uma mera opção legislativa parlamentar, e “*contraordenações por natureza*”, às quais não subjaz um “*bem jurídico*” especificamente digno, à partida, de tutela penal.

De certo modo, as “*contravenções*” configuram um antecedente histórico destas sanções tipicamente administrativas, pois pressupunham a mera violação de normas jurídico-administrativas, designadamente

É que não pode esquecer-se que o próprio Direito Administrativo visa a implementação efetiva do bloco de normatividade vigente em determinado espaço geográfico, sendo que cabe os órgãos administrativos (e respetivos serviços) garantir a implementação coerciva dessa mesma normatividade democrática<sup>71</sup>. Não é de estranhar, portanto, que o legislador conceda à administração pública um conjunto de poderes funcionais tendentes a garantir essa mesma implementação. Entre tais poderes, podem destacar-se o exercício de “*poderes de direção e de supervisão*” sobre os próprios agentes e serviços – no qual vai incluído o “*poder disciplinar*” –, de “*poderes de superintendência*” sobre outras pessoas coletivas públicas que prossigam a função administrativa – entre os quais figuram o poder de destituição de cargos públicos diretivos e de aplicação de “*sanções financeiras*”, com vista a efetivar a respetiva responsabilidade pela má gestão de recursos públicos – e de “*poderes de tutela*” – que incorporam não só uma mera “*tutela inspetiva*”, mas igualmente uma “*tutela substitutiva*” e uma “*tutela sancionatória*”<sup>72</sup>.

Da própria Lei Fundamental decorre que o Governo goza dos poderes necessários à boa implementação da lei [cfr. artigo 199.º, alínea *f*), da CRP], incluindo aqueles necessários à satisfação das necessidades coletivas [*idem*, alínea *g*)]<sup>73</sup> a tal ponto que o seu despojo – autoinfligido ou heteroimposto – pode mesmo redundar numa verdadeira inconstitucionalidade da decisão normativa que o opera. Historicamente, este poder de índole governamental (ou executiva) de garantia da manutenção do respeito pela legalidade democrática traduziu-se num “*sistema de contrações*”<sup>74</sup>, que mais não eram do que um

---

das que constassem de normas regulamentares impositivas de deveres jurídicos. Assim, ver Bohnert, 2006: 8-9. Sobre a génese histórica das “*contrações*”, no ordenamento jurídico português, que remonta ao Código Penal de 1852, ver Vilela, 2013: 124-146.

71 Precisamente nesse sentido, Goldschmidt (cfr. 1905: 15-17) sustenta que, ao contrário do que sucede com as “*sanções penais*”, no plano das “*sanções administrativas*” não se reage contra a ofensa de bens jurídicos de outros cidadãos, mas antes contra uma ofensa à própria ordem jurídico-administrativa. Em sentido próximo, referindo-se ao fenómeno de criação de “*normas sancionatórias públicas*” (não penais) destinadas a garantir o respeito por imposições dos órgãos administrativos encarregues de tarefas de regulação e de supervisão, ver Wolf, 1930: 566; Beleza dos Santos, 1945: 41; Mattes, 1979: 8; Silva Sánchez, 1999: 150-155; Feijoo Sánchez, 2006: 156-157; Silva Dias, 2003: 303-345; *Idem*, 2008: 578-580 e 757-760.

72 Destacando a “*tutela sancionatória*” enquanto manifestação do “*Direito Sancionatório Público*”, ver Rougevin-Baville, 1972: 280-281.

73 Madureira Prates, 2005: 158.

74 Na sua lógica originária, o modelo de contrações repousava numa distinção clara entre os “*delitos penais*”, sujeitos ao regime jurídico-penal, e os “*delitos contravencionais*” (ou antes “*meramente administrativos*”), sujeitos ao regime jurídico-administrativo. Tanto assim é que a doutrina costuma

conjunto de “*ilícitos administrativos*”, que os particulares cometeriam sempre que violassem normas destinadas a acautelar o “*interesse público*”, mas que não justificassem a intervenção punitiva dos tribunais<sup>75</sup>. Algo questionável – no plano do rigor metodológico –, tem-se vindo a operar um movimento de centralização destes “*ilícitos administrativos*” sob um conveniente chapéu (em função da sua potencialidade agregadora) de “*Direito Contraordenacional*”, num sentido – quiçá – demasiado amplo<sup>76</sup>. A reforma ocorrida em 2006<sup>77</sup>, que operou a extinção da vigência de todas as normas estatuidoras de “*sanções contra-vençionais*”, afigura-se como paradigmática desta “*hipertrofia contravencional*”<sup>78</sup>.

Hoje confrontados com a (excessiva) extensão do regime contraordenacional, importará começar a segmentar os vários bens jurídicos protegidos por cada tipo de norma sancionatória, destrinchando cada subramo do “*Direito Sancionatório Público*”, em função das suas especificidades próprias. Sob pena de o (aparente) sucesso do “*Direito Contraordenacional*” acabar por transformar-se

---

considerar que a adesão do legislador português a um regime jurídico contraordenacional configurou uma verdadeira “*contra-revolução*”, reaproximando esses “*delitos administrativos*” do regime jurídico-penal, designadamente, por via da sua aplicação subsidiária. Em sentido próximo, ver ainda Marques da Silva, (1983): 1296; Palma, 1995: 205; Costa Pinto, 1997: 16; Ferreira Antunes, 1997: 23; Figueiredo Dias, 2007: 159; Silva Dias, 2008: 513-514, n.r. 1171.

75 Reconhecendo que o regime procedimental aplicável às “*contravenções*” sempre diferiu daquele aplicável aos demais “*delitos penais*” – ainda que procure minorizar essas especificidades e enquadrando-as numa conceção, a meu ver, demasiado ampla de Direito Penal –, ver Vilela, 2013: 49-50.

76 Durante os trabalhos de revisão da Parte Geral do Código Penal de 1852, Eduardo Correia havia defendido a eliminação das normas relativas às “*contravenções*” daquele diploma codificador, concentrando-as num outro ato legislativo autónomo. Enfrentou a oposição de Maia Gonçalves e de Gomes da Silva, que temiam a sua subtração à jurisdição dos tribunais comuns e a diminuição de garantias de defesa dos particulares. Para uma síntese das posições dos referidos autores, ver *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Projecto da Parte Geral do Código Penal – Acta da 1.ª Sessão*, in “BMJ”, 140 (1960), 246-247 e 254-256.

77 Já anteriormente, através do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho – que instituiu, pela primeira vez, em Portugal, um regime contraordenacional –, se teria procedido a uma revogação tácita do regime jurídico das contravenções. Porém, vários diplomas legais avulsos continuaram a prever “*sanções contravencionais*”, persistindo a sua aplicação até à sua revogação expressa. Só através da Lei n.º 25/2006, de 30 de junho, da Lei n.º 28/2006, de 04 de julho, e da Lei n.º 30/2006, de 11 de julho, se colocou termo definitivo à cisão entre “*sanções contraordenacionais*” e “*sanções contravencionais*”, transformando as últimas em novas tipologias das primeiras. Receoso de que lhe pudessem escapar alguns regimes contravencionais avulsos, o legislador impôs, através do n.º 1 do artigo 35.º da Lei n.º 30/2006, que qualquer “*ilícito contravencional*” passasse a ser processado como “*ilícito contraordenacional*”. Sobre esta reforma legislativa, ver Pedrosa Machado, 2007: 47-64; Vilela, 2013: 390-391: Considerando que apenas a passagem das “*contravenções*” puníveis com pena de prisão a “*ilícitos contraordenacionais*” (e não com meras sanções pecuniárias) envolveu uma “*descriminalização*” (ou melhor, “*despenalização*”, na terminologia abraçada pela autora), ver Vilela, 2013: 158.

78 Usando a mesma alegoria, ainda que reportando-se ao Direito Penal, ver Paliero, 1985: *passim*. Por sua vez, considerando que o Direito Contraordenacional tem-se constituído como um verdadeiro “*iman*” de vários ilícitos de natureza substantiva diferenciada, ver Vilela, 2013: 233.

no seu próprio fracasso, em função de um progressivo asoberbamento dos órgãos com competência administrativa sancionatória; em especial, das entidades administrativas reguladoras. Só depois de identificadas essas particularidades poderá, de seguida, estabelecer-se regimes jurídicos simultaneamente garantísticos das posições jurídicas dos particulares e do interesse público.

## § 5. AS GARANTIAS ADMINISTRATIVAS NA FASE PROCEDIMENTAL

Qualquer decisão administrativa sancionadora contende, necessariamente, com direitos fundamentais dos visados, restringindo-os, de modo mais ou menos intenso. Tal circunstância convoca, desde logo, a intervenção de princípios constitucionais<sup>79</sup> como o “*princípio do Estado de Direito Democrático*”, de onde decorre o “*princípio da legalidade*” (ou da “*tipicidade*” de normas restritivas de direitos fundamentais), na sua vertente de garante da “*segurança jurídica*”<sup>80</sup>.

Importa, desde já, deixar bem claro que o “*princípio da legalidade*” enforma todo o Direito Sancionatório Público, sem que para tal seja necessário reclamar uma aplicação analógica (ou extensiva) do “*princípio da legalidade penal*”<sup>81</sup>. E isto porque a aplicação de uma “*sanção administrativa*”, em sentido amplo, implica sempre uma restrição de um direito fundamental; seja ele o direito de exercício de uma atividade ou profissão, a liberdade de circulação ou o próprio direito de propriedade, que fica posto em crise, no caso da aplicação de uma mera sanção pecuniária (por exemplo, do tipo “*coima*”). Ora, a restrição de um direito fundamental implica sempre a sua prévia, certa e esclarecedora previsão, seja quando esteja em causa um “*direito, liberdade e garantia*” (cfr. artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP), seja quando esteja em confronto um “*direito social*”, pois

79 Entre outros, podem destacar-se o “*princípio da proporcionalidade*” (que será desenvolvido no § 8 do presente estudo) e o “*princípio da imparcialidade*” (que será igualmente retomado a propósito do § 10 do presente estudo).

80 No ordenamento jurídico alemão, face à ausência de uma norma constitucional que expressamente individualize o “*princípio da segurança jurídica*” – aliás, à semelhança do que sucede no caso português –, a doutrina e a jurisprudência constitucional tem procurado extraí-lo do artigo 20.º da “*Grundgesetz*” alemã (que consagra o “*princípio do Estado de Direito*”). Assim, ver Maurer, 1994: 28 e 291; Jarass/Pieroth, 1995, 416-417; Blanke: 2000, 76-101. Esse tem sido o entendimento reiterado e consolidado pelo Tribunal Constitucional português, conforme resulta, entre muitos outros, dos Acórdãos n.º 11/83 (Martins da Fonseca), n.º 287/90 (Sousa Brito), n.º 473/93 (Alves Correia), n.º 615/2007 (Ana Guerra Martins), n.º 28/2009 (Pamplona de Oliveira), n.º 164/2011 (Lúcia Amaral) e n.º 285/2011 (Pamplona de Oliveira). Posição essa que é corroborada pela esmagadora maioria da doutrina: Bacelar Gouveia, 1997: 57; Casalta Nabais, 1998: 395; Couto e Silva, 2005: 6-7; Garcia/Cortês, 2007: 574; Gomes Canotilho/Vital Moreira, 2010: 803; Machete, 2010: 4.

81 Assim, ver Domínguez Vila, 1997: 217-222; Nieto, 2005: 27 e 201-217. Nesse sentido, já se pronunciou igualmente o Acórdão n.º 635/2011 (Ana Guerra Martins), do Tribunal Constitucional.

assim o exige o “*princípio do Estado de Direito*” (cfr. artigo 2.º da CRP). Assim sendo, independentemente do específico substrato material do “*princípio da legalidade penal*”, certo é que nenhuma “*norma sancionatória*” pode furtar-se ao estrito respeito do “*princípio da legalidade*”<sup>82</sup>. De onde decorre não ser necessário lançar mão daquele princípio mais específico para garantir o vínculo de previsibilidade a que estão sujeitas todas as “*normas sancionatórias públicas*”.

E o mesmo se diga quanto às demais “*garantias administrativas*” de que beneficiam os sujeitos passivos dessas sanções, durante a “*fase administrativa*” (ou “*procedimental*”)<sup>83</sup>, tais como o “*direito à participação*”, o “*direito à informação*”, o “*direito à audiência prévia*” ou o “*direito à fundamentação*”<sup>84</sup>. É que, desde logo, importa esclarecer que todos os procedimentos sancionatórios se dividem numa “*fase administrativa*” (ou “*procedimental*”) e numa “*fase jurisdicionalizada*” (ou “*processual*”)<sup>85</sup>. Durante a primeira, a própria administração pública figura

82 Sobre o âmbito de aplicação do “*princípio da legalidade*”, ver o § 9 do presente estudo.

83 Em boa verdade, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em interpretação do artigo 6.º da respetiva Convenção (CEDH), começou por negar às situações jurídico-administrativas a proteção direta do “*direito à tutela jurisdicional efetiva*”, através do Acórdão “*Lawless*”, proferido em 14 de novembro de 1960. No entanto, progressivamente, o Tribunal de Estrasburgo tem vindo a estender aquelas “*garantias*” ao processo – e, mais importante até, ao procedimento – administrativo, em especial, em matéria de aplicação de sanções administrativas. A mero título de exemplo, ver os Acórdãos “*Ringeisen*”, de 16 de julho de 1971, “*Konig*”, de 28 de junho de 1978, “*Baraona*”, de 08 de julho de 1987, “*Neves e Silva*”, de 27 de abril de 1989, “*H. c/ França*”, de 24 de outubro de 1989; “*Vallée c/ França*”, de 26 de abril de 1994. Sobre esta conceção ampla de “*garantias jurisdicionais*” (e de “*garantias administrativas*”), ver Flauss, 1983: 387-401; Abraham, 1992: 409-418; Idem, 1996: 235-247; Idem, 1997: 581-583; Ergec, 1993: 1-11; Moderne, 1993: 56-64; Schmidt-Aßmann, 1993: 515; Idem, 1993: 1292-1295; García de Enterría, 1993: 27; Harremoes, 1997: 2-6; Brenner, 1997: 600; Spadea, 2000: 369-373; Delarue, 2001: 13; Sauvée, 2001: 20-21; Bonichot, 2001: 73-80; Fonseca, 2003: 345-355; Pinto de Albuquerque, 2011: 13-14.

84 Noutra ocasião, já tive oportunidade de pugnar pela jusfundamentalidade destes direitos procedimentais, pelo que a violação do respetivo “*conteúdo essencial*” não pode deixar de ser configurado como fundamento de nulidade da decisão sancionatória administrativa que pretira qualquer uma das formalidades que lhes subjazem. Assim, ver Prata Roque, 2009: 17-32.

85 Assim, ver Alexandra Vilela, 2013: 378-390. Por sua vez, a jurisprudência constitucional mais recente tem igualmente destacado esta característica congénita dos procedimentos administrativos sancionatórios e, em especial, dos procedimentos contraordenacionais. Nesse sentido, o Acórdão n.º 278/2011 (Ana Guerra Martins), do Tribunal Constitucional, já realçou que: “*Se atentarmos nos mecanismos próprios do Direito Contraordenacional, verificamos que o legislador operou a uma cisão entre uma fase de aferição administrativa do cometimento do ilícito – ‘fase administrativa’ (artigos 33.º a 58.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro) – e uma fase de controlo jurisdicionalizado da decisão sancionatória – ‘fase jurisdicional’ (artigos 59.º a 75.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro). Visando a sanção contra-ordenacional fins de prevenção geral e especial da prática de actos contrários ao bloco de legalidade – que, no entanto, não se revestem de um desvalor jurídico suficientemente forte que justifique a respetiva criminalização –, compreende-se, portanto, que o legislador tenha cometido à própria administração pública os poderes para fiscalizar o cumprimento daquele bloco de legalidade e, em caso de infração, o poder para os sancionar. Essa função corresponde, aliás, à própria essência da função administrativa, ou seja, à execução dos comandos normativos adoptados pelos órgãos competentes, em estrita observância e prossecução do interesse público”.*

como sujeito ativo, enquanto na segunda passam a ser os tribunais os órgãos competentes para dirimir a controvérsia quanto à legalidade da decisão sancionatória tomada. Ora, caso não fossem as garantias concedidas por normas inseridas no capítulo dedicado ao Direito Constitucional Administrativo (cfr. artigos 266.º e seguintes), essa proteção jurisdicional afigurava-se-ia deveras deficitária<sup>86</sup>. Desde logo, porque só por força da aplicação de comandos normativos de Direito Administrativo se logra salvaguardar:

- i) As “*garantias de imparcialidade*” (cfr. artigos 44.º a 51.º do CPA), de modo a impedir que a decisão sancionatória, enquanto decisão predominantemente dotada de discricionariedade administrativa, não prossiga fins contrários àqueles que a lei previu<sup>87</sup>;
- ii) O “*direito de participação*” (cfr. artigo 8.º do CPA), nele incluído o “*poder/dever de colaboração*” (cfr. artigo 7.º do CPA)<sup>88</sup>, durante toda a fase procedimental sancionatória;
- iii) O “*direito à informação*” (cfr. artigos 61.º a 64.º do CPA)<sup>89</sup>, incluindo o acesso a documentos administrativos que constem do procedimento

86 Em defesa da aplicação subsidiária das normas procedimentais administrativas ao Direito Sancionatório Público – nele incluído o próprio Direito Contraordenacional –, ver Beleza dos Santos, 1945: 54; Dantas, 1995: 106; Sauvé, 2001: 19; Soares Ribeiro, 2003: 143; Passos, 2009: 253, § 2 do artigo 33.º; Pinto de Albuquerque, 2011: 151-152. Pelo contrário – porventura, demasiado influenciado por preocupações de garantia do “*interesse público*” prosseguido pelas entidades administrativas reguladoras encarregues da aplicação de sanções administrativas –, Frederico da Costa Pinto (cfr. 1997: 81) considera que esta cumulação de “*garantias penais*” e de “*garantias administrativas*” corre o risco de bloqueio e de perda de eficiência do exercício de poderes sancionatórios (não penais). Igualmente em defesa da aplicação subsidiária do regime jurídico das contraordenações, ver Teixeira, 2009: 115-116; Sousa Mendes, 2009: 210, n.r. 7.

87 Em defesa da aplicação do regime procedimental administrativo relativo aos “*impedimentos, excusas e suspeições*”, ver Pinto de Albuquerque, 2011: 120. Em sentido contrário, ver Leones Dantas, 1995: 107.

88 Apesar de o artigo 7.º do CPA estabelecer um “*princípio da colaboração*” – que pressupõe um dever de colaboração dos particulares com a administração, com vista à proteção do “*interesse público*” –, certo é que, sempre que se anteveja a possibilidade de responsabilidade sancionatória (ainda que não penal), a título pessoal, por parte dos sujeitos onerados com esse dever de colaboração, tal dever cessa em homenagem ao “*princípio da dignidade da pessoa*”, do qual deriva a “*proibição de autoincriminação*” (ou “*nemo tenetur se ipsum accusare*”), que se aplica tanto em processo penal como em qualquer outro procedimento sancionatório público (não penal). Sobre esta “*proibição de autoincriminação*”, no âmbito de procedimentos sancionatórios de tipo administrativo, ver Costa Ramos, 2006: 125-149; Silva Dias & Costa Ramos, 2009: *passim*; António Gageiro, 2009: 61-64; Teixeira, 2009: 128-129; Soares da Veiga, 2009: 149; Sousa Mendes, 2009: 217-222.

89 Em regra, a doutrina tem vindo a extrair esse “*direito à informação*”, exatamente, das especificidades da “*fase administrativa*”, que permanece sujeita às regras do procedimento administrativo que, apesar de restringidas por um “*segredo interno*” do procedimento – que impede o arguido de aceder à totalidade da informação recolhida na fase instrutória –, se apresentam mais flexíveis do que as aplicáveis ao processo penal. Nesse sentido, ver Rebman, Roth & Herrmann, 2008: § 9 em anotação ao artigo 46.º; Catarino,

- (cfr. artigo 65.º do CPA e o regime instituído pela Lei de Acesso aos Documentos Administrativos, aprovada pela Lei n.º 65/93, de 26 de agosto, de acordo com a redação conferida pela Lei n.º 19/2006, de 12 de julho)<sup>90</sup>;
- iv) O direito à “*não autoincriminação*” [cfr. artigo 89.º, n.º 2, alínea c), do CPA]<sup>91</sup>;
  - v) O direito à “*audiência prévia*” (cfr. artigos 100.º a 103.º do CPA), na fase que antecede a tomada de decisão administrativa sancionatória<sup>92</sup>;
  - vi) O “*direito à fundamentação*” (cfr. artigos 124.º a 126.º do CPA)<sup>93</sup>;

2010: 665. Ainda assim, na prática, tem-se notado uma tendência para aplicar, subsidiariamente, o regime do “*segredo interno*” vigente no processo penal – mediante decisão dos órgãos administrativos competentes para a aplicação da sanção –, o que contraria a possibilidade, aberta pelo artigo 50.º do RGCO, de revelação do conteúdo dos autos ao sujeito passivo da sanção, desde que a mesma não seja atentatória de direitos de terceiros que possam ser afetados por essa revelação. Transpor para o procedimento sancionatório público (não penal) um regime assente na articulação entre juiz e Ministério Público, permitindo aos órgãos administrativos decidir, de modo (demasiado) livre, acerca dessa sujeição a “*sigilo interno*” insere-se numa lógica de secretismo do funcionamento da administração pública que não se coaduna com os princípios constitucionais de transparência e de abertura a que esta está adstrita (cfr. artigos 266.º, n.º 2, e 268.º, n.ºs 1 e 2, da CRP). Seguindo este tom crítico, ver Pinto de Albuquerque, 2011: 199-200.

90 Com efeito, o “*princípio da administração aberta*” – do qual decorre o direito subjetivo à consulta de documentos administrativos (cfr. artigo 268.º, n.º 2, da CRP) – tem beneficiado, em muito dos ventos favoráveis do Direito Administrativo Europeu, que tem vindo a disciplinar (seja por via normativa, seja por via pretoriana) o regime de acesso dos particulares aos documentos constantes dos procedimentos administrativos. Para uma resenha da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em matéria, de direito a acesso aos documentos administrativos constantes de procedimentos sancionatórios públicos, ver Stoye, 2005: 51-76; Pinto de Albuquerque, 2011: 16-18.

91 Devo notar que, mesmo que os regimes sancionatórios especiais não prevejam expressamente esta proibição, tal já decorre da lei procedimental administrativa geral, que garante a possibilidade de “*recusa legítima*” da prestação de informação ou de apresentação de documentos, sempre que aquelas importem “*a revelação de factos puníveis*”. Em defesa da aplicação subsidiária desta norma jurídico-administrativa aos procedimentos sancionatórios contraordenacionais, ver Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 56. No mesmo sentido, ver o Acórdão n.º 340/2013 (Cura Mariano), do Tribunal Constitucional.

92 Em boa verdade, o próprio Supremo Tribunal de Justiça já admitiu como aplicáveis, à “*fase administrativa*” dos procedimentos contraordenacionais, os artigos 100.º a 103.º do CPA, por intermédio do seu Acórdão de Fixação de Jurisprudência n.º 1/2003. Esse tem sido igualmente o entendimento consolidado no TJUE, que tem vincado a garantia de “*audiência prévia*” dos interessados, durante a “*fase administrativa*” de procedimentos sancionatórios, em especial, relativos a infrações do Direito Europeu da Concorrência (ver, a mero título de exemplo, os Acórdãos “*Hoffmann-La Roche c/ Comissão*”, Proc. n.º 85/76; “*Michelin c/ Comissão*”, Proc. n.º 322/81; “*Bat e Reynolds c/ Comissão*”, Procs. n.º 142/84 e n.º 156/84; “*Países Baixos c/ Comissão*”, Proc. n.º 48/90; “*Guerin Automobiles c/ Comissão*”, Proc. n.º C-282/95; e “*Mediocrurso c/ Comissão*”, Proc. n.º C-462/98). Em sentido próximo, traçando uma ligação entre a consagração do “*direito de audiência prévia*”, em sede de procedimento administrativo, e a sua aplicação em sede contraordenacional, ver Otero/ Palma, 1996: 577; Pinto de Albuquerque, 2011: 14-16.

93 Sobre este direito à fundamentação da decisão sancionatória, ver Moderne, 1993: 319-320; Mignon, 2001: 101; Pinto de Albuquerque, 2011: 238 e 241-242.

- vii) E vários outros “*interesses juridicamente protegidos*”, designadamente os que acautelam o respeito, pelos órgãos administrativos, de normas de tramitação procedimental e de competência para a instrução e a decisão<sup>94</sup>.

Porém, não raras vezes, tende a invocar-se normas constitucionais que apenas visam regular a “*fase processual*” dos procedimentos sancionatórios, procurando estender o seu âmbito de proteção à “*fase administrativa*”<sup>95</sup>. Porventura, tal confusão deriva de uma tentativa de transposição da dualidade “*inquérito – julgamento*”, típica do processo penal<sup>96</sup>, para com ela regular a

---

Relativamente a procedimentos sancionatórios por violação de Direito da União Europeia, o TJUE tem vindo a acentuar este direito, quer quanto à explicitação dos fundamentos da própria decisão sancionatória (cfr. Acórdãos “*Alemanha c/ Comissão*”, Proc. n.º 24/62; “*Hoffmann-La Roche c/ Comissão*”, Proc. n.º 85/76), quer quanto à decisão de arquivamento do procedimento (cfr. Acórdãos “*Automec II*”, Proc. n.º T-24/90; “*BEUC c/ Comissão*”, Proc. n.º T-37/92; e “*BEMIM c/ Comissão*”, Proc. n.º T-114/92).

94 Com efeito, a jurisprudência constitucional tem admitido – sem qualquer oscilação ou hesitação – que o instituto da “*delegação de poderes*” se aplica até quanto à fixação do órgão administrativo competente para prolação da decisão sancionatória pública (não penal), desde que o membro do governo disponha dessa competência e se encontre legalmente habilitado a delegá-la; ou seja, de acordo com o estabelecido pela lei procedimental administrativa. Neste sentido, a mero título exemplificativo, ver os Acórdãos n.º 419/97 (Maria Fernanda Palma), n.º 237/2003 (Prazeres Beleza) e n.º 234/2005 (Vitor Gomes), ambos do Tribunal Constitucional. Aliás, até os autores que negam a aplicação subsidiária da lei procedimental administrativa admitem a aplicação, quanto a esta matéria das regras jurídico-administrativa sobre “*delegação de poderes*”. É o que sucede, a mero título de exemplo, com Ferreira Antunes, 1997: 59-63.

Referindo-se expressamente à possibilidade de “*sanação*” de atos administrativos sancionatórios praticados por órgãos incompetentes, designadamente, por força da cessação de “*atos de delegação de poderes*”, ver Pinto de Albuquerque, 2011: 120. Na mesma linha, ver o Acórdão n.º 179/2005 (Paulo Mota Pinto), do Tribunal Constitucional.

95 Sem que se refira sequer aos princípios constitucionais, Alexandra Vilela (cfr. 2013: 383-384) chega mesmo a sustentar que esta fase inicial, que corre termos perante o órgão administrativo competente, “*também não se apresenta como uma fase de pendor marcadamente administrativista*”. Ao ponto de negar que a mesma possa ser designada de “*fase administrativa*” (cfr. Idem, cit., 406) por – no seu duvidoso entendimento – considerar que a norma legal que fixa como subsidiariamente aplicável a lei processual penal lhe retira a natureza substancialmente jurídico-administrativa. Em sentido idêntico – e em escritos publicados em data anterior –, ver ainda Gomes Dias, 1985: 30-132; Soares Ribeiro, 2003: 135 e 138. Sucede que é a própria Lei Fundamental que distingue entre os “*poderes sancionatórios penais*” e os demais “*poderes sancionatórios públicos (não penais)*”, pelo que a atribuição destes últimos a órgãos administrativos não pode deixar de permanecer sujeita ao respeito pelo bloco de normatividade jurídico-administrativa que garante a sua vinculação ao “*interesse público*”, mediante o cumprimento das normas que regulam o procedimento tendente à tomada de decisões administrativas (designadamente, os artigos 266.º, n.º 2, e 267.º, n.º 5, ambos da CRP).

96 Nesse sentido, apontam os raciocínios de alguma doutrina juspenalista, que afirma, apressadamente – e sem sequer encetar uma reflexão interdisciplinar sobre o bloco de normatividade que vincula a administração pública –, que os órgãos administrativos com competência sancionatória pública (não penal) ficariam exclusivamente sujeitos ao mesmo regime de prerrogativas públicas e de deveres previsto na lei processual penal para a fase de inquérito. Ainda assim, a mesma doutrina tende a cingir a sua análise ao



tramitação dos demais procedimentos sancionatórios (não penais). De certo modo, transformar-se-iam os competentes órgãos da administração pública em pequenos sucedâneos do Ministério Público<sup>97</sup>, transpondo para aqueles a função investigatória e prossecutória deste último.

Nada mais errado. A dualidade “*inquérito – julgamento*” visa acautelar o estrito respeito pelo “*princípio do acusatório*”<sup>98</sup>, enquanto consequência do respeito pelas garantias de independência e de imparcialidade de quem julga. Ora, no caso dos procedimentos sancionatórios não penais, não se justifica uma tal compressão dos poderes administrativos, visto que o menor grau de interferência e de lesividade das sanções a aplicar se compadece com o exercício simultâneo de “*poderes de instrução*” e de “*poderes de decisão*” pela administração<sup>99</sup>, ainda que a distribuição do exercício concreto desses poderes, no

---

Direito Contraordenacional, não se pronunciando sobre outras tipologias do Direito Sancionatório Público, em sentido amplo. Entre outros, ver Costa Pinto, 1997: 81; Vilela, 2013: 379-380.

97 Criticando um excessivo decalcamento do procedimento administrativo sancionatório em relação ao processo penal, ver Soares Ribeiro, 2013: 139. Nesse sentido pronuncia-se, de modo expresso, Pinto de Albuquerque, 2011: 29, invocando o n.º 2 do artigo 41.º do RGCO, que determina: “2 - No processo de aplicação da coima e das sanções acessórias, as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para o processo criminal, sempre que o contrário não resulte do presente diploma”. Ora, várias razões militam no sentido de negar essa equiparação automática e absoluta entre o órgão administrativo com competência para aplicar uma “*sanção pública (não penal)*” e o Ministério Público: 1.º) Desde logo, porque aquele preceito apenas se aplica a um conceito restrito de “*sanção pública (não penal)*” – isto é, às contra-ordenações –, não sendo aplicável às demais sanções de tipo disciplinar, financeiro e administrativo «*stricto sensu*»; 2.º) O preceito legal em causa apenas se refere à fase de aplicação da coima e das sanções acessórias, não sendo claro se pode ser estendido à fase instrutória; tal significa que o legislador teria pretendido apenas garantir que, uma vez tomada a decisão sancionatória, os órgãos administrativos disporiam das mesmas prerrogativas de execução da sanção de que beneficiam as autoridades jurisdicionais e as demais autoridades judiciais, no caso da execução das “*sanções penais*” e das correspondentes “*sanções acessórias*”; 3.º) Mesmo que se admitisse poder extrair-se da letra da lei uma extensão à “*fase instrutória*” – ou seja, a todo o procedimento tendente à deteção, investigação e preparação da decisão sancionatória –, sempre se diria que “*gozar dos mesmos direitos*” e estar “*submetid[o]s aos mesmos deveres*” não significa que os órgãos administrativos gozem de todas as prerrogativas públicas de que dispõem as autoridades judiciais, na “*fase de inquérito (penal)*”, mas apenas que estes se limitam a gozar de um conjunto de “*direitos subjetivos públicos*” inerentes ao seu estatuto processual (ex: “*direito de impugnação*”, “*direito de reserva e sigilo*”, “*direito aos meios necessários à investigação*”). A opção do legislador pelo conceito de “*direitos subjetivos públicos*” – em detrimento de outro, como aquele que assentasse em “*poderes jurídico-públicos*” – não pode senão ser interpretado no sentido de que os órgãos administrativos não estão habilitados a exercer todas as prerrogativas públicas conferidas às autoridades judiciais, mas apenas aquelas que possam ser qualificadas como verdadeiros “*direitos subjetivos*”.

98 Cingindo o “*princípio do acusatório*” ao domínio do processo penal, ver Pinto de Albuquerque, 2011: 119. Em idêntico sentido, ver Acórdão n.º 581/2004 (Paulo Mota Pinto), do Tribunal Constitucional. Adotando uma posição diametralmente oposta, por sustentar a vigência do “*princípio do acusatório*”, no domínio do Direito Contraordenacional, ver Ferreira Antunes, 1997: 52.

99 Assinalando esta cumulação usual de “*poderes instrutórios*” e de “*poderes decisórios*”, ver Delarue, 2001: 14-15; Pinto de Albuquerque, 2011: 119; Vilela, 2013: 378 e 419.

seio daquela, tanto pode conduzir à repartição de cada um desses poderes por órgãos distintos, como pode traduzir-se numa “*cumulação*” dos mesmos no mesmo órgão administrativo.

Por outro lado, a sede própria para controlo da legalidade dos “*atos de inquérito penal*” é, precisamente, a sala de audiências dos tribunais criminais, seja na “*fase de instrução*”, seja, mais tarde, na “*fase de julgamento*”<sup>100</sup>. É por isso que se exige uma “*muralha da China*” (“*chinese wall*”) entre quem investiga e quem julga. Dir-se-ia, algo levemente, que nos procedimentos sancionatórios de tipo administrativo tal não se verificaria, pois quem instrui o procedimento também pode ser competente para decidir<sup>101</sup>. Sucede, porém, que tal argumento só procede quanto à “*fase administrativa*”; e, ainda assim, sujeita à possibilidade de controlo interadministrativo<sup>102</sup> do respeito pelos princípios gerais que vin-

100 Aliás, note-se que, na fase de julgamento, o órgão administrativo competente para aplicação da sanção age como verdadeiro “*réu*” de uma ação de impugnação de decisão administrativa condenatória – que apenas não fica sujeita à lei processual administrativa, quando, no caso dos ilícitos contraordenacionais, a competência jurisdicional seja atribuída aos tribunais judiciais –, gozando, designadamente, do direito ao contraditório e à sustentação da decisão sancionatória. Não se trata, portanto, de um “*assistente*” (ainda que equiparado), conforme preconiza, ainda que “*de iure condendo*”, Vilela, 2013: 472-478. Em sentido inverso, negando aos órgãos administrativos essa qualidade de “*assistente*” – por transposição subsidiária do regime processual penal, ver Teixeira, 2001: 87-88; Costa Pinto, 2002: 119.

101 Em sentido próximo, o Tribunal Constitucional já equacionou estes argumentos, considerando que a concessão de poderes sancionatórios à administração pública não é suscetível de comprometer o “*princípio da separação de poderes*”. No Acórdão n.º 278/2011 (Ana Guerra Martins) pode ler-se que: “*E nem se diga que tal função punitiva, exercida pela administração pública, coloca em causa o princípio da separação de poderes, por invadir o âmago da função jurisdicional. Com efeito, por força do n.º 2 do artigo 202.º da Constituição da República Portuguesa, cabe aos tribunais ‘assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados’, mas tal comando constitucional não se opõe ao exercício por várias entidades administrativas de poderes sancionatórios, que visam, precisamente, reprimir a violação da legalidade democrática, e que, aliás, alguma doutrina qualifica como poderes de tipo para-jurisdicional (...)*”. E, do mesmo modo, já se havia pronunciado o Acórdão n.º 161/90 (Monteiro Diniz): “*Só os tribunais podem aplicar penas e medidas de segurança. Mas já não cabe no princípio da ‘reserva do Juiz’, por já não ser ‘administração da justiça’, a aplicação de sanções não criminais não restritivas da liberdade: estas podem ser aplicadas pelas autoridades administrativas, desde que se garanta um efectivo recurso aos tribunais e se assegurem ao arguido as necessárias garantias de defesa (o princípio da defesa vale, na sua ideia essencial, para todos os domínios sancionatórios)*”. Mais remotamente, ver ainda, na mesma linha, o Parecer n.º 4/81, da Comissão Constitucional. Em sentido idêntico, ver Fischer, 1972: 215-216; Mattes, 1979: 149; Tiedemann, 1987: 107; Correia, 2004: 30; Huergo Lora, 2007: 345. Em sentido contrário, apontando a inconstitucionalidade de soluções normativas que atribuam a órgãos administrativos poderes sancionatórios (em especial, de tipo contraordenacional), ver Pedrosa Machado, 1998: 43-47.

102 Com efeito, não só a atividade sancionatória dos órgãos administrativos pode ser alvo de “*controlo político*” – designadamente, por via da responsabilidade dos órgãos políticos dotados de funções executivas por parte dos correspondentes órgãos parlamentares (que, em limite, os podem destituir de funções), como esse exercício de poderes sancionatórios fica permanentemente sujeito a um “*controlo interadministrativo*”, que se traduz num amplo leque de “*garantias administrativas*”, entre as quais a “*reclamação*” (artigos 158.º a 165.º do CPA), o “*recurso hierárquico*” (artigos 166.º a 175.º do CPA) ou o “*recurso hierárquico impróprio*”

culam a administração pública, em especial o da imparcialidade<sup>103</sup>. Isto porque qualquer eventual ofensa às normas procedimentais pode ser, mais tarde, impugnada e apreciada pelos competentes tribunais administrativos. Padece de qualquer rigor afirmar-se que a não transposição das normas reguladoras do processo penal, para o seio do procedimento administrativo sancionatório, acarretaria um prejuízo dos particulares ou uma diminuição das suas garantias.

Pelo contrário, seria a aplicação mecânica de normas processuais penais, concebidas para a investigação penal e completamente desfasadas da dinâmica própria do funcionamento interno dos órgãos e serviços administrativos<sup>104</sup>,

---

(artigo 176.º do CPA) e do “*recurso tutelar*” (artigo 177.º do CPA). Sem prejuízo da sua impugnabilidade imediata para o competente tribunal, qualquer decisão sancionatória pública pode ser alvo de “*recurso hierárquico*” para o titular que exerça poderes de supervisão sobre o autor daquela decisão. A mero título exemplificativo, refiro o artigo 133.º da Lei do Jogo (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de dezembro, de acordo com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 114/2011, de 30 de novembro), que expressamente garante a possibilidade de interposição de “*recurso hierárquico*” relativamente a “*sanções administrativas stricto sensu*” aplicadas pelo Inspetor-Geral de Jogos, depois de ouvido o Conselho Consultivo de Jogos.

Admitindo a possibilidade genérica de “*controlo hierárquico*” das decisões proferidas ao longo do procedimento sancionatório, ver Rougevin-Baville, 2001: 281-282; Göhler, 2009: § 14 do artigo 47.º. Notando que as decisões de arquivamento de procedimentos sancionatórios podem ser alvo de “*controlo hierárquico*” (mediante recurso), ainda que reportando-se ao regime específico das infrações tributárias, ver Pinto de Albuquerque, 2011: 25.

103 Sugerindo a atribuição de poderes a entidades administrativas independentes como um antídoto para este risco de parcialidade decorrente da cumulação da titularidade de um determinado “*interesse público*” com o exercício de poderes de tipo sancionatório, ver Delarue, 2001: 15; Sauvé, 2001: 18; Pochard, 2001: 106-110; Lecrubier, 2001: 133.

104 Inúmeras normas se afiguram desprovidas de qualquer sentido, quando aplicadas a esta “*fase administrativa*” dos procedimentos sancionatórios públicos (não penais). É o caso das normas que disciplinam poderes tipicamente exercidos pelo juiz de instrução (artigos 268.º e 269.º, do CPP) ou pelo Ministério Público (artigos 267.º e 283.º do CPP), que regulam a fase do “*debate instrutório*” (artigos 286.º a 310.º, do CPP), que fixam prazos de inquérito (artigo 276.º do CPP), que permitem a prova através de escutas telefónicas (artigos 187.º e 190.º do CPP) ou ainda daquelas relativas à detenção (artigos 254.º a 261.º, do CPP) ou à prisão preventiva (artigo 202.º do CPP).

Bem diferente se afigura a devida ponderação da aplicação das normas processuais penais relativas aos “*meios de prova*”, com particular interesse no caso de “*buscas*” e de “*apreensão de documentos*”. Tem sido abundantemente discutido se os órgãos administrativos, durante um procedimento sancionatório (não penal), podem exercer os mesmos “*poderes jurídico-públicos*” de que goza o Ministério Público e os demais órgãos de polícia criminal, durante a “*fase do inquérito penal*”. Em regra, dir-se-á que não podem aplicar-se diretamente as normas processuais penais que impliquem uma compressão de direitos fundamentais como a “*reserva da intimidade privada*” (artigo 26.º, n.º 1, da CRP), a “*inviolabilidade do domicílio*” (artigo 34.º, n.ºs 1 a 3, da CRP) e a “*proibição de intromissão nas comunicações e na correspondência*” (artigo 34.º, n.º 4, da CRP), na medida em que a restrição daqueles direitos pressupõe uma determinação legal explícita, que não autoriza o recurso a métodos analógicos de legitimação de atuações administrativas restritivas. Nesse sentido, ver Dantas, 1995: 117; Ferreira Antunes, 1997: 244, § 7; Lopes de Sousa & Simas Santos, 2001: 408, § 3; Teixeira, 2009: 124-125; Catarino, 2010: 501. Especificamente sobre a questão da “*inviolabilidade do domicílio*” das pessoas coletivas privadas, já tive oportunidade de lhes negar a proteção constitucional diretamente decorrente do artigo 34.º, n.º 1, da CRP, na medida em que ela repousa numa ideia de preservação da “*reserva da intimidade privada*”, associada à casa de morada enquanto santuário do

à “*fase administrativa*” dos procedimentos sancionatórios que faria perigar a boa aplicação do bloco de normatividade. O completo desconhecimento e

indivíduo. Assim, ver Prata Roque, 2009: 404-407. Em sentido concordante, ver Costeira, 2007: 31; Pinto de Albuquerque, 2011: 164. Diferentemente, ver Catarino, 2010: 524. Isto não significa, porém, que as normas relativas a “*buscas*” (cfr. artigos 174.º a 177.º e 251.º do CPP) e a “*apreensão de documentos*” (cfr. artigos 178.º a 186.º e 252.º do CPP) – em especial, os documentos em suporte informático – não possam aplicar-se subsidiariamente à tramitação dos procedimentos sancionatórios públicos (não penais). Exigir-se-á, contudo, que haja uma expressa previsão, prevista em lei especial – em regra, o regime jurídico aplicável à entidade administrativa que prossegue a atividade de regulação e de sancionamento das correspondentes infrações –, que autorize a realização dessas diligências instrutórias.

Problema particularmente delicado é o que resulta da possibilidade de aproveitamento futuro de provas recolhidas durante procedimentos sancionatórios públicos (não penais), para efeitos de processo penal aberto em decorrência de atuações inspetivas de órgãos administrativos encarregues da regulação e supervisão de determinadas atividades económicas. Em homenagem à “*proibição de «bis in idem»*” e das exigências decorrentes do “*princípio da legalidade da prova*”, deve entender-se que a prova produzida no decurso de um procedimento sancionatório público (não penal) nem pode conduzir a uma “*dupla punição*” da conduta praticada por determinado sujeito, nem tão pouco pode furta-se às exigências mais garantísticas da lei processual penal. Caso a prova tenha sido obtida ao abrigo de normas procedimentais sancionatórias menos exigentes que as processuais penais, aquela só será válida para efeitos de uma condenação não penal, tornando-se inválida no âmbito do processo penal. Salvo, bem entendido, se – ainda que obtida por órgão administrativo dotado de poderes sancionatórios – tenha acutelado todas as exigências decorrentes das normas processuais penais. Obviamente, o excesso de forma no âmbito do procedimento sancionatório público (não penal) não prejudica a validade da condenação, nessa sede. Recentemente, o Tribunal Constitucional veio a concluir pela não inconstitucionalidade de interpretação extraída da conjugação entre os artigos 61.º, n.º 1, alíneas *b)* e *d)*, 125.º, 126.º n.º 2, alíneas *d)*, *e)* e n.º 3, 174.º, n.º 3, e 176.º, 178.º, 179.º e 182.º, n.º 1, 267.º, 268.º, n.º 1, alínea *d)*, 269.º, n.º 1, alínea *c)* e *d)* e 270.º, n.º 1 alínea *d)*, todos do Código de Processo Penal, no sentido de que podem ser usadas como prova em processo criminal pela prática do crime de fraude fiscal, documentos cedidos por funcionários de uma empresa ou pelos agentes do crime, seus gerentes, a uma inspeção tributária, ao abrigo do dever de cooperação previsto nos artigos 9.º, n.º 1, 28.º, n.º 1 e 2, 29.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 413/98, de 31 de dezembro, e nos artigos 31.º, n.º 2, e 59.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária, obtidos a pedido dessa inspeção, quer pessoalmente, quer através de recolha desses documentos nas suas instalações, sem cumprir o ritualismo previsto no Código de Processo Penal para a apreensão de documentos e para uma busca. Através do Acórdão n.º 340/2013 (Cura Mariano), apesar de aceitar que a “*proibição de autoincriminação*” figura como uma das “*garantias penais*” protegidas pelo n.º 1 do artigo 32.º da CRP, o Tribunal Constitucional considerou que a impossibilidade da utilização de prova legalmente obtida no decurso de procedimentos inspetivos de tipo administrativo conduziria a uma (inaceitável) imunidade em sede de procedimentos criminais. Mas, mais importante ainda, o Acórdão n.º 340/2013 pondera se aquela interpretação normativa garante a possibilidade de recusa de prestação de informações durante a fase procedimental, acabando por concluir pela aplicabilidade do artigo 89.º, n.º 2, alínea *c)*, do CPA, que qualifica como legítima uma recusa de prestação de informações quando “*importar a revelação de factos puníveis, praticados pelo próprio interessado, pelo seu cônjuge ou por seu ascendente ou descendente, irmão ou afim nos mesmos graus*”. Em sentido idêntico, admitindo a aplicação deste preceito aos procedimentos sancionatórios contraordenacionais, ver Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 56. Em suma, considera que a restrição não é desproporcionada, pois o particular teria disposto da possibilidade de impugnação do pedido administrativo de prestação de informações, o que – naquele caso concreto – teria conduzido à necessidade de autorização judicial, por força do n.º 5, do artigo 63.º, da LGT, na redação originária, correspondente ao atual n.º 6, por força de renumeração operada pela Lei n.º 37/2010, de 2 de setembro.

Já o aproveitamento da prova produzida em processo penal, para efeitos de um procedimento sancionatório público (não penal) não se afigura proibida – desde que não haja violação da “*proibição de dupla punição*” –, atenta a maior intensidade garantística das normas processuais penais. Assim, ver Teixeira, 2009: 132; Pinto de Albuquerque, 2011: 169. Referindo-se à “*proibição de «bis in idem*”, entre sanções penais e sanções públicas (não penais), ver Fischer, 1972: 231-233; Domínguez Vila, 1997: 257-270; Rougevin-Baville, 2001: 269-271; Croone, 2001: 61; Mignon, 2001: 104.

afastamento dos sujeitos encarregues da sua aplicação – *v.g.*, titulares de órgãos administrativos, funcionários e agentes – face às normas processuais penais é que tenderia a incrementar uma aplicação errática das mesmas, correndo-se assim o risco de diminuição das garantias dos particulares. Cabe, assim, ao Direito Administrativo – e, em particular, à lei procedimental administrativa – regular a “*fase administrativa*” dos procedimentos sancionatórios<sup>105</sup>, ficando para a lei processual penal uma “*função residual*” de regulação subsidiária da respetiva “*fase processual*”, quando não haja previsão na lei processual administrativa que regule determinada questão<sup>106</sup>.

Friso bem, contudo, que esta minha posição não desconhece – nem menoriza – a existência de normas expressas que determinem a aplicação subsidiária da lei processual penal à “*fase processual*” de certos procedimentos sancionatórios<sup>107</sup>. Exemplo disso paradigmático é o “*Direito Contraordenacional*”, em que a lei geral fixa como subsidiariamente aplicável a lei processual penal<sup>108</sup>. Refiro-me, pois, em sentido lato, à circunstância de o Direito Administrativo

105 Se tal é inegável quanto às várias subtipologias do Direito Sancionatório Público, o mesmo se pode dizer do próprio Direito Contraordenacional. Só assim se interpreta o artigo 33.º do RGCO, que determina que o “*processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas e das sanções acessórias competem às autoridades administrativas, ressalvadas as especialidades previstas no presente diploma*”. Ou seja, o respetivo processamento cabe aos órgãos administrativos competentes, que se regem pelas normas procedimentais administrativas (gerais e especiais), salvo quanto às “*especialidades*” previstas naquele regime jurídico contraordenacional. Em sentido idêntico, ver Pedrosa Machado, 2005: 161.

106 Isto não significa, porém, a impossibilidade de aplicação subsidiária de normas processuais penais destinadas à garantia de alguns direitos fundamentais dos particulares, tais como as que dizem respeito ao regime de “*buscas*” e de “*apreensão de documentos*”. Sobre estes regimes, ver a n.r. 101.

107 Aliás, reconheço que o legislador ordinário tem vindo a dar sinais no sentido da sedimentação da aplicação subsidiária da lei processual penal, designadamente quando revoga normas que determinavam a remissão para a lei procedimental administrativa, de modo a aproximar os procedimentos sancionatórios públicos (não penais) do regime jurídico das contraordenações. Disso foi exemplo a revogação do (ex) artigo 19.º da Lei da Concorrência (segundo a redação da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho) – que determinava a aplicação subsidiária da lei do procedimento administrativo aos procedimentos sancionatórios de práticas restritivas da concorrência –, com a subsequente substituição pelo atual artigo 13.º da Lei da Concorrência (de acordo com a redação da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio). Saliento, aliás, que este diploma optou por regular diretamente, através de normas especiais, vários dos procedimentos a adotar durante a “*fase administrativa*” tendente à tomada de decisão sancionatória, respondendo aos apelos de alguma da doutrina mais reputada. Entre outros ver, Teixeira, 2009: 115-116; Sousa Mendes, 2009: 210, n.r. 7.

108 E, ainda assim, considero que a lei procedimental administrativa não pode deixar de ser convocada para a aferição dos vícios da “*decisão sancionatória contraordenacional*”, na medida em que a mesma foi proferida no decurso de um procedimento administrativizado e, portanto, deve estrita obediência ao bloco de normatividade que rege todos os órgãos da administração pública, no exercício de poderes de tipo administrativo. A preterição de formalidades procedimentais ou a violação de direitos como o direito de fundamentação, o direito de audiência prévia ou o direito de informação no decurso do procedimento não podem senão acarretar a ilegalidade da decisão sancionatória e, com ela, a impossibilidade de execução da sanção a que o particular tenha sido condenado.

(substantivo e processual) corresponder ao bloco de normatividade próprio para regular os procedimentos sancionatórios de tipo administrativo, seja na “fase procedimental”, seja na “fase processual”.

## § 6. AS GARANTIAS CONTENCIOSAS NA FASE JURISDICIONAL

Não raras vezes, procura-se extrair das “garantias de defesa em processo penal” a certeza acrescida de que os sujeitos passivos das sanções públicas não penais não se veem privados de direitos fundamentais tão essenciais quanto o “direito de audiência” e o “direito ao contraditório” (incluindo a “proibição da indefesa”)<sup>109</sup>. E, com efeito, a própria Lei Fundamental cura de o esclarecer, sem margem para dúvidas (cfr. artigo 32.º, n.º 10, da CRP). Contudo, não é demais realçar que, mesmo que tal expressa previsão constitucional não vigorasse, sempre se extrairia tal proteção das normas encarregues de reger a impugnação jurisdicional de atos administrativos<sup>110</sup>. Sendo configuráveis como “decisões

109 Deixo uma nota apenas para refutar as acusações brandidas por Vilela (cfr. 2013: 498) de que a epígrafe do artigo 50.º do RGCO deveria ser alterada, “*assim se eliminando qualquer aproximação ao direito administrativo, já que não é ele o subsidiário do ilícito de mera ordenação social*”, por fazer expressa menção ao “direito de audiência” e o autonomizar face ao “direito de defesa”. Ora, tal acusação só pode ser interpretada como uma tentativa (algo desesperada) de entorpecer e descaracterizar a vontade normativa expressa pelo legislador, na letra da lei. Confrontada com um elemento normativo incontornável, que desmente cabalmente a sua tese da integração do “*ilícito de mera ordenação social*” num conceito amplo de “Direito Penal”, a autora procura torturar a própria letra da lei, adaptando-a (à força) à sua pré-compreensão. Sucede, porém, que é a própria Constituição (cfr. artigo 32.º, n.º 10) que expressamente consagra e autonomiza o “direito de audiência” e o “direito de defesa”. Tanto assim é que, mesmo em sede de processo contraordenacional, o Assento de Fixação de Jurisprudência n.º 1/2003, do Supremo Tribunal de Justiça – portanto, insuspeito de acalantar uma defesa tendenciosa da aplicação do Direito Administrativo – concluiu que o “direito de audiência” deve ser acautelado ao abrigo das normas procedimentais administrativas, designadamente, ao abrigo dos artigos 100.º a 103.º do CPA. No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional também já concluiu não estar ferida de inconstitucionalidade uma interpretação normativa que assente na aplicação subsidiária das normas procedimentais administrativas ao próprio procedimento sancionatório contraordenacional – assim, ver os Acórdãos n.º 50/2003 (Prazeres Beleza) e n.º 179/2005 (Paulo Mota Pinto). Em defesa da aplicação subsidiária das normas procedimentais administrativas, em matéria de “direito de defesa” face a sanções administrativas, ver ainda Frank Moderne, 1993: 302-315; Domínguez Vila, 1997: 323-331; Dantas, 1995: 106; Soares Ribeiro, 2003: 143; Passos, 2009: 253, § 2 do artigo 33.º; Pinto de Albuquerque, 2011: 151-152.

110 Precisamente nesse sentido, ver o Acórdão n.º 659/2006 (Mário Torres), nos termos do qual se afirmou que: “*É óbvio que não se limitam aos direitos de audiência e defesa as garantias dos arguidos em processos sancionatórios, mas é noutros preceitos constitucionais, que não no n.º 10 do artigo 32.º, que eles encontram esteio. É o caso, desde logo, do direito de impugnação perante os tribunais das decisões sancionatórias em causa, direito que se funda, em geral, no artigo 20.º, n.º 1, e, especificamente para as decisões administrativas, no artigo 268.º, n.º 4, da CRP. E, entrados esses processos na ‘fase jurisdicional’, na sequência da impugnação perante os tribunais dessas decisões, gozam os mesmos das genéricas garantias constitucionais dos processos judiciais, quer directamente referidas naquele artigo 20.º (direito a decisão em prazo razoável e garantia de processo equitativo), quer dimanados do princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP), sendo descabida a invocação, para esta fase, do disposto no n.º 10 do artigo 32.º da CRP*”. Em defesa da impugnabilidade, por via do direito (geral) à tutela jurisdicional efetiva – tanto aplicável a decisões penais, como a decisões administrativas –, ver Domínguez Vila, 1997: 310-313.

*administrativas*”, as decisões sancionatórias já gozariam de uma ampla tutela jurisdicional efetiva, decorrente do n.º 4 do artigo 268.º da CRP.

E devo ainda salientar que a proteção constitucional decorrente da aplicação subsidiária das “*garantias de defesa em processo penal*” não as abrange em toda a sua plenitude, antes se cingindo ao “*direito de audiência*” e ao “*direito do contraditório*”<sup>111</sup>. Tal constatação sai reforçada, aliás, pelos próprios trabalhos preparatórios da revisão constitucional de 1997, no decurso dos quais foi rejeitada uma proposta de revisão apresentada pelos Deputados do PCP que visava consagrar que os arguidos pudessem beneficiar de “*todas as garantias do processo criminal*”, quando fossem sujeitos a “*processos disciplinares e demais processos sancionatórios*” (cfr. artigo 32.º-B do Projeto de Revisão Constitucional n.º 4/VII, in “*Diário da Assembleia da República*”, II.ª Série-RC, n.º 20, de 12 de setembro de 1996, 541-544, e I.ª Série, n.º 95, de 17 de julho de 1997, 3412 e 3466).

Esta conclusão afigura-se particularmente decisiva para a aferição das soluções legislativas acerca da efetivação do “*direito ao recurso*” em processos jurisdicionais de impugnação de decisões administrativas condenatórias, decorram eles perante os tribunais administrativos ou perante os tribunais judiciais – isto, no caso das “*sanções contraordenacionais*”. Na medida em que o n.º 4 do artigo 268.º da CRP não consagra, de modo explícito, um “*direito fundamental ao recurso*” de decisões proferidas pelos tribunais encarregues de dirimir litígios jurídico-administrativos, resta aplicar a jurisprudência constitucional consolidada, que segue no sentido de não decorrer, forçosamente, do “*princípio da tutela jurisdicional efetiva*” um “*direito fundamental ao recurso*”, dispondo o legislador de uma ampla margem de decisão quanto

111 Essa foi, aliás, a posição que obteve vencimento no Tribunal Constitucional [cfr. Acórdão n.º 659/2006 (Mário Torres)], que tem vindo a entender, sem oscilações, que os processos jurisdicionais sancionatórios (não penais) não gozam da mesma amplitude das “*garantias penais*”. Nesse acórdão, esclareceu-se que: “*«Diga-se, desde já, que o invocado n.º 10, na sua directa estatuição, é de todo irrelevante para o presente caso. Com a introdução dessa norma constitucional (efectuada, pela revisão constitucional de 1989, quanto aos processos de contra-ordenação, e alargada, pela revisão de 1997, a quaisquer processos sancionatórios) o que se pretendeu foi assegurar, nesses tipos de processos, os direitos de audiência e de defesa do arguido, direitos estes que, na versão originária da Constituição, apenas estavam expressamente assegurados aos arguidos em processos disciplinares no âmbito da função pública (artigo 270.º, n.º 3, correspondente ao actual artigo 269.º, n.º 3). Tal norma implica tão-só ser inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audiência) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade»*. Em sentido idêntico, ver ainda Marques da Silva & Henrique Salinas, 2005: 363. Adotando uma posição bem mais ampla, aparentando extrair do “*princípio da tutela jurisdicional efetiva*” um verdadeiro “*direito fundamental ao recurso*” (para um segundo grau de instância), ver Vilela, 2013: 342.

ao sentido e aos limites concretos a que devem obedecer os vários regimes de recurso<sup>112</sup>.

Mas esta constatação não pode legitimar uma interpretação demasiado restritiva do n.º 10 do artigo 32.º da Constituição, para que se conclua que os particulares apenas gozam de um “direito de defesa” e de um “direito de audiência” durante a “fase processual” de impugnação de decisões sancionatórias. Ao invés, o modo amplo como a Constituição consagrou um “direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”, em sede de processo administrativo (cfr. artigo 268.º, n.º 4), não pode deixar de garantir um leque bem extensível de prerrogativas processuais às quais o legislador ordinário não pode furtar-se. Entre outros direitos decorrentes daquele preceito, podem destacar-se a possibilidade de instauração de: *i*) ação administrativa comum para reconhecimento de direitos, sem que tenha sequer sido proferida decisão sancionatória desfavorável [cfr. artigo 37.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*), do CPTA]; *ii*) ação administrativa comum para condenação do órgão administrativo à não emissão de decisão administrativa lesiva do particular [cfr. artigo 37.º, n.º 2, alíneas *c*), do CPTA]; *iii*) ação administrativa especial para impugnação de normas regulamentares que sejam fundamento de decisão sancionatória adotada ou a adotar (artigos 72.º a 77.º

---

112 Na verdade, encontra-se hoje mais do que pacificado, pela jurisprudência consolidada no Tribunal Constitucional, que não só o “direito fundamental ao recurso” (incluindo em processo penal – vide artigo 32.º, n.º 1, da CRP) não inclui um direito a um duplo grau de recurso, como pode mesmo nem sequer justificar um só grau de recurso, quando, em função do diminuto relevo social da questão e da necessidade de proteção de outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos – *v.g.*, o direito a obter uma decisão célere –, seja admissível a apreciação por uma só instância jurisdicional. Assim, ver, entre inúmeros outros, os Acórdãos n.º 263/09, n.º 551/09, n.º 645/09, n.º 125/10, n.º 174/10, n.º 276/10, n.º 277/10, n.º 308/10, n.º 314/10, n.º 359/10, n.º 471/10, n.º 213/2011, n.º 215/2011, n.º 643/2011 e n.º 51/2012, todos disponíveis in [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/)). Para sintetizar este entendimento, veja-se o Acórdão n.º 551/09 (Vitor Gomes): “7. O Tribunal Constitucional tem uma jurisprudência consolidada no sentido de que no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição se consagra o direito ao recurso em processo penal, com uma das mais relevantes garantias de defesa do arguido. Mas também que a Constituição não impõe, directa ou indirectamente, o direito a um duplo recurso ou a um triplo grau de jurisdição em matéria penal, cabendo na discricionariedade do legislador definir os casos em que se justifica o acesso à mais alta jurisdição, desde que não consagre critérios arbitrários, desrazoáveis ou desproporcionados. E que não é arbitrário nem manifestamente infundado reservar a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça, por via de recurso, aos casos mais graves, aferindo a gravidade relevante pela pena que, no caso, possa ser aplicada (Cfr., entre muitos, a propósito da anterior redação da alínea f) do n.º 1 do artigo 400.º do CPP, na peculiar interpretação acima referida do que era a pena aplicável, acórdão n.º 64/2006 (Plenário), publicado no Diário da República, II Série, de 19 de Maio de 2006). Essa limitação do recurso apresenta-se como “racionalmente justificada, pela mesma preocupação de não asoberbar o Supremo Tribunal de Justiça com a resolução de questões de menor gravidade (como sejam aquelas em que a pena aplicável, no caso concreto, não ultrapassa o referido limite), sendo certo que, por um lado, o direito de o arguido a ver reexaminado o seu caso se mostra já satisfeito com a pronúncia da Relação e, por outro, se obteve consenso nas duas instâncias quanto à condenação” (citado Acórdão n.º 451/03)”.



do CPTA); *iv*) procedimentos cautelares com vista a impedir os efeitos lesivos de uma decisão sancionatória adotada ou a adotar (artigos 112.º a 134.º do CPTA).

### § 7. A DETERMINAÇÃO DA JURISDIÇÃO COMPETENTE

A circunstância de as sanções públicas não penais corresponderem a verdadeiras “*decisões administrativas*” não implica que o conhecimento dos fundamentos da sua impugnação jurisdicional seja forçosamente cometido aos tribunais administrativos. Aliás, o próprio legislador ordinário tem optado por conceder aos tribunais judiciais a competência para julgar as impugnações de decisões administrativas condenatórias, em matéria contraordenacional<sup>113</sup>. Opção deveras curiosa – mas hoje profundamente consolidada na ordem jurídica portuguesa –, já que o próprio Eduardo Correia<sup>114</sup>, autor moral (ou instigador) do regime jurídico contraordenacional hoje vigente alertava para os malefícios de manter aquele regime “*refém*” do Direito Penal e preconizava que fossem os tribunais administrativos dotados de competência jurisdicional, em matéria contraordenacional. Isto porque, na sua visão, “*admitir um recurso para os tribunais comuns, seria, afinal, criminalizar decisões que, justamente, se quer que não tenham o sentido das sentenças que aplicam penas criminais*”<sup>115</sup>.

Na prática, esta opção de distribuição de jurisdição, em matéria contraordenacional, tem assentado em três ordens de razões: *i*) escassez e falta de disseminação territorial dos tribunais administrativos<sup>116</sup>; *ii*) maior grau de especialização sobre as matérias substantivas que enformam a situação sancionatória, pelos tribunais judiciais<sup>117</sup>; *iii*) cultura mais garantística dos tribunais criminais e tradição jurisprudencial de ponderação acerca dos direitos fundamentais em processos sancionatórios de natureza penal<sup>118</sup>. Nenhuma

113 Limitando-se a registar esta opção legislativa, ver Cardoso da Costa, 1992: 56; Madureira Prates, 2005: 145-165; Vítor Gomes, 2008: 6-7. Criticando essa solução e propondo a atribuição de competência aos tribunais administrativos, em matéria contraordenacional, em função da sua natureza materialmente administrativa: Dias José, 1991: 37-38; Pedrosa Machado, 1998: 44; Esteves de Oliveira & Esteves de Oliveira, 2006: 24-25; Duarte de Almeida, 2008: 13 e 14.

114 Correia, 1973: 257-281.

115 Correia, 1973: 276.

116 Freitas do Amaral & Aroso de Almeida, 2002: 24; Esteves de Oliveira & Esteves de Oliveira, 2006: 22-23.

117 Esteves de Oliveira & Esteves de Oliveira, 2006: 21-22.

118 Assim, ver o Acórdão n.º 522/2008 (Sousa Ribeiro), do Tribunal Constitucional. Identificando (sem aderir a) este argumento, ver Nieto, 2005: 26.

destas razões mantém a força de outrora. Em primeiro lugar, as sucessivas reformas do mapa judiciário têm permitido aumentar o número de tribunais administrativos, que se encontram, hoje, relativamente disseminados por todo o território nacional; em segundo lugar, a progressiva especialização dos tribunais administrativos em torno do contencioso de regulação e supervisão tem-nos aproximado de um conhecimento mais profundo acerca dos poderes sancionatórios exercidos, cada vez mais, por essas entidades reguladoras; em terceiro lugar, devo ainda salientar que não só os tribunais administrativos estão melhor preparados para conhecer dos vícios do procedimento sancionatório administrativo, como as sucessivas reformas do processo administrativo o têm tornado mais garantístico; por último, nem sequer corresponde à verdade que a solução hoje vigente garanta que sejam sempre os tribunais criminais quem assume essa competência em matéria contraordenacional<sup>119</sup>. Talvez comece, portanto, a justificar-se uma reponderação da solução legislativa hoje vigente.

Mas, independentemente da bondade da solução hoje vigente, decisivo será aferir da admissibilidade constitucional da mesma. Com efeito, apesar da fixação de uma verdadeira “*reserva de jurisdição administrativa*” (cfr. artigo 212.º, n.º 3, da CRP), jurisprudência<sup>120</sup> e doutrina<sup>121</sup> têm vindo a admitir que a atribuição, episódica e justificada, de parcelas de competência jurisdicional a tribunais não administrativos não acarreta, necessariamente, a inconstitucionalidade dessas normas atribuidoras de competência. Claro está, desde que essa opção legislativa não redunde num tal esvaziamento do âmbito da jurisdição administrativa, que culmine numa descaracterização dessa mesma jurisdição.

---

119 Conforme demonstrarei, já de seguida, cabe hoje a um tribunal de competência especializada não criminal – o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – conhecer das impugnações de sanções contraordenacionais que tenham sido aplicadas por decisão das entidades administrativas reguladoras, que ocupam hoje, senão o maior volume das sanções aplicadas, pelo menos a maior fatia do relevo económico das mesmas. Para além disso, nem sequer todas as demais sanções contraordenacionais são alvo de impugnação para os tribunais criminais (ou sequer para os tribunais de competência genérica), visto que – ainda mais, após a reforma do mapa judiciário, que aprofundou a lógica de especialização –, o julgamento das impugnações de sanções contraordenacionais em matéria laboral compete aos tribunais do trabalho, conforme aliás resulta, a mero título de exemplo, do Acórdão n.º 19/2011 (Ana Guerra Martins).

120 Admitindo essa leitura matizada da “*reserva constitucional de jurisdição administrativa*”, ver, entre outros, os Acórdãos n.º 347/97 (Maria Fernanda Palma), n.º 458/99 (Paulo Mota Pinto), n.º 421/2000 (Tavares da Costa), n.º 550/2000 (Sousa e Brito); 284/2003 (Helena Brito), n.º 211/2007 (Vítor Gomes), n.º 522/2008 (Sousa Ribeiro), n.º 632/2009 (Maria João Antunes) e n.º 19/2011 (Ana Guerra Martins), todos do Tribunal Constitucional.

121 Neste sentido, ver Cardoso da Costa, 1992: 39-69; Sérvulo Correia, 1995: 254; Idem, 2005: 586; Vieira de Andrade, 2006: 109-117; Esteves de Oliveira/Esteves de Oliveira, 2006: 21-22. Em sentido divergente, ver Machete, 1995: 160.

Até ver, a fixação de competência material de tribunais situados fora da jurisdição administrativa, para conhecimento de ações de impugnação de decisões de aplicação de sanções públicas não penais não preencherá (ainda) esse desiderato. Contudo, admitindo, por um lado, o crescimento – cada vez mais notório – de vários tipos de normas sancionatórias públicas, associado à consciencialização de uma Sociedade de Risco em permanência<sup>122</sup>, e, por outro lado, a intensificação do movimento de descriminalização de condutas outrora sancionadas com penas privativas da liberdade, poderá ter que vir a equacionar-se se tais soluções infraconstitucionais não se virão a revelar ofensivas da *“reserva de jurisdição administrativa”*. Enquanto tal não sucede, justifica-se frisar que, por ora, apenas<sup>123</sup> a impugnação das *“sanções contraordenacionais”* é cometida ao conhecimento de tribunais situados fora da jurisdição administrativa. Em contrapartida, as *“sanções disciplinares (públicas)”*, as *“sanções financeiras”*<sup>124</sup> e as *“sanções administrativas «stricto sensu»”* permanecem adstritas à jurisdição administrativa, salvaguardando assim o núcleo essencial das situações jurídico-administrativas a ela sujeitas.

De qualquer modo, independentemente da escolha do legislador da jurisdição competente, certo é que deve manter-se presente que as decisões

122 Destacando o *“Direito Sancionatório Público”* como um instrumento privilegiado para enfrentar esse risco permanente e quotidiano, ver Nieto, 2005: 182-183. No plano do Direito Administrativo, esta *“Sociedade de Risco”* tem conduzido a doutrina a ponderar acerca da precariedade intrínseca de decisões administrativas que removem obstáculos ou que habilitam os particulares ao exercício de uma atividade de aproveitamento de determinado bem jurídico, surgindo algumas correntes doutrinárias que sustentam a revogabilidade permanente desses atos administrativos, em função do surgimento de novos conhecimento técnico-científicos que permitam uma nova decisão configuradora do interesse público a salvaguardar. Entre outros, ver Giannini, 1981: 193; Calvão, 2005: 41-42; Amado Gomes, 2006: 237-266; Idem, 2007: *passim* e, em especial, 585-595, 708-720 e 726-753; Colaço Antunes, 2010: 4; Idem, 2012: 332; Cabral de Moncada, 2008: 54-66; Vieira de Andrade, 2011: 156 e 163-164.

123 Ainda assim, não posso deixar de notar que as contraordenações ainda ocupam a fatia de leão das sanções públicas.

124 Conforme tem ensinado a doutrina, o Tribunal de Contas apresenta-se como uma verdadeira entidade administrativa *“sui generis”*, pois, apesar de participar no exercício de um poder de tipo jurisdicional: *i)* não se encontra integrado na hierarquia dos demais tribunais; *ii)* exerce uma competência de controlo da legalidade financeira dos atos praticados por órgãos administrativos, enxertada no próprio procedimento administrativo, no caso do *“controlo prévio”*; *iii)* detém plena autonomia face ao Governo, ainda que se insira na *“administração direta (independente) do Estado”*. Tomando partido por esta qualificação, ver Pinheiro Faria, 1979: 29; Idem, 1983: 1333; Georges Vedel, 1980: 335; Freitas do Amaral, 1995: 290-295. Em sentido divergente, excluindo as *“sanções financeiras”* do domínio do *“Direito Sancionatório Administrativo stricto sensu”*, por estas serem aplicadas por uma entidade de tipo jurisdicional – e, portanto, negando à *“Cours de Comptes”* francesa a qualidade de órgão administrativo, ver Frank Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, cit., 51. A propósito da relação (nem sempre pacífica) entre o Tribunal de Contas e os órgãos encarregues da prossecução da função administrativa, ver Tavares, 2001: 33-38; Idem, 1999: 12-19; Idem, 2008: 38-44; Caupers, 2002: 3-10; Magalhães, 2009: 27-35.

sancionatórias (não penais) constituem, invariavelmente, “*decisões administrativas*”, proferidas por órgãos públicos delas encarregues<sup>125</sup>. Daqui decorre que tais decisões sancionatórias podem enfermar de qualquer um dos vícios típicos dos “*atos administrativos*”<sup>126</sup>. Ora, não raras vezes, a escolha dos tribunais judiciais como jurisdição competente para aferir da sua impugnação contenciosa acarreta consigo uma nefasta (mas, porventura, compreensível) desconsideração, pelo julgador, das especificidades relativas às vinculações de natureza procedimental administrativa e dos respetivos vícios e desvalores dessas decisões sancionatórias, enquanto “*decisões administrativas*”<sup>127</sup>.

Esta tendência foi, aliás, recentemente acentuada com a criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão<sup>128</sup>, que foi concebido como um tribunal especializado, inserido na jurisdição judicial. Sucede porém que, em boa verdade, apesar da amplitude do objeto indiciado pela sua designação, as competências daquele circunscrevem-se ao conhecimento das ações de impugnação de decisões sancionatórias contraordenacionais proferidas por entidades administrativas dotadas de poderes de regulação e de supervisão. A este propósito, importa, aliás, precisar o que se entende por “*revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contra-ordenação legalmente suscetíveis de impugnação*” [cfr. artigo 89.º-B, n.º 1, da LOFTJ]. Numa primeira leitura, dir-se-ia que o preceito autorizaria o conhecimento não só das “*decisões finais condenatórias*”, como igualmente de “*despachos interlocutórios*” proferidos no decurso do procedimento administrativo de tipo sancionatório. Sucede, porém,

---

125 Gomes, 2008: 12.

126 Entre inúmeros outros, pense-se apenas na “*incompetência*” (“*absoluta*” ou “*relativa*”), no “*desvio de poder*”, na “*usurpação de funções*”, na preterição de inúmeras formalidades procedimentais, tais como a “*falta de quórum*”, “*falta de fundamentação*”, “*falta de audiência prévia*” ou de vários outros requisitos formais exigidos à adoção de uma decisão administrativa.

127 Nesse sentido, até alguma doutrina mais renitente a aceitar a aplicação subsidiária do Direito Administrativo às decisões sancionatórias públicas (não penais) concede que os órgãos administrativos estão melhor apetrechados para garantir o cumprimento de normas que impõem ou reclamam conhecimentos técnicos específicos de determinadas áreas sujeitas a supervisão administrativa. Entre esses autores, ver Vilela, 2013: 419-420.

128 O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão foi criado pelo artigo 1.º da Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, que introduziu uma nova alínea *g*) ao artigo 78.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais [LOFTJ], aprovada pela Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro. Mais tarde, por intermédio do Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março, procedeu-se à sua instituição em concreto e à expressa inclusão naquele tribunal no Anexo VI da LOFTJ. Acresce que o artigo 4.º daquele diploma legal determinou que a entrada em funcionamento do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão ocorreria (como ocorreu) com a publicação de portaria ministerial, *in casu*, da Portaria n.º 84/2012, de 29 de março, que, por sua vez, apenas procedeu à instalação do 1.º Juízo daquele mesmo tribunal.

que tem vindo a entender-se que os “*atos reais*” – aqui incluídos quaisquer “*atos interlocutórios*”, independentemente da sua forma –, desde que não dotados de “*eficácia externa*”, não são suscetíveis de impugnação jurisdicional, visto que não traduzem uma posição (horizontal e verticalmente) definitiva da administração pública<sup>129</sup>. Ora, ainda que se fixe como competente um tribunal situado fora da jurisdição administrativa, deve entender-se que, no exercício dessa competência jurisdicional, esse tribunal não pode senão cingir-se à metodologia própria de aferição da conformidade normativa de decisões administrativas sancionatórias.

Em suma, a competência material para controlo jurisdicional de “*sanções públicas não penais*” encontra-se hoje repartida entre a jurisdição administrativa – que conhece da atividade procedimental não decisória da administração pública, em matéria sancionatória, e das sanções públicas não contraordenacionais (e, simultaneamente, não penais) – e a jurisdição judicial – que se cinge ao conhecimento da impugnação de sanções contraordenacionais<sup>130</sup>.

## § 8. AMPLITUDE E MEDIDA DA SANÇÃO

Outro dos argumentos diferenciadores, assente na suposta maior lesividade das sanções penais (por comparação a outras sanções públicas), tem vindo igualmente a ficar fortemente abalado. Desde logo porque, empenhado em garantir o cumprimento escrupuloso dos deveres legais, o legislador tem vindo a prever “*sanções públicas não penais*” cada vez mais intrusivas da esfera jurídica dos particulares. Ao ponto de, não raras vezes, o próprio “*quantum*” das coimas e de outras sanções pecuniárias aplicáveis exceder, em muito, aquele que corresponderia à substituição de uma “*pena privativa da liberdade*” por

129 Ainda assim, não deve adotar-se uma visão demasiado simplista do problema, visto que inúmeros “*atos interlocutórios*” podem interferir diretamente na esfera dos particulares, sendo assim dotados de “*efeitos externos*”. Porém, sempre que tal ocorra, entendo que deve adotar-se uma interpretação restritiva da alínea g) ao artigo 78.º da LOFTJ, no sentido de a compatibilizar com a “*reserva de jurisdição dos tribunais administrativos*” (cfr. artigo 212.º, n.º 3, da CRP), exigindo-se que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão exerça as suas competências, na mesma e exata medida, em que o fariam os tribunais administrativos, ou seja, seguindo a metódica jusadministrativista. Reitero, por conseguinte, que nem todos os “*atos interlocutórios*” são passíveis de impugnação jurisdicional, mas apenas aquelas que sejam portadores de eficácia externa. Só através desta interpretação conforme à Constituição se salvaguardará a não inconstitucionalidade daquele preceito legal. Sob pena de dever ser equacionada a resolução, por via de Direito a constituir, desta brecha no sistema, atribuindo-se expressamente aos tribunais administrativos a competência para conhecer de tais “*atos reais*” dotados de eficácia externa. Sobre a impugnabilidade de “*atos reais*”, ver, por todos, Amado Gomes, 1999: *passim*.

130 Em sentido idêntico, ver Ferreira Antunes, 1997: 37. Exemplo disso elucidativo é o artigo 75.º dos Estatutos da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social, que expressamente distingue entre a competência dos tribunais administrativos (cfr. n.º 1) e a competência dos tribunais judiciais (cfr. n.º 2).

“*pena de multa*”<sup>131</sup>. O grau de lesividade (sobre o património) dos particulares afigura-se de tal modo intenso que aquelas “*sanções públicas não penais*” acabam por suplantar as próprias “*sanções penais*”. Tal não pode deixar de convocar uma especial exigência de acautelamento das “*garantias dos particulares*” face àquela atuação pública<sup>132</sup>.

O Tribunal Constitucional não tem permanecido indiferente a este fenómeno. Pelo contrário, tem sido recorrentemente confrontado com o problema do eventual excesso na previsão (e aplicação) de “*sanções públicas não penais*”, seja por violação do “*princípio da proporcionalidade*” (cfr. artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da CRP), seja mesmo por violação da “*reserva de lei parlamentar*” [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alíneas *b*) e *d*), da CRP]. Desde logo, começando por esta dimensão competencial ou orgânica, importa notar que a própria fixação de um regime geral contraordenacional contribui para a limitação da amplitude e da medida concreta das sanções potencialmente aplicáveis. Com efeito, conforme recentemente notado<sup>133</sup>, o limite máximo das coimas aplicáveis fixado pelo artigo 17.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, não pode deixar de amarrar o legislador governamental. Se é certo que aquele permanece livre para criar novos “*tipos de ilícito contraordenacional*” – pois a Lei Fundamental apenas reserva para o legislador parlamentar a matéria relativa ao seu “*regime geral*” e “*respetivo processo*” [cfr. artigo 165.º, n.º 1, alínea *d*), da CRP] –, não menos certo é que só pode fazê-lo desde que se cinja aos pressupostos fixados pelo regime geral contraordenacional. Por conseguinte, qualquer decisão legislativa, tomada por decreto-lei não autorizado, que fixe coimas superiores a 44.891,92 € redonda numa inconstitucionalidade orgânica.

De qualquer modo, desde que não se suscitem problemas de discrepância entre o regime geral e os diversos regimes criadores de sanções contra-ordenacionais e desde que não se suscitem problemas de falta de competência legislativa governamental, a jurisprudência constitucional tem sido particularmente renitente em controlar os limites da “*medida abstrata*” das sanções a aplicar. Em regra, reconhece uma ampla margem de liberdade para tomada de decisões legislativas e apenas tende a intervir quando se verifique uma

131 Destacando o valor exorbitante das coimas máximas previstas para ilícitos (não penais) financeiros, ambientais ou relativos ao ordenamento do território, ver Otero & Palma, 1995: 562; Ferreira Antunes, 1997: 26-27; Veloso, 2000: 44-45; Degoffe, 2001: 31; Teixeira, 2009: 73-74; Gonçalves, 565; Silva Dias, 2008: 513-514, n.r. 1171.

132 Costa e Silva, 2006: 557-558.

133 Cfr. Acórdão n.º 374/2013 (Maria de Fátima Mata-Mouros), do Tribunal Constitucional.

manifesta violação do “*princípio da proporcionalidade*”, em especial no caso de fixação de sanções flagrantemente excessivas<sup>134</sup>.

Porém, ainda que a verificação da inconstitucionalidade dos montantes fixados a título de coimas fique circunscrita a situações de exceção e manifesta desproporção, certo é que o Tribunal Constitucional não se tem abtido de ponderar as circunstâncias concretas que presidem às tomadas de decisão legislativa. Nesse sentido, têm sido censuradas: *i*) a fixação de uma amplitude muito intensa entre o limite mínimo e o limite máximo, pois tal tenderia a libertar o aplicador (e o julgador) de uma adstrição vinculadora aos critérios de decisão legislativa – “*princípio da legalidade*” [cfr. Acórdão n.º 547/2001 (Prazeres Beleza)]<sup>135</sup>; *ii*) o agravamento dos limites mínimos e máximos em função de uma conduta do interessado à qual não possa ser imputada um particular desvalor da ação ou uma culpa intensa [cfr. Acórdão n.º 313/2013 (Pedro Machete)]<sup>136</sup>.

Aliás, o último daqueles acórdãos evidencia uma notória evolução da posição do Tribunal Constitucional, a propósito da aferição dos limites abstratos das sanções públicas aplicadas, já que aquele não se coibiu de apreciar se a sua

134 A mero título de exemplo, ver os Acórdãos n.º 304/94 (Luís Nunes de Almeida), n.º 575/95 (Sousa e Brito) e n.º 67/2011 (Ana Guerra Martins), todos do Tribunal Constitucional.

135 Dessa feita, discutia-se a constitucionalidade de normas sancionatórias contraordenacionais previstas no Cód.MVM, que habilitavam a aplicação de coimas entre 25.000 € e 2.500.00 €. Ao arrepio da tradicional abordagem seguida pelo Tribunal Constitucional – que consiste na mera afirmação da impossibilidade de aferição concreta de uma alegada desproporção do limite máximo da sanção aplicável –, o Acórdão n.º 547/2001 (Prazeres Beleza) optou por centrar a sua análise da violação do “*princípio da legalidade sancionatória*”. Com efeito, aquele aresto acabou por concluir que a fixação de uma amplitude muito pronunciada entre os montantes mínimo e máximo da coima a aplicar transferiria para o julgador o poder de determinar o próprio desvalor da conduta praticada, sem um critério objetivo fixado pelo legislador, pois a sanção situar-se-ia num intervalo em que a sanção máxima poderia corresponder a um montante 100 (cem) vezes superior à da sanção mínima. Sobre esta decisão, ver Prata Roque, 2009: 434-437.

136 O Tribunal Constitucional tem vindo a ser sucessivamente confrontado com diversas interpretações extraídas da conjugação dos artigos 3.º, n.º 1, alínea *b*), e 9.º, n.º 1, alínea *a*), e 3, ambos do Decreto-Lei n.º 156/2005, de 15 de setembro, relativamente ao agravamento – em relação a pessoas coletivas, de € 3 500 para € 15 000 - do limite mínimo da coima que sanciona o fornecedor de bens ou prestador de serviços que não faculte imediatamente o livro de reclamações, no caso de ser requerida pelo utente a presença da autoridade policial a fim de remover essa recusa ou de que essa autoridade tome nota da ocorrência. Tais interpretações diferem em função de o fornecedor de bens ou prestador de serviços persistir ou não na recusa de disponibilização do livro de reclamações, após comparência da autoridade policial no estabelecimento comercial. Através dos Acórdãos n.º 62/2011 (Maria João Antunes) e n.º 132/2011 (Catarina Sarmento e Castro), o Tribunal Constitucional considerou que uma interpretação, extraída daqueles preceitos, que permitisse o agravamento da coima, em caso de persistência da recusa de apresentação do livro de reclamações não seria inconstitucional. De modo ainda mais intenso, o Acórdão n.º 67/2011 (Ana Guerra Martins) mais acrescentou que, mesmo que o fornecedor de bens ou prestador de serviços se conformasse à imposição legal, após a comparência da autoridade policial – ou seja, disponibilizando o livro de reclamações –, se manteria um juízo de não constitucionalidade, visto que a agravação visa punir a não garantia imediata do direito dos consumidores à reclamação.

fixação, pelo legislador, acautela o respeito por princípios fundamentais num Estado de Direito Democrático, como o “*princípio da culpa*” ou o “*princípio da proporcionalidade*”. Dessa feita, concluiu-se, precisamente, pela inconstitucionalidade de uma solução interpretativa que permita o agravamento da sanção a aplicar, quando não seja imputável ao particular uma conduta censurável que preencha (objetivamente) os pressupostos desse mesmo agravamento. Esta mudança de orientação jurisprudencial corresponde a uma “*posição inquisitiva*” do preenchimento concreto das exigências de proporcionalidade, que não posso deixar de louvar. Aliás, devo ainda notar que esse juízo de ponderação deveria ser formulado em concreto, de modo a evitar – como sucede com a esmagadora maioria das normas sancionatórias contraordenacionais – quer um “*acréscimo automático das coimas aplicáveis a pessoas coletivas*”, quer uma “*ausência de diferenciação em função do volume de negócios*”<sup>137</sup>, quer ainda de eventuais situações de “*concurso com outras sanções públicas*”.

Ainda assim, importa aguardar por mais desenvolvimentos na tramitação daquele processo, visto que, em função da contradição com o Acórdão n.º 67/2011, o primeiro foi alvo de recurso obrigatório para o Plenário. Cabe, portanto, esperar pela tomada de posição definitiva do coletivo de juízes sobre esta questão<sup>138</sup>.

## § 9. AS NORMAS SANCIONATÓRIAS ADMINISTRATIVAS EM BRANCO

Por razões intimamente ligadas à dificuldade de antecipação da evolução de parâmetros técnicos ou científicos que necessitem ser integrados nos elementos típicos dos ilícitos (não penais) a sancionar, o legislador adota, não

137 De futuro, seria ainda de considerar não só o volume de negócios do sujeito passivo da sanção pública não penal, como também outros critérios financeiros, tal como o património social detido, as receitas de publicidade ou o lucro efetivo auferido. Qualquer um destes critérios permitiria uma aplicação mais consentânea da sanção devida, com efetiva consideração das concretas características do sujeito passivo. Evidentemente, a tomada em consideração dessas características pessoais poderia ser extraída, por via da aplicação subsidiária do artigo 71.º do Código Penal, que rege a determinação da medida concreta da pena.

138 Ainda que as decisões proferidas em sede de recurso para o plenário (artigo 79.º-D da LTC) não gozem de uma eficácia “*erga omnes*”, mas apenas produzam efeito de “*caso julgado*” no âmbito daquele concreto processo de fiscalização concreta, certo é que as mesmas exercem um “*efeito mitigado de precedente*”, visto que os juízes que compõem o coletivo passam a poder antecipar qual a decisão previsivelmente tomada a final, caso as suas decisões sejam divergentes da posição maioritariamente adotada em plenário. Por conseguinte, apesar de tais decisões não se revestirem de um verdadeiro “*efeito uniformizador*” – visto que a futura divergência decisória não fica prejudicada por qualquer efeito automático do precedente –, elas não deixam de exercer um “*efeito harmonizador*”, por via indireta (ou mitigada), já que incentivam a conformação dos juízes com a jurisprudência fixada em plenário. Sobre este “*efeito mitigado de precedente*”, ver Prata Roque, 2013a: 100; Idem, 2013b: 168.



raras vezes, “*normas sancionatórias em branco*”<sup>139</sup>. Através delas, garante-se o respeito pelo “*princípio da legalidade*”, mediante a remissão do concreto conteúdo prescritivo de uma parcela da norma que prevê a sanção a aplicar (“*norma remissiva*”) – qualquer seja a sua natureza: contraordenacional, disciplinar, financeira ou administrativa, em sentido estrito – para uma outra norma integradora (“*norma complementar*”), através da qual se fixam os elementos exclusivamente técnicos mencionados na primeira norma<sup>140</sup>. O recurso a este tipo de “*normas sancionatórias em branco*” transporta consigo uma dificuldade acrescida que resulta da circunstância de a própria “*norma remissiva*” poder reenviar o aplicador para normas provenientes de fontes jurídicas de gênese privada. Assim sucede porque, não raras vezes, a própria “*norma complementar*” decorre de fontes normativas de gênese não estadual, como, por exemplo, os “*códigos de conduta*”<sup>141</sup> ou os “*padrões técnicos globais*”<sup>142</sup>, gerados por estruturas de cooperação societária de tipo privado, ou seja, de normas não diretamente provenientes de atos jurídico-públicos.

Em breve síntese, as “*normas sancionatórias em branco*” suscitariam delicados problemas de compatibilização, pelo menos, com os seguintes princípios gerais de Direito Sancionatório Público: a) “*princípio do Estado de Direito*” (na sua

139 Historicamente, esta ideia de “*normas sancionatórias em branco*” encontra-se associada à categoria das “*contravenções*”, pela primeira vez elencada pelo Código Penal prussiano de 1851 e pelo Código Penal do II Reich alemão, de 1871, que procederam a uma tripartição entre “*crimes*” (“*Verbrechen*”), “*delitos (de polícia)*” (“*Vergehen*”) e “*contravenções*” (“*Übertretungen*”). Estas últimas correspondiam a infrações de normas de natureza jurídico-administrativas, implicando, não raras vezes, a remissão do conteúdo preceptivo das mesmas para “*regulamentos administrativos*” onde se detalhava o conteúdo do dever jurídico a cumprir. Assim, ver Bohnert, 2006: 8-9.

140 Para maior desenvolvimento, ver Madureira Prates, 2005: 83-84; Prata Roque, 2014: 630-634.

141 Na medida em que certos setores económicos de interesse geral se encontram sujeitos não só a um regime de “*heteroregulação*”, mas igualmente a um sistema de “*autorregulação*” – em que imperam os “*códigos de conduta*” ou “*códigos de boas práticas*” –, não raras vezes a violação dessas regras de conduta (hetero ou autoimpostas) implicam uma responsabilidade sancionatória de tipo administrativo, fundada numa norma legal aberta (“*norma sancionatória em branco*”) que remete a plena densificação do tipo de ilícito administrativo para a norma de conduta decorrente dessa “*heteroregulação*” ou “*autorregulação*”. Assim, ver Adérito Teixeira, 2009: 109-110.

142 Um elucidativo exemplo deste tipo de “*norma de acolhimento*” resulta do artigo 1.º da Portaria n.º 22/2013, de 23 de janeiro, que determinou a aprovação da lista de substâncias e de métodos proibidos em competições desportivas; lista essa que, por sua vez, foi adotada pela Associação Mundial Antidopagem, em complemento ao respetivo Código Mundial Antidopagem. Ainda que seja discutível a sua inserção formal numa portaria governamental, pode concluir-se pela sua natureza de “*norma de acolhimento*” – ou, no fundo, de “*norma administrativa em branco*” –, ainda que provindo de fonte regulamentar. Por referência ao ordenamento jurídico-administrativo alemão, Wolfgang Durner (cfr. 2007: 145) refere ainda diversas “*normas administrativas em branco*” que exercem essa função de acolhimento e remissão para “*padrões técnicos*” globais, designadamente, em matéria de estudos de impacte ambiental e de prevenção do risco de lesão de bens jurídico-ambientais.

vertente de “*princípio da segurança jurídica*”); b) “*princípio democrático*”; c) “*princípio da proibição da indefesa*”.

Desde logo, é de excluir a aplicação direta do “*princípio da legalidade penal*” (cfr. artigo 29.º, n.º 1, da CRP) às “*normas sancionatórias em branco*” – desde que excluídas, como será óbvio, as que assumam uma natureza materialmente penal –, já que aquelas normas não compartilham do especial desvalor ético associado às condutas criminosas<sup>143</sup>. Daqui não resulta, porém, a subtração das “*normas sancionatórias em branco*” (não penais) ao “*princípio do Estado de Direito*”, na sua vertente de proteção da “*segurança jurídica*”. Desde logo, porque tal princípio não pode deixar de conter uma garantia de “*certeza na orientação*” e de “*segurança na implementação*”<sup>144</sup>. Ora, no momento em que determinado particular adota determinada conduta, forçoso se torna que o legislador (democraticamente legitimado) tenha fixado – de modo esclarecedor, inequívoco e objetivamente cognoscível – quer um comando proibitivo, quer o correspondente comando sancionatório da conduta proibida<sup>145</sup>. Assim, qualquer norma que implique uma compressão sensível de direitos subjetivos dos indivíduos (e das pessoas coletivas públicas privadas) deve sempre estrita obediência ao “*princípio da segurança jurídica*”, que decorre diretamente da ideia de “*Estado de Direito*”<sup>146</sup>.

No plano do “*princípio democrático*”, poder-se-ia questionar se a força vinculativa e conformadora dessas “*normas sancionatórias em branco*” goza da devida legitimação democrática, sempre que as “*normas complementares*” decorram ou de

143 Importa, porém, notar que a crescente criação de novos tipos de ilícito penal – associada aos avanços tecnológicos e ao incremento dos danos potenciais resultantes da Sociedade do Risco – tem conduzido a uma distinção, no seio do próprio Direito Penal, entre “*delicta in se*” e “*delicta prohibita*”. Estes últimos mantêm a sua natureza juspenal, ainda que – em função de decisões de política legislativa – possam ser desgraduados em meros “*ilícitos administrativos*” (contraordenacionais ou outros). Sobre esta distinção, fundada na intensidade do desvalor ético, ver Ferreira Antunes, 1997: 17; Silva Sánchez, 1999: *passim* e, em especial, 131-134; Silva Dias, 2003: 303-345; Idem, 2008: *passim* e, em especial, 579-581 e 757-760; Lumbrales, 2006: 16-17; Huergo Lora, 2007: 143-153; Vilela, 2013: 194-201.

144 A doutrina germânica refere-se, habitualmente, a esta conceção dualista do “*princípio da segurança jurídica*”, que se desdobra numa “*certeza na orientação*” (“*orientierungssicherheit*”) e numa “*segurança na implementação*” (“*realisierungssicherheit*”). Assim, ver Geiger, 1987: 63-66; Zippelius, 2010: 216.

145 É precisamente por isso que Madureira Prates exige que: “[p]ara que um descumprimento possa ser legitimamente sancionado pela Administração é preciso, antes de mais, que preexistia ato normativo prevendo expressamente que esse descumprimento é um ilícito punível no plano administrativo. (...) Sem a prévia e expressa previsão normativa de punibilidade, um descumprimento permanece neutro perante o poder administrativo sancionador, não podendo gerar consequências desfavoráveis para o administrado no domínio das sanções administrativas gerais” (cfr. 2005: 71). Em sentido idêntico, ver Madureira Prates, 2008: 7.

146 Assim, extraindo o “*princípio da legalidade*”, no âmbito do Direito Sancionatório Público, do “*princípio do Estado de Direito*” – e não diretamente do “*princípio da legalidade penal*” –, ver Nieto, 2005: 201-217; Pinto de Albuquerque, 2011: 32-33.

juízos meramente técnicos, proferidos por entidades privadas a quem a Constituição não concedesse, de modo direto, o exercício de poder normativo, ou de decisões normativas de tipo infralegislativo, ou seja, de meros atos regulamentares adotados ao abrigo de poderes administrativos. Estando em causa a restrição de direitos, liberdades e garantias – a mero título de exemplo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana, a liberdade de imprensa ou a liberdade de associação – ou, pelo menos, de direitos a eles análogos – *v.g.*, o direito à propriedade privada e a liberdade de iniciativa privada –, suscita-se o problema da exigência de *“reserva de lei”* para que se proceda à fixação e imposição de uma sanção administrativa sancionatória, qualquer que seja a sua tipologia.

A ponderação destes vários valores conflituantes já foi tida em conta pelo Tribunal Constitucional<sup>147</sup>, precisamente a propósito de uma *“norma sancionatória em branco”*, relativa à efetivação da responsabilidade financeira dos titulares de cargos políticos – a saber, o artigo 65.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas<sup>148</sup>. Trata-se, portanto, de uma norma da subespécie das *“normas sancionatórias financeiras”*. Dessa feita, aquele Tribunal teve oportunidade de fundamentar a autonomização constitucional desta tipologia de sanções públicas, afastando assim a aplicação direta do regime aplicável às sanções penais (ou até contraordenacionais)<sup>149</sup>. E mais

147 Refiro-me ao Acórdão n.º 635/2011 (Ana Guerra Martins), do Tribunal Constitucional. Em momentos anteriores, aquele Tribunal já havia apreciado a admissibilidade constitucional de *“sanções disciplinares (públicas) em branco”* [cfr. Acórdão n.º 666/94 (Messias Bento)] e de *“normas sancionatórias contraordenacionais em branco”* [cfr. Acórdão n.º 41/2004 (Maria Fernanda Palma)], frisando que as mesmas deveriam oferecer garantia de *“determinabilidade mínima”* do seu conteúdo.

148 Para comodidade de leitura, refira-se que a redação literal do referido preceito daquele diploma legal, aprovado pela Lei n.º 98/97, de 25 de agosto, e com a redação atual que lhe foi conferida pela Lei n.º 48/2006, de 29 de agosto, determina o seguinte: *“Artigo 65.º (Responsabilidades financeiras sancionatórias) 1 – O Tribunal de Contas pode aplicar multas nos casos seguintes: (...) b) Pela violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos; (...)”*.

149 Ali foi expressamente dito que: *“6. A Constituição da República Portuguesa menciona o Tribunal de Contas no seu artigo 214.º, qualificando-o como o ‘órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe’. De entre as competências que a Constituição atribui ao Tribunal de Contas, no n.º 1 do referido preceito, consta a de ‘efectivar a responsabilidade por infrações financeiras, nos termos da lei’. Ou seja, a Constituição admite que o Tribunal de Contas tem competência para aplicar sanções por violação de regras financeiras, remetendo para a lei as suas concretas delimitação e determinação. Perante a norma constante do artigo 214.º, n.º 1, al. c), da CRP não se vislumbra como se poderá sustentar a tese da recorrente de que a Constituição consagra um princípio da tipicidade dos ilícitos e limita as sanções a três tipos – as de carácter penal, disciplinar e contra-ordenacional. Ora, sendo assim, a norma sancionatória em análise não tem, por imposição constitucional, de se reconduzir a nenhuma das três categorias acima referidas, fazendo parte de um tipo autónomo de responsabilidade sancionatória – a financeira – o que significa que, directa e imediatamente, o princípio da legalidade penal constante do artigo 29.º, n.º 1, da CRP não se aplica no caso concreto”*.

esclareceu que remissão operada por aquela norma para as normas reguladoras “da assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos” não afetaria, nem afastaria – naquele caso concreto – a possibilidade (objetiva) de motivação da conduta por parte do sujeito passivo daquela norma sancionatória em branco, visto que a recorrente era titular de um cargo político autárquico e, por conseguinte, lidava quotidianamente com as normas relativas a contratação pública, relativas aos limites pecuniários do “ajuste direto” e do “concurso público”.

Em suma, o Acórdão n.º 635/2011 frisa bem que a previsão de uma “norma sancionatória em branco” exige que o conteúdo precativo mínimo da norma seja fixado pela “norma de remissão” e que da sua combinação com a “norma complementar” resulte uma cognoscibilidade razoável do respetivo conteúdo – “condição de determinabilidade”<sup>150</sup>. De onde se pode extrair que uma “norma sancionatória em branco” desprovida desse conteúdo precativo mínimo – designadamente, por não ser exigível ao destinatário conhecer o comando normativo apenas constante da “norma complementar”, em função da onerosidade de acesso à fonte onde a mesma foi consagrada – atenta contra o “princípio da segurança jurídica”, ficando assim ferido de inconstitucionalidade. Porém, o mesmo acórdão realça a imprescindibilidade de aferição dos conhecimentos concretos detidos pelo agente<sup>151</sup>, pois as suas características específicas podem indiciar

150 No fundo, o Tribunal recupera o raciocínio que já tinha vindo a adotar quanto às “normas penais em branco”, de acordo com o qual aquelas só seriam admissíveis se: i) houver garantia de um “mínimo de determinabilidade”; ii) o elemento mutável estiver dependente de critérios de natureza técnica. Entre outros, ver os Acórdãos n.º 299/92 (), n.º 427/95 (), n.º 534/98 e n.º 115/2008 (), todos do Tribunal Constitucional. Como já havia afirmado o Acórdão n.º 458/93: “17. O princípio da precisão ou determinabilidade das leis implica que o legislador elabore normas jurídicas claras, susceptíveis de interpretação que conduza a um sentido inequívoco, e que tenham a suficiente densidade, de forma a constituírem uma medida jurídica capaz de alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos, traduzindo uma norma de actuação para a Administração, possibilitando, como norma de controlo, a fiscalização de legalidade e a defesa dos direitos e interesses protegidos (...)”. Aceitando a previsão de “normas sancionatórias em branco”, desde que as mesmas garantam essa “determinabilidade”, ver Nieto, 2005: 265-270 e 297-347. Em sentido idêntico, reportando-se à violação de normas constantes de “códigos de conduta”, ver Teixeira, 2009: 111.

151 Comprovando esta conclusão, ver a seguinte passagem do Acórdão n.º 635/2011: “Atenta a centralidade da norma de determinação do tipo de procedimento a adoptar, quanto a contratos de empreitada de obra pública [artigo 48.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 59/99], que constitui preceito incontornável e por demais conhecido de qualquer titular de cargo político, em especial, de um titular de um cargo de âmbito autárquico, não se vislumbra de que modo é que a remissão operada pela alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º da Lei n.º 98/97, na redação conferida pela Lei n.º 48/2006, coloca em causa o princípio da precisão ou da determinabilidade prévia da norma sancionatória, nem tão pouco o princípio da segurança jurídica. Determinando esta última norma que haja lugar a responsabilidade financeira dos titulares de cargos públicos quando sejam violadas normas legais reguladoras “da assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos”, torna-se objectivamente apreensível pelos destinatários da referida norma que a violação de regras relativas à escolha do procedimento de celebração de contratos de empreitada pública se encontra abrangida por aquela tipificação sancionatória”.

essa possibilidade de conhecimento objetivo acerca do conteúdo impositivo da “*norma sancionatória em branco*”.

#### § 10. CUMULAÇÃO DE PODERES INSTRUTÓRIOS E DE PODERES DE DECISÃO SANCIONATÓRIA

Um último indício da autonomia juscientífica do Direito Sancionatório Público (não penal) resulta da inexistência de uma regra específica que determine a segmentação entre a identidade do órgão encarregue do exercício de “*competência instrutória*” e do exercício de “*competência decisória*”. Com efeito, ao contrário do que sucede no âmbito do Direito Penal (cfr. artigo 32.º, n.º 5, da CRP), não pode dizer-se que vigore, de modo direto, um “*princípio do acusatório*”, nos termos do qual quem investiga o cometimento do “*ilícito administrativo*” não pode, de igual modo, decidir acerca da sua comissão e da sua eventual punição<sup>152</sup>.

Sem prejuízo de alguns regimes excepcionais<sup>153</sup>, certo é que, na esmagadora maioria dos casos, cabe ao mesmo e exato órgão investigar e decidir sobre a

152 Sousa Mendes, 2009: 223; Pinto de Albuquerque, 2011: 119 e 140; Vilela, 2013: 419-420.

153 Um dos exemplos mais impressionantes nem sequer diz respeito ao “*ilícito contraordenacional*”, mas antes a um típico “*ilícito financeiro*” – já anteriormente (cfr. § 3) integrado como uma das subtipologias do “*Direito Sancionatório Público*” – e traduz-se no “*poder sancionatório financeiro*” de que dispõe o Tribunal Constitucional, enquanto competência de primeira instância, relativamente a delitos financeiros praticados pelos partidos políticos e pelos respetivos mandatários financeiros. Com efeito, enquanto os artigos 23.º, n.º 1, 24.º, n.º 2, e 33.º, n.º 1, da Lei do Financiamento dos Partidos Políticos e das Campanhas Eleitorais (aprovada pela Lei n.º 19/2003, de 20 de junho, e de acordo com a redação conferida pela Lei n.º 1/2013, de 03 de janeiro), conferem ao Tribunal Constitucional a “*competência de decisão*”, o artigo 24.º, n.º 2, do mesmo diploma legal confere “*competência instrutória*” à Entidade das Contas e Financiamentos Políticos. O segundo exemplo emblemático já diz respeito ao “*Direito Sancionatório Contraordenacional*”. Por força do artigo 38.º do Código da Publicidade (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, de acordo com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril), a “*competência instrutória*”, relativamente a contraordenações relativas à publicidade cabe ao Instituto do Consumidor, ressalvadas as contraordenações em matéria de publicidade de cuidados médicos ou de medicamentos ou as cometidas por intermédio de meios de comunicação televisivos, que cabem respetivamente, à Direção-Geral dos Cuidados de Saúde Primários, à Direção-Geral dos Assuntos Farmacêuticos e aos respetivos serviços competentes nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, e, quanto às contraordenações televisivas, à ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social. Já a “*competência decisória*” fica atribuída à Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade, tal como estabelecida no artigo 39.º do Código da Publicidade. A mesma solução dualista – de repartição entre “*competência instrutória*” do Instituto do Consumidor e “*competência decisória*”, pertencente àquela Comissão de Aplicação de Coimas – é reproduzida pela Lei da Publicidade Rodoviária (vide os artigos 9.º, n.º 1, e 10.º, n.º 1, da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro).

Pode ainda referir-se o regime das contraordenações relativas à promoção e comercialização de bens integrados e distribuídos por jornais ou outras publicações periódicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 331/2007, de 9 de outubro. Na verdade, o artigo 4.º, n.º 1, daquele diploma legal, incumbe a Autoridade da Segurança Alimentar e Económica (ASAE) e a Direção-Geral do consumidor (DGC) da “*competência instrutória*”, relativamente a contraordenações por violação de deveres jurídicos de indicação do preço das

sanção a aplicar. Cumulam-se, assim, “*competência instrutória*” e “*competência decisória*”<sup>154</sup>, ainda que o exercício desta última possa vir a ser impugnado perante os tribunais. Isto não significa, porém, que a referida cumulação permita um desrespeito dos direitos e garantias do sujeito privado e, em especial, do “*princípio da imparcialidade*”. Com efeito, qualquer órgão administrativo – encarregue do exercício de poder sancionatório público – permanece sempre vinculado ao respeito dos princípios gerais de Direito Constitucional Administrativo, entre os quais, o referido “*princípio da imparcialidade*” (cfr. artigo 266.º, n.º 2, da CRP). Esse tem sido, aliás, o entendimento do Tribunal Constitucional, que não tem reputado de inconstitucionais normas jurídicas que permitem essa cumulação de competências instrutórias e decisórias, ainda que de tipo sancionatório<sup>155</sup>.

Desde logo, na linha daquela jurisprudência constitucional, importa frisar que o Direito Sancionatório Público (não penal) implica, invariavelmente, uma cisão entre a “*fase administrativa*”, de tramitação procedimental com vista à tomada de decisão sancionatória (ou absolutória) e a “*fase jurisdicional*”, em que um tribunal afere dos fundamentos de impugnação daquela decisão<sup>156</sup>. Daqui resulta não serem convocáveis nem o n.º 4 do artigo 20.º, nem tão pouco o n.º 5 do artigo 32.º da CRP, quando esteja em causa a aferição da legalidade da atuação do órgão administrativo, uma vez que aqueles comandos

---

unidades ou fascículos integrados e distribuídos, no caso da primeira, e de contraordenações em matéria de publicidade, no caso da segunda. A “*competência decisória*” não cabe, porém, às mesmas entidades administrativas, antes encontrando-se atribuída à Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria Económica e de Publicidade, por força do artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 331/2007.

Outro desses exemplos corresponde aos n.ºs 2 e 3 do artigo 28.º da Lei sobre a Exposição Voluntária ao Fumo do Tabaco, aprovada pela Lei n.º 37/2007, de 14 de agosto, opera uma cisão entre a “*competência instrutória*” da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) ou da Direção-Geral do Consumidor – consoante o “*delito contraordenacional*” seja praticado em estabelecimento comercial sob supervisão da ASAE (ou não) –, e a “*competência decisória*” que cabe à Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade.

Por fim, veja-se ainda o caso das contraordenações em matéria de jogo ilegal, cuja “*competência instrutória*” cabe às autoridades policiais atuantes, figurando o Serviço de Inspeção de Jogos do Turismo de Portugal, I.P. como serviço técnico consultivo e pericial, e cuja “*competência decisória*” é exercida pelo membro do Governo responsável pela área da administração interna, ainda que possa delegá-la (cfr. artigo 164.º, n.ºs 1 e 2, da Lei do Jogo).

154 Registando esta realidade, ver Vilela, 2013: 378. Por sua vez, preconizando, “*de iure condendo*”, uma progressiva separação entre a “*competência instrutória*” e a “*competência decisória*”, ver Soares Ribeiro, 2003: 136-137; Veloso, 2003:274; Marques: 2007, 64; Sousa Mendes, 2009: 223; Soares da Veiga, 2009: 148; Catarino, 2010: 716, 723 e 750.

155 Assim, ver Acórdãos n.º 278/2011 (Ana Guerra Martins), n.º 595/2012 (Vítor Gomes), e n.º 49/2013 (Catarina Sarmiento e Castro), todos do Tribunal Constitucional.

156 Vilela, 2013: 378-390.

constitucionais apenas se aplicam à tramitação processual perante os órgãos jurisdicionais. Nem sequer por via de um raciocínio analógico se poderia aplicar aqueles preceitos, visto que subsistem outras normas constitucionais especiais que regem a atuação do órgão competente para a “fase administrativa”. É, aliás, por isso que a jurisprudência constitucional tem entendido<sup>157</sup> – e bem – não serem de aplicar diretamente comandos constitucionais consagradores de direitos e garantias de natureza penal – *v.g.*, o princípio da legalidade penal –; isto é, porque a proteção dos particulares sujeitos ao exercício de outros poderes sancionatórios públicos se alcança, de modo satisfatório, através da aplicação de outras normas jurídico-administrativas, especiais ou gerais<sup>158</sup>.

Especificamente sobre a cumulação de competências instrutórias e decisórias, poderia discutir-se se a aplicação subsidiária das garantias de defesa em processo penal – resultante do n.º 10 do artigo 32.º da CRP – apenas abrange a “fase jurisdicional”, de impugnação de sanção pública não penal ou se, pelo contrário, se estenderia à respetiva “fase administrativa”, de procedimentalização tendente à decisão sancionatória. Estou em crer que tal preceito deve ser interpretado restritivamente, de modo a circunscrever-se às garantias de audiência e de defesa perante o competente órgão jurisdicional. Tal resulta, aliás, do emprego da expressão “processos sancionatórios”, ao invés de “procedimentos sancionatórios”. De qualquer modo, mesmo que assim não fosse, certo é que sempre vigorariam normas especiais reguladoras do procedimento administrativo tendente à tomada de decisão administrativa sancionatória<sup>159</sup>.

O principal desses mecanismos radica no vício de “desvio de poder”<sup>160</sup>, que opera como consequência da violação concreta do “princípio da imparcialidade”.

157 Sobre este problema, com indicação da correspondente jurisprudência, ver o § 9 do presente estudo.

158 Em defesa deste entendimento, ver Nieto, 2005: 27 e 201-217.

159 Noto, a mero título de exemplo, que inúmeras normas especiais determinam até a cisão entre a “competência para atuar” – ou seja, para verificar e registar a ocorrência de factos indiciadores da prática de um “ilícito administrativo” passível de sanção – e a “competência instrutória”. Veja-se a solução imposta pelo artigo 16.º do Regime Jurídico das Contraordenações Laborais e contra a Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, que determina que “o atuante ou o participante não podem exercer funções instrutórias no mesmo processo” ou ainda a que resulta do artigo 48.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações Ambientais (aprovada pela Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto), que garante que o participante ou o atuante não exerce essa “competência instrutória”, precisando como forma de reforçar as exigências de “imparcialidade” durante a “fase administrativa”. Identificando esta cisão entre “competência de atuação” e “competência instrutória” como uma “garantia de imparcialidade”, ver Pereira da Silva, 2009: 290; Pinto de Albuquerque, 2011: 119.

160 Identificando o “desvio de poder” como um dos possíveis vícios das decisões administrativas sancionatórias, ver Rougevin-Baville, 2001: 291-292.

Ora, o “*desvio de poder*” tanto corresponde a um exercício abusivo de poderes discricionários com vista à prossecução de “*interesses privados*”, como pode igualmente traduzir-se numa prossecução de “*interesse públicos*” divergentes daqueles que presidiram e fundamentaram a tomada de decisão legislativa que autorizou o recurso à discricionariedade<sup>161</sup>. Ora, qualquer decisão administrativa sancionatória que condene determinado sujeito, com o intuito de prosseguir finalidades predominantemente endoburocráticas dos serviços dependentes do órgão com competência decisória – por exemplo, a mera arrecadação de receita, por via da aplicação de coimas ou de outras sanções pecuniária –, padece do vício de “*desvio de poder*”. Torna-se, portanto, indispensável que o julgador das sanções públicas não penais domine, com destreza, a metodologia específica do Direito Administrativo, pois só assim pode aferir, em plenitude, da legalidade da decisão sancionatória.

A abordagem casuística desenvolvida até aqui permite-nos, de modo impressionante, comprovar as especificidades dos procedimentos sancionatórios públicos (não penais). Nela se antevê, quase em tinta invisível, essa “*bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo*”<sup>162</sup>. Uma adequada solução dos dilemas colocados por esta inovadora e crescente metodologia sancionatória – com proteção simultânea do “*interesse público*” e das “*garantias dos particulares*” – exige um esforço multidisciplinar que permita uma síntese reconstrutiva dos parâmetros que balizam o Direito Sancionatório Público<sup>163</sup>.

Se qualquer nova obra carece de ser consolidada sobre a robustez de alicerces já experimentados, certo é que o traço de génio de um arquiteto atento às inovações do tempo que passa exige-lhe que corra o risco de testar novas soluções.

Mesmo que o traço que desenha essa bissetriz possa não ser, por ora, tão nítido e vigoroso quanto ambicionado.

161 Com efeito, o “*desvio de poder*” corresponde a uma desconsideração da finalidade que presidiu à concessão, pelo legislador, de um poder predominantemente discricionário. Ora, essa finalidade pode desdobrar-se entre um “*interesse público geral*”, de índole estadual, e em vários “*interesses públicos especiais*”, que tanto podem ser de âmbito regional, local ou institucional (ex: institutos públicos, empresas públicas, universidades), quando sejam prosseguidos por pessoas coletivas públicas distintas do Estado. Portanto, tanto pode ocorrer um “*desvio de poder*” com vista à prossecução de “*interesses privados*” – o que, admite-se, corresponderá a uma situação mais frequente –, como pode verificar-se um exercício de poder discricionário que prossiga um “*interesse público*” distinto daquele que a lei pretendeu prosseguir. Assim, ver Rebelo de Sousa, 1999: 114; Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2007: 157; Freitas do Amaral, 2011: 433.

162 Sobre estes vasos comunicantes permanentes entre Direito Penal e Direito Administrativo, ver Auby, 1952: 111; Degoffe, 2001: 27-33; Robert, 2001: 90; Goldschmidt, 1992: em especial, 577 e 584; Nieto, 2005: 32.

163 Manifestando a mesma preocupação juscientífica, procurando obviar a um risco de diluição do mesmo no Direito Penal, ver Ostendorf, 1994: 335; Huergo Lora, 2007: 15; Sousa Mendes, 2009: 224.



**BIBLIOGRAFIA**

ABRAHAM, Ronny

- 1992 «Les incidences de la CEDH sur le droit constitutionnel et administratif des États parties», in *RUDH*, vol. 4, n.º 10-11, pp. 409-418.
- 1996 «Le juge administratif français et l.ªa Cour de Strasbourg», in *Quelle Europe pour les Droits de l'Homme* (organizado por Paul Tavernier), Bruxelles: Bruylant.
- 1997 «Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe: l'influence des jurisprudences européennes», in *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 9, n.º 3, pp. 577-593.

ABRANCHES PINTO, Nuno

- 2009 *Instituto Disciplinar Laboral*, Coimbra: Coimbra Editora.

ACHENBACH, Hans

- 2008 „Ahndung materiell sozialschädlichen Verhaltens durch bloße Gelduße? Zur Entwicklung und Problematik “großer” Wirtschafts-Ordnungswidrigkeiten“, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 155, n.º 1, pp. 1-17.

AGOSTINO, Francesco D'

- 1958 “Sanzione (Teoria Generale)”, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè.

AMADO GOMES, Carla

- 1999 *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública e do seu Contributo Jurisdicional*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2006 “Mudam-se os tempos, mudam-se os actos administrativos... Contributo para a construção de um regime de modificação do acto administrativo por alteração superveniente dos pressupostos”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 237-266.
- 2007 *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora.

ANGELIS, Francesco de

- 1988 «Le corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne: origines e perspectives», in *Recueil Dalloz*, n.º 22, pp. 221-222.

AUBRY, Jean

- 1901 “De la notion de territorialité en droit international privé (II)”, in *Journal de Droit International Privé*, n.º 28, pp. 253-273.

AUBY, Jean-Marie

- 1952 “Les sanctions administratives en matière de circulation”, in *Recueil Dalloz*, n.º XXV, pp. 111-118.

BACELAR GOUVEIA, Jorge

1997 “A irretroatividade da norma fiscal na Constituição Portuguesa”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* 387, pp. 49-96.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel

2002 “La unidad del derecho sancionador”, in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (org. Antonio Cabanillas Sánchez), Volume 4, pp. 6683-6714.

BARROSO BATISTA, Luís

2011 *A Sanção Pecuniária Compulsória no Contencioso Administrativo Autárquico – Instrumento ao serviço da tutela jurisdicional efectiva*, Coimbra: Coimbra Editora.

BARTIN, Étienne

1930 *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Volume I, Domat-Montchrestien.

BELEZA DOS SANTOS, José

1936 *Direito Criminal (Preleções coligidas por Hernani Marques)*, Coimbra: Coimbra Editora.

1945 “Ilícito penal administrativo e ilícito criminal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1-2, pp. 43-47.

BERG, Günther von

1804 *Handbuch des teutschen Policyrechts*, Band IV, Hannover: Verlage der Gebrüder.

BLANKE, Hermann-Josef

2000 *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck.

BOHNERT, Joachim

2006 “Einleitung”, in *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrikeiten* (org. Lothar Sange), 3.<sup>a</sup> edição, München: Beck.

BONICHOT, Jean-Claude

2001 “Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 73-80.

BRENNER, Michael

1997 “Administrative Judicial Protection in Europe: General Principles”, in *Revue Européenne de Droit Public*, vol. 9, n.º 3, pp. 595-618.

BUILLY, Pierre

2001 “La sanction administrative en matière de sécurité routière”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 35-37.

- BULL, Hans Peter –  
 1993 *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg: C. F. Müller.
- BULLINGER, Martin  
 1968 *Öffentliches Recht und Privatrecht*, Stuttgart: Kohlhammer.
- CABRAL DE MONCADA, Luís  
 2008 “O ambiente e a relação jurídico-administrativa”, in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, 29/30, pp. 11-100.
- CAETANO, Marcello  
 1943 *Tratado Elementar de Direito Administrativo, Volume I – Teoria Geral da Relação Jurídico-Administrativa*, Coimbra: Coimbra Editora.  
 2004 *Manual de Direito Administrativo, Volume II, 7.ª reimpressão da 10.ª edição (revista e atualizada por Diogo Freitas do Amaral)*, Coimbra: Almedina.
- CALVÃO, Filipa Urbano  
 2005 “Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do Procedimento Administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 54, pp. 33-43
- CANO CAMPOS, Tomás  
 2001 “Non bis in idem, prevalencia de la via penal y teoria de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador”, in *Revista de Administración Pública*, n.º 156.
- CANO MATA, António  
 1987 “Nuevo entorno de las infracciones y sanciones administrativas tras la entrada en vigor de la Constitución”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 58, pp. 573-579.
- CARDOSO DA COSTA, Joaquim Pedro  
 “Recurso para os Tribunais Judiciais da Aplicação de Coimas pelas Autoridades Administrativas”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 366 (1992), pp. 39-69.
- CASALTA NABAIS, José  
 1998 *Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra: Almedina.
- CASTRO, Raquel Alexandra  
 2012 *Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Constitucional Português*, Coimbra: Almedina.
- CATARINO, Luís Guilherme  
 2010 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra: Almedina.

CAUPERS, João

2002 “A administração entalada: não feche o Tribunal de Contas as portas que o legislador abriu!”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 33, pp. 3-10.

CLEMENT-CUZIN, Sylvie

2001 “Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l’audiovisuel”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 111-115.

COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe

2010 “Anulação administrativa ou ‘nulla annulation sine iudicio’?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 79, pp. 3-14.

2012 *A Ciência Jurídica Administrativa*, Coimbra: Almedina.

CORREIA, Eduardo

1973 “Direito Penal e o Direito de Mera Ordenação Social”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XLIX, pp. 257-281.

2004 *Direito Criminal*, I (reimpressão), Coimbra: Almedina.

COSTA ANDRADE, Manuel da

1980-81 “Contributo para o conceito de contra-ordenação (A experiência alemã)”, in *Revista de Direito e Economia*, n.º 6-7, pp. 81-121.

1985 “A nova lei dos crimes contra a economia (DL n.º 26/84, de 20 de Janeiro), à luz do conceito de ‘bem jurídico’”, in *Ciclos de Estudo de Direito Penal Económico*, CEJ, Coimbra.

COSTA PINTO, Frederico

1997 “O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 7, pp. 209-274.

2002 “A figura do assistente e o processo de contraordenação”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1, pp. 105-128.

COSTA RAMOS, Vânia

2006 “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para a prova e ‘nemo tenetur se ipsum accusare’”, in *Revista do Ministério Público*, 108, pp. 125-149.

COSTA E SILVA, Paula

2006 “As autoridades administrativas independentes. Alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica”, in *O Direito*, 138, III, 541-569.

COSTEIRA, Maria José

2007 “As buscas e apreensões no processo de natureza contraordenacional”, in *Sub Iudice*, 40 (2007), pp. 27-38.

COUTO E SILVA, Almiro do

2005 “O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança), no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54.º da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.874/99)”, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, 2, pp. 1-48.

CROONE, Jean de

2001 “La sanction administrative dans le droit des étrangers”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 60-64.

DANTAS, Leonel

1995 “Considerações sobre o processo das contra-ordenações: a fase administrativa”, in *Revista do Ministério Público*, 61, pp. 103-119

DEBBASCH, Charles

1978 *Institutions et Droit Administratif, II – L'action et le contrôle de l'administration*, Paris: PUF.

DEGENHART, Christoph

1999 “Art. 103 Abs. 3”, in *Grundgesetz. Kommentar* (org. Michael Sachs), München: C. H. Beck, pp. 1855-1859.

DEGOFFE, Michel

2001 “L'ambiguïté de la sanction administrative”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 27-33.

DEGUERGE, Maryse

2001 “Sanctions administratives et responsabilité”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 81-89.

DELARUE, Jean-Marie

2001 “Actualité de la problématique de la sanction administrative”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 13-15.

DELLIS, Georges

1997 *Droit Pénal et Droit Administratif – L'Influence des Principes du Droit Pénal sur le Droit Administratif Répressif*, Paris: LGDJ.

DELMAS-MARTY, Mireille

1997 *Corpus Juis: portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne*, Paris: Economica,

DELMAS-MARTY, Mireille & TEITGEN-COLLY, Catherine

1992 *Punir sans Juger? De la Répression Administrative au Droit Administratif Pénal*, Paris: Economica.

DIAS JOSÉ, Rosendo

1991 “Sanções Administrativas”, in *Revista de Direito Público*, 9, pp. 37-64.

DOMÍNGUEZ VILA, António

1997 *Constitución y Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid: Marcial Pons.

DREIFUSS, Muriel & BOMPARD, Alain

1998 «Du pouvoir comminatoire au pouvoir de sanction: la liquidation de l’astreinte», in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, 1 (1998), pp. 3-10.

DUARTE DE ALMEIDA, António

2008 “O ilícito de mera ordenação social na confluência de jurisdições: tolerável ou desejável?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 71, pp. 15-21.

DUGUIT, Léon

1901 *L’État, le droit objectif et la loi positive*, Paris: Albert Fontemoing Éditeur.

DURAND, Julio

2005 “Sobre los conceptos de ‘policía’, ‘poder de policía’ y ‘actividad de policía’”, in *Revista de Derecho Administrativo*, 51, pp. 183-200.

DURNER, Wolfgang

2007 “Internationales Umweltverwaltungsrecht“, in *Internationales Verwaltungsrecht – Eine Analyse anhand von Referenzgebieten* (org. Christopg Möllers, Andreas Vosskuhle & Christian Walter), Mohr Siebeck, pp. 121-164.

ERGEC, Rusen

1993 “L’incidence du droit du Conseil de l’Europe sur le développement du droit administratif“, in *Administration Publique – Revue du Droit Public et des Sciences Administratives*, 1, pp. 1-11.

ESTEVEES DE OLIVEIRA, Mário & Esteves de OLIVEIRA, Rodrigo

2006 *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Volume I (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais), Coimbra: Almedina.

ESTORNINHO, Maria João

1999 *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade privada da Administração Pública*, Coimbra: Almedina.

FARIA, Pinheiro

1979 “O Tribunal de Contas na administração portuguesa”, in *Democracia e Liberdade*, 11, pp. 23-42.

1983 “Tribunal de Contas”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, V.

FARIA COSTA, José

1988 “Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif-pénal“, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1-2, pp. 347-367.

- 2010 “Noções Fundamentais de Direito Penal”, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- FAUGÈRE, Jean-Paul  
2001 “La pratique des sanctions administratives dans le domaine des installations classées”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 48-50.
- FEDOZZI, Prospero  
1901 *Il Diritto Amministrativo Internazionale (Nozioni Sistematiche)*, Perugia: Unione Tipografica Cooperativa (Palazzo Provinciale), (reedição da Bibliolife, Charleston, 2011).
- FEIJOO SÁNCHEZ, José  
2006 “Sobre la ‘administrativización’ del Derecho penal en la ‘sociedad del riesgo’ – Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, in *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI – Liber Amicorum en Homenaje al Professor Antonio González-Cuellar García*, Madrid: Colex.
- FERREIRA ANTUNES, Manuel  
1997 *Reflexões sobre o Direito Contra-Ordenacional*, Lisboa: SPB – Editores.
- FERREIRA LEITE, Inês  
2012 “Direito Penal Europeu: do Corpus Juris aos métodos de integração europeia”, in *Direito Penal Económico e Financeiro* (org. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 343-366.
- FEUERBACH, Armin von  
1847 *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Gießen: Heyer Verlag.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge  
1983 “O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, Lisboa, pp. 317-336.  
1984 “Para uma dogmática do direito penal secundário – Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3714, pp. 7-57.  
2001 *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.  
2007 *Direito Penal – Parte Geral*, Volume I, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra Editora.  
2009 *Direito Penal – As consequências jurídicas do crime*, 2.<sup>a</sup> reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora.
- FISCHER, Andreas  
1972 “La sanction administrative en droit allemand”, in *Troisième Colloque des Conseils d’État et des Tribunaux Administratifs Suprêmes des Pays Membres des Communautés Européennes*, Bruxelles.

FISCHER-LESCANO, Andreas

2008 “Transnationale Verwaltungsrecht – Privatverwaltungsrecht, Verbandsklage und Kollisionsrecht nach der Arhus-Konvention“, *in Juristenzeitung*, 8, pp. 373-383.

FLAUSS, Jean-François

1983 “Le juge administratif français et la Convention Européenne des Droits de l’Homme“, *in Actualité Juridique – Droit Administratif*, juillet/août, pp. 387-401.

FONSECA, Isabel Celeste

2003 “Do novo contencioso administrativo e do direito à justiça em prazo razoável”, *in Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Almedina, pp. 339-383.

FOUCAULT, Michel

1975 *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Paris: Gallimard.

FRANK, Reinhard

1898 “Die überspannung der staatlichen Strafgewalt“, *in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vo. 18, n.º 1 pp. 733-750.

FREITAS DO AMARAL, Diogo

1995 *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª edição, Coimbra: Almedina.

2004 *Manual de Introdução ao Direito*, Volume I, Coimbra: Almedina.

2008 “O poder sancionatório da Administração Pública”, *in Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Volume I, Coimbra: Almedina, 217-234.

2011 *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2.ª edição, Coimbra: Almedina.

FREITAS DO MARAL, Diogo & ALMEIDA, Mário Aroso de

2002 *Grandes Linhas da Reforma do Contencioso Administrativo*, Coimbra: Almedina.

FROSALI, Raoul Alberto

1971 *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano: Giuffré.

GAGEIRO, António

2009 “Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do ‘enforcement’”, *in Direito Sancionatório das Entidades Reguladoras* (org. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 41-72.

GAMA, João Taborda da

2011 “Tendo surgido dúvidas sobre o valor das circulares e outras orientações genéricas...”, *in Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 157-225.



- GARCIA, Maria da Glória  
 1983 “Breve reflexão sobre a execução coactiva dos actos administrativos”, in *Celebração do XX Aniversário*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa.
- GARCIA, Maria da Glória & CORTÊS, António  
 2007 “Anotação ao Artigo 266.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada* (org. Jorge Miranda & Rui Medeiros), Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora/Grupo Wolters Kluwer.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo  
 1976 “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 10, pp. 399-430.  
 1993 “The extension of the jurisdiction of national administrative courts by Community Law: the judgement of the Court of Justice in ‘Borelli’ and article 5 of the EC”, in *Yearbook of European Law*, pp. 19-37.
- GARCÍA MACHO, Ricardo  
 1991 “Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción”, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 72, pp. 515-527.
- GARRIDO FALLA, Fernando  
 1953 “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, in *Revista de Administración Pública*, 11, pp. 11-31.  
 1959 “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, in *Revista de Administración Pública*, 28, pp. 11-50.
- GEIGER, Theodor  
 1987 *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Berlin: Duncker & Humblot.
- GIANNINI, Massimo Severo  
 1981 “Atto amministrativo”, in *Enciclopedia di Diritto*, Volume IV, Milano, pp. 157-194.
- GÖHLER, Erik  
 2009 “Gesetz über Ordnungswidrigkeiten“, 15.<sup>a</sup> edição, München: C.H. Beck.
- GOLDSCHMIDT, James  
 1902 *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Carl Heymanns.  
 1905 *Die Deliktsobligationen des Verwaltungsrechts*, Berlin: Guttentag Verlagsbuchhandlung.
- GOMES, Vítor  
 2008 “As sanções administrativas na fronteira das jurisdições. Aspectos jurisprudenciais”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 71, pp. 6-14.

- GOMES CANOTILHO, J. J. & MOREIRA, Vital  
2010 “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Volume II, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES DIAS, Mário  
1985 “Breves reflexões sobre o processo de contra-ordenação”, in *Contra-ordenações (Notas e comentários ao Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro)*, Lisboa: ESP.
- GONÇALVES, Pedro  
2005 *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Almedina.  
2006 “Direito Administrativo da Regulação”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Marcello Caetano*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 535-573.
- GUEDES VALENTE, Manuel  
2004 *Dos Órgãos de Polícia Criminal – Natureza – Intervenção – Cooperação*, Coimbra: Almedina.
- HARREMOES, Erik  
1997 “Le droit administratif et la Convention Européenne des droits de l’homme”, in *Pouvoir discrétionnaire de l’administration et problèmes de responsabilité – Actes du 25<sup>e</sup> Colloque de droit européen – Oxford (Royaume-Uni), 27-29 septembre, 1995*, Conseil de l’Europe, pp. 181-186.
- HASSEMER, Winfried  
1996 “A preservação do meio-ambiente através do Direito Penal”, in *Lusitana*, especial, pp. 27-35.
- HEGELS, Susanne  
2001 *EG-Eingangsverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht – Europäisches Verwaltungsrecht für den direkten und den indirekten Gemeinschaftsvollzug*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- HÖRSTER, Heinrich  
1992 *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina.
- HUBER, Peter  
1999 “‘Beihilfen‘ (Art. 87, 88 EGV 1999) und Vertrauensschutz im Gemeinschaftsrecht und im nationalen Verwaltungsrecht“, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1 (1999), pp. 359-377.
- HUERGO LORA, Alejandro  
2007 *Las Sanciones Administrativas*, Madrid: Hustel.
- JARASS, Hans & PIEROTH, Bodo  
1995 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 3.<sup>a</sup> edição, München. C. H. Beck.

- JELLINEK, Georg  
1905 *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas  
2002 *Tratado de Derecho Penal – Parte General* (traduzido por Miguel Olmedo Cardenete), Granada: Editorial Comares.
- JUSTI, Johann Gottlob von  
1759 *Die Chimäre des Gleichgewichts der Handlung und Schiffahrt*, Altona: Iversen.
- KELSEN, Hans  
1999 *Teoria pura do Direito* (traduzido por João Baptista Machado), 6.<sup>a</sup> edição, São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora.
- LAFERRIÈRE, Firmin  
1854 *Cours Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif*, Tome I, Paris: Cotillon.
- LAINÉ, Armand  
1905 “La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions em matière de droit international privé”, in *Revue de Droit International et de Droit Pénal International*, pp. 20-60 e 443-479.
- LAMPE, Ernst-Joachim  
2006 *Comentário ao artigo 35.º*, in «Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten», München: C.H. Beck.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki  
1994 *Las Relaciones de Sujeción Especial*, Madrid: Editorial Civitas.
- LAUBADÈRE, André, VENEZIA, Jean-Claude & GADEMET, Yves  
1994 *Traité de Droit Administratif*, Tome I, 13.<sup>a</sup> edição, Paris: LGDJ.
- LAURENT, François  
1881 *Droit Civil International*, Volume VIII, Bruxelles/Paris: Librairie Marescq.
- LECRUBIER, Daniel  
“Les perspectives d’évolution de la sanction administrative vues par le juge judiciaire”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial (2001), pp. 131-134.
- LEISNER, Walter  
2007 “Privatisierung“ des Öffentlichen Rechts, von der “Hoheitsgewalt“ zum Gleich-  
ordnenden Privatrecht, Berlin: Duncker & Humblot.
- LOBO MOUTINHO, José  
2008 *Direito das Contra-Ordenações – Ensinar e Investigar*, Lisboa: UCP.

LOZANO CUTANDA, Blanca

1990 “Panorâmica General de la Potestad Sancionadora de la Administración en Europa: ‘Despenalización y Garantía’”, in *Revista de Administración Pública*, 121, pp. 393-414.

LUMBRALES, Nuno

2006 *Sobre o Conceito Material de Contra-Ordenação*, Lisboa: UCP.

MACHETE, Pedro

2007 “Comentário ao artigo 272.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada* (org. Jorge Miranda & Rui Medeiros), Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra.

2010 *O princípio da boa fé*, conferência proferida no III Encontro de Professores de Direito Público, in [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/PMachete10.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PMachete10.pdf) [consultado em: 12.12.2013].

MACHETE, Rui Chancerelle de

1995 “A Constituição, o Tribunal Constitucional e o Processo Administrativo”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio do 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora.

MADUREIRA PRATES, Marcelo

2005 *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Coimbra: Almedina.

2008 “A punição administrativa entre a sanção contra-ordenacional e a sanção administrativa”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 68, pp. 3-10.

MAGALHÃES, Lídio de

2009 “Os fundamentos de recusa de visto do Tribunal de Contas e as bagatelas administrativas: acórdão do Tribunal de Contas 1.ª Secção de 21/10/2008”, in *Direito Regional e Local*, 6, pp. 27-35.

MANCINI, Pasquale Stanislao

1874 “De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles”, in *Journal de Droit International*, 221-239 e 285-304.

MANZANO, Mercedes Pérez

2002 *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MARQUES, Pedro

2007 *Infracções Tributárias*, Ministério das Finanças, Lisboa.

MARQUES GUEDES, Armando

1954 *A Concessão*, Coimbra: Coimbra Editora.

- 1956 *Direito Administrativo (Lições)*, Lisboa: AAFDL.
- MARQUES DOS SANTOS, António
- 1991 *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de Uma Teoria Geral*, II Volume, Coimbra: Almedina.
- MARQUES DA SILVA, Germano
- 1983 “Contravenção”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, I, pp. 1295-1296.
- MARQUES DA SILVA, Germano & SALINAS, Henrique
- 2005 “Comentário ao artigo 32.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada* (org. Jorge Miranda & Rui Medeiros), Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora.
- MARQUES DA SILVA, Isabel
- 2007 *Regime Geral das Infrações Tributárias*, 2.ª edição, Coimbra Almedina.
- MATTES, Heinz
- 1979 *Problemas de Derecho Penal Administrativo – Historia y Derecho Comparado*, Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado.
- MAURER, Hartmut
- 1994 *Manuel de Droit Administratif Allemand* (traduzido por Michel Fromont), Paris: LGFJ.
- MAYER, Otto
- 1982 *Derecho Administrativo Alemán* (traduzido por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin), Tomo II, Buenos Aires: Depalma.
- MEMLOUK, Malik
- 2001 “L’état du droit dans le domaine des installations classées”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 38-47.
- MIGNON, Emannelle
- 2001 “L’ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 99-105.
- MIRANDA, Jorge
- 2010 “Comentário ao Artigo 51.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora.
- MODERNE, Frank
- 1993 *Sanctions administratives et justice constitutionnelle – Contribution à l’étude du jus puniendi de l’Etat dans les démocraties contemporaines*, Paris: Economica.
- MORLOK, Martin
- 2000 *La fonction constitutionnelle des partis*, in «Les cinquante ans de la République Fédérale d’Allemagne» (org. Michel Fromont), Paris: Publications de la Sorbonne.

MOURGEON, Jacques

1967 *La Répression Administrative*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

NAUCKE, Wolfgang

2004 “Prevenção general y derechos fundamentales de la persona”, in *Principales Problemas de la Prevención General* (org. Naucke, Hassemer & Lüderssen), Buenos Aires: Editorial BdeF.

NEVES, Ana Fernanda

2007 *O Direito Disciplinar da Função Pública*, Volumes I e II, Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

NIETO, Alejandro

2005 *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.<sup>a</sup> edição, Madrid: Tecnos.

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel

2010 “Sobre a distinção entre Direito Público e Direito Privado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 43-73.

NOLTE, Georg

1991 “Art. 103 Abs. 3”, in *Das Bonner Grundgesetz – Kommentar* (org. Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein & Christian Starck), Band 3, München: Verlag Franz Vahlen, pp. 1407-1436.

OLAZABAL CABRAL, Margarida

1994 “Democracia e partidos políticos antidemocráticos”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 59, pp. 65-117.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de

1995 *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, Coimbra: Almedina.

OTERO, Paulo

1995 *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, Volume I, Lisboa: Lex.

OSTENDORF, Heribert

1994 “Reform des Ordnungswidrigkeitenrechts”, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 9, pp. 335-358.

OTERO, Paulo & PALMA, Maria Fernanda

1996 “Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2.

PADOVANI, Tullio

1985 “Lectio brevis sulla sanzione”, in *Le pene private*, Milano: Giuffrè.

PAES MARQUES, FRANCISCO

2010 “O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábuas de salvação?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 325-346.

PALIERO, Carlo Enrico

1985 «*Minima non curat praetor*». *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Milano: CEDAM.

PALIERO, Carlo Enrico & TRAVI, Aldo

1988 *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, Milano: Guiffrè.

PALMA, Maria Fernanda

1994 *Direito Penal. Parte Geral, I*, Lisboa: AAFDL.

1995 “Novas formas de criminalidade: o problema do Direito Penal do ambiente”, in *Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, Ministério da Justiça, Lisboa.

1993 “Responsabilidade política e responsabilidade criminal: três casos controversos”, in *Sub Judice*, 6, pp. 5-8.

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário

1993 *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, Almedina, Coimbra

1998 “Sobre os limites do poder disciplinar laboral”, in *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho: Memórias* (org. António Moreira), Coimbra: Almedina, pp. 181-198.

2001 “Poder disciplinar laboral e processo disciplinar para despedimento”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho* (org. Pedro Romano Martínez), Coimbra: Almedina, pp. 399-402.

2005 “O poder disciplinar laboral no Código do Trabalho: notas breves”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra: Almedina, pp. 1133-1148.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón

1972 “El poder sancionador de la administración y la crisis del sistema judicial penal”, in *Revista de Administración Pública*, 67, pp. 41-93.

PASSOS, Sérgio

2009 *Contra-ordenações: Anotações ao regime geral*, Coimbra: Almedina.

PEDROSA MACHADO, Miguel

1998 “Contravenção e contra-ordenação – Notas sobre a génese, a função e a crítica de dois conceitos jurídicos”, in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal*, Banco de Portugal, Lisboa, pp. 25-50.

- 2005 “O que é feito do Regime Geral das “contra-ordenações”?, in *Cadernos de Ciência e Legislação*, 40, pp. 47-64.
- 2007 “O que resta das contravenções”, in *Cadernos de Ciência e Legislação*, 46, pp. 45-69.
- PEREIRA DA SILVA, Jorge
- 2003 *Dever de Legislar e Protecção contra Omissões Legislativas*, Lisboa: UCP.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco
- 2009 “Breve nota sobre o Direito sancionatório do ambiente”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 271-296.
- PERROT, Roger
- 1996 “La coercizione per dissuasione nel diritto francese”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 3, pp. 658-668.
- PILLET, Antoine
- 1907 «La marque des Chartreux et les préventions du liquidateur devant les tribunaux français», in *Revue de Droit International et de Droit Pénal International*, pp. 525-536.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo
- 2011 *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Lisboa: UCP.
- POCHARD, Marcel
- 2001 “Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 106-110.
- PRATA ROQUE, Miguel
- 2009 “Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social”, in *Direito Sancionatório das Entidades Reguladoras* (org. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 367-442.
- 2009 “Acto nulo ou anulável? – A jusfundamentalidade do direito de audiência prévia e do direito à fundamentação”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 78, pp. 17-32.
- 2011 *Direito Processual Administrativo Europeu*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2012 “O controlo jurisdicional da democraticidade interna dos partidos políticos – O Tribunal Constitucional entre o princípio da intervenção mínima e um contencioso de plena jurisdição”, in *Tribunal Constitucional – 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 281-342.



- 2013a “Declaração de Inconstitucionalidade”, in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa* (org. Jorge Bacelar Gouveia & Francisco Pereira Coutinho), Lisboa: Quid Iuris.
- 2013b “Fiscalização Sucessiva Concreta”, in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa* (org. Jorge Bacelar Gouveia & Francisco Pereira Coutinho), Lisboa: Quid Iuris.
- 2013c “Inconstitucionalidade por omissão”, in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa* (org. Bacelar Gouveia & Francisco Pereira Coutinho), Lisboa: Quid Iuris.
- 2014 *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo – Uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas transnacionais*, Lisboa: AAFDL.
- VALLS PRIETO, Javier
- 2005 *El fraude de subvenciones de la unión europea: la necesidad de un espacio europeo de normas penales*, Dykinson.
- QUADROS, Fausto de
- 2004 *Direito da União Europeia – Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, Coimbra: Almedina.
- QUASTANA, Jacques
- 2001a “La sanction administrative est-elle encore une décision de l’administration ?”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 141-147.
- 2001b “L’accroissement des garanties – L’exemple des débits de boissons et du retrait d’agrément”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 95-98.
- RADBRUCH, Gustav
- 1997 *Filosofia do Direito* (traduzido por Cabral de Moncada), 6.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Arménio Amado Editor.
- RANELETTI, Oreste
- 1908 “Polizia di sicurezza”, in *Primo Trattato di Diritto Amministrativo Italiano* (org. Vittorio Emanuele Orlando), Società Editrice Libreria.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo
- 1984 *Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português*, Braga: Livraria Cruz.
- 1999 *Lições de Direito Administrativo*, Volume I, Lisboa: Lex.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André
- 2007 *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa*, Tomo II, Lisboa: Dom Quixote.
- REBMAN, Kurt & ROTH, Werner HERMANN, Siegfried
- 2008 *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – Kommentar*, Stuttgart: Kohlhammer.
- RIVERO, Jean
- 1953 “Existe-t-il un critère du droit administratif?”, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*, (1953), pp. 279-296.

ROBERT, Jacques-Henri

2001 “L’alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 90-92.

ROUGEVIN-BAVILLE, Michel

1972 “La sanction en matière administrative dans le droit français”, in *Troisième Colloque des Conseils d’État et des Tribunaux Administratifs Suprêmes des Pays Membres des Communautés Européennes*, Bruxelles.

ROXIN, Claus

1973 “Sinn und Grenzen der staatlichen Strafe”, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin: Walter de Gruyter.

1981 *Culpabilidade y prevención en Derecho Penal* (traduzido por Muñoz Conde), Madrid: Reus.

SALAZAR, Lorenzo

2000 “La protection des intérêts financiers des Communautés européennes et la lutte contre la corruption internationale dans l’instauration d’un espace judiciaire pénal européen”, in *Vers un Espace Judiciaire Européen* (org. Gilles de Kerchove & Anne Weyembergh), Bruxelles: Éditions de l’Université de Bruxelles, pp. 294-337.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso

1991 *Fundamentos de Derecho Administrativo*, 1.<sup>a</sup> edição (reimpressão), Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

SAUVÉ, Jean-Marc

2001 “Les sanctions administratives en droit public français – État des lieux, problèmes et perspectives”, in *Actualité Juridique – Droit Administratif*, spécial, pp. 16-24.

SCHMIDT-ARMANN, Eberhard

1993 “Zur Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts”, in *Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche*, München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung.

2011 “Art. 103 Abs. 3”, in *Grundgesetz – Kommentar* (org. Theodor Maunz/Günter Dürig), Band II, München: C. H. Beck, pp. 1-28.

SCHRÖDER, Rainer

2007 *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, Mohr Siebeck.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel

1995 “A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos”, in *Estudos em Memória do Professor Castro Mendes*, Lisboa: Lex, pp. 229-263.

2005 *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa: Lex.

2006 *O Direito de Manifestação – Âmbito de Protecção e Restrições*, Coimbra: Almedina.

- SILVA SÁNCHEZ, José-Maria  
1999 “La Expansión del Derecho Penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, 1.ª edição, Madrid: Cuadernos Civitas.
- SILVA DIAS, Augusto  
2003 “‘What if everybody did it’: sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 3, pp. 303-345.  
2008 “*Delicta in se*” e “*Delicta mere prohibita*”: uma análise da descontinuidade do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, Coimbra: Coimbra Editora,
- SILVA DIAS, Augusto & RAMOS, Vânia Costa  
2009 *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SIMAS SANTOS, Manuel & LOPES DE SOUSA, Jorge  
2001 *Regime Geral das Infrações Tributárias – Anotado*, Lisboa: Áreas Editora.
- SOARES, Rogério Ehrhardt  
s.d. *Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, Porto.
- SOARES RIBEIRO, João  
2003 *Contraordenações Laborais*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina.
- SOARES DA VEIGA, Raul  
2009 “Legalidade e oportunidade no Direito Sancionatório das entidades reguladoras”, in *Direito Sancionatório das Entidades Reguladoras* (org. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 139-173.
- SOUSA ANTUNES, Henrique  
2011 *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano*, Coimbra: Coimbra Editora.
- SOUSA E BRITO, José  
1983-84 “Para fundamentação do Direito Penal”, in *Textos de apoio de Direito Penal*, Volume 1, Lisboa: AAFDL, pp. 127-238.
- SOUSA MACEDO, Pedro  
1990 *Poder disciplinar patronal*, Coimbra: Almedina.
- SOUSA MENDES, Paulo  
2009 “O procedimento sancionatório especial por infrações às regras de concorrência”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209-224.

SPADEA, Giovanni

2000 “Il giusto processo amministrativo secondo l’art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano”, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, pp. 367-379.

STEIN, Lorenz von

1870 *Handbuch der Verwaltungslehre und Des Verwaltungsrechts Mit Vergleichung Der Literatur und Gesetzgebung Von Frankreich, England und Deutschland*, Stuttgart: Verlag J. B. Totta’schen Vuchhandlung.

STOYE, Katrin

2005 *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts durch das Gericht Erster Instanz – Am Beispiel der Verteidigungsrechte im Verwaltungsverfahren*, Berlin: Nomos.

TAVARES, José

1999 “A fiscalização prévia do Tribunal de Contas e o recurso contencioso do acto administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 18, pp. 12-19.

2001 “A fiscalização prévia do Tribunal de Contas e o exercício da actividade administrativa”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 25, pp. 33-38.

2008 “Extensão e limites dos poderes do Tribunal de Contas”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 71, pp. 38-44.

TEIXEIRA, Carlos Adérito

2001 “Direito de mera ordenação social: o ambiente como espaço da sua afirmação”, in *Revista do Ministério Público*, 85, pp. 71-92.

2009 “Questões processuais da responsabilidade das pessoas colectivas no domínio do Direito Sancionatório da Regulação”, in *Direito Sancionatório das Entidades Reguladoras* (org. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 107-137.

THIESS, Uwe

2002 *Ordnungswidrigkeitenrecht. Fälle mit Lösungen: Grundbegriffe, Prüfungsschemata*, Übungen: Luchterhand.

TIEDEMANN, Klaus

1987 “L’influence des principes constitutionnels et de la jurisprudence constitutionnelle sur le droit penal allemand”, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1, pp. 105-109.

VEDEL, Georges

1980 “La Cours des Comptes et le juge administratif de droit commun”, in *Pages de Doctrine* (org. Laubadère e outros), Volume II, Paris: LGDJ.

VEDEL, Georges & DEVOLVÉ, Pierre

1958 *Droit Administratif*, Paris: PUF.

VELOSO, José António

2000 “Questões hermenêuticas e de sucessão de leis nas sanções do regime geral das instituições de crédito – em especial, a inibição de direitos de voto por violação de deveres de revelar participações qualificadas”, in *Revista da Banca*, 49, pp. 27-71.

2003 “Aspectos inovadores do projecto de regulamento da autoridade de concorrência”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 63, pp. 237-312.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos

2006 *Justiça Administrativa (Lições)*, 8.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina.

2011 *Lições de Direito Administrativo*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Imprensa da Universidade.

VILELA, Alexandra

2013 *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora.

WEIL, Prosper

1977 *O Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina

WOLF, Erik

1930 “Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem”, in *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft – Festgabe für Reinhard von Frnk zum 70. Geburtstag*, Band II, Tübingen: J.C.B. Mohr.

ZACHARIAS, Diana

2011 “Der Begriff des Verwaltungsrecht in Europa”, in *Handbuch Ius Publicum Europaeum* (org. Armin von Bogdandy & Sabino Cassese/Peter Huber), Band IV, Heidelberg: C. F. Müller, pp. 541-614.

ZANOBINI, Guido

1924 *Le Sanzioni Amministrative*, Torino: Fratelli Bocca Editori.

ZAPATERO, Luís Arroyo

1983 “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8, pp. 9-46.

ZIPPELIUS, Reinhold

2010 *Filosofia do Direito* (traduzido por António Franco e António Francisco de Sousa), Lisboa: Quid Iuris.

ZULEEG, Manfred

1982 “Die anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts”, in *Verwaltungsarchiv – Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*, 73, pp. 384-404.



# A ADMISSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DE IMAGENS CAPTADAS POR PARTICULARES COMO PROVA NO PROCESSO PENAL<sup>1</sup>

*Milene Viegas Martins*<sup>2</sup>

*ABSTRACT: This work is focused on the issue of the prohibition of evidences and more particularly on the matter of admissibility of valuation, based on criminal procedure, of images captured by individuals, as victims of crimes or third parties acting on behalf of victims of crimes. In this case, the unlawfulness of the conduct should be removed, considering their action of legitimate self-defence or right of necessity as well as balancing the conflicting values based on the principle of proportionality. Even if the valuation of the images is considered unacceptable, should always be admissible the deposition of those who had previously view the images, since the purpose of the regulation is the protection of the right to the image itself, and no more than that. However, it is important to emphasize that there are no unambiguous solutions.*

SUMÁRIO: Introdução. I. Análise do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de maio de 2009. II. O regime jurídico processual vigente baseado no direito penal material. III. As causas de exclusão da ilicitude. IV. A colisão de direitos à luz do princípio da proporcionalidade. V. O efeito à distância das proibições de valoração. VI. Posição adotada. Conclusão. Bibliografia.

## INTRODUÇÃO

Pretendemos abordar, neste trabalho, a problemática inerente à admissibilidade de valoração de imagens, como prova, em processo penal, captadas por particulares.

---

1 Este trabalho constitui um extrato da dissertação de mestrado, em ciências jurídico-forenses, orientada pelo Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes e concluída, em 26 de julho de 2012, na Faculdade de Direito de Lisboa.

2 Mestre em Ciências Jurídico-Forenses, Advogada Estagiária inscrita no Conselho Distrital de Faro da Ordem dos Advogados, com o correio eletrónico milenevmartins@gmail.com.

Este é um problema próprio do processo penal conxionado com a questão das proibições de prova e que sujeita o Tribunal a um esforço hermenêutico de exegese da licitude/ilicitude penal da captação e utilização das imagens atenta a cominação expressa pelo legislador ordinário. Sendo certo que tal solução sempre se exigiria atenta a matriz axiológica constitucional do instituto das proibições de prova e a necessidade de preservação da integridade judicial.

Constitui, assim, objeto deste trabalho a verificação da subsistência, ou não, de prova válida que permita levar os arguidos a julgamento, bem como a clarificação da oportunidade de submissão dos particulares, ou seja, pessoas não pertinentes às instâncias formais de controlo nem atuando sob a sua direção ou orientação, às regras próprias das proibições de prova.

As gravações fotográficas constituem, atualmente, importantes meios de prova que, contudo, podem contender com os direitos fundamentais da pessoa fotografada. De facto, no âmbito da evolução dos meios de prova processualmente admissíveis, passámos de uma fase que se caracterizava como o “controlo do corpo”, através do emprego da tortura, à fase de “controlo da alma”, mediante a captação da palavra e da imagem. Todavia, a utilização de meios audiovisuais como prova de um crime não produz a mesma rejeição moral e social, dado que a sua utilização pode ser admitida sempre que seja compatível com os direitos fundamentais do cidadão atendendo a determinados procedimentos e garantias<sup>3</sup>.

Em causa está uma proibição de prova relativa que impõe a necessidade de ponderação dos circunstancialismos próprios de cada caso concreto<sup>4</sup>. Daí a escolha do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa<sup>5</sup> para sustentáculo deste tema.

Pelo exposto, não queremos conceber uma solução acabada mas tão-somente apontar caminhos de abordagem e tratamento dos casos concretos do quotidiano<sup>6</sup>.

---

3 Neste sentido Foucault citado por Muñoz Conde, 2004: 98-99.

4 De acordo com as expressivas palavras de Rogall, citado por Costa Andrade (1992: 114), “*temos de abrir mão da representação de que as proibições de prova constituem grandezas constantes. Pelo contrário, só a consideração direta do caso concreto nos permitirá indagar do alcance de cada uma das proibições de produção de prova ou de valoração de prova.*”

5 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, Processo 10210/2008-9.

6 Nesta linha de pensamento, também, podemos encontrar Hassemer citado por Costa Andrade, 1992: 116. Esta mesma orientação explica o desenvolvimento do estudo realizado por Manuel da Costa Andrade, na sua obra *Sobre as proibições de prova em processo penal*, em torno de tópicos suscetíveis de delinear itens de resolução de casos concretos. Evidencie-se que para uma visão mais alargada deste tema deixaremos,



## I. ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA DE 28 DE MAIO DE 2009

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, *supra* citado<sup>7</sup>, deriva de um recurso penal e tem como objeto a apreciação da suscetibilidade de valoração, em processo penal, de imagens que materializam a prática do crime, pelos arguidos, captadas por particulares, e que permitam levar os arguidos a julgamento.

No caso *sub judice*, o recorrente, vítima do crime de dano contra a sua propriedade, a fim de prevenir novos crimes de dano colocou câmaras de videovigilância, fixas, no interior e exterior do seu prédio, as quais estavam visíveis e devidamente identificadas.

Após a visualização das imagens captadas pelo sistema de videovigilância foi possível identificar os arguidos e dar origem ao processo de natureza criminal mediante a junção aos autos dos dvd's e fotografias que consubstanciam a denúncia da prática do crime.

Nesta sequência, com base nos meios de prova *supra* referenciados, findo o inquérito o Ministério Público acusou os arguidos da prática, em coautoria material, de um crime de dano, p. e p. pelo art. 212.º, n.º 1, do Código Penal, doravante CP.

Saliente-se que ninguém, para além do recorrente e da sua esposa e estes através do sistema de videovigilância, viu os arguidos a cometerem o ato ilícito.

Posteriormente vieram os arguidos, com fundamento na oposição ao visionamento das imagens, requerer a abertura de instrução, concluindo que não existiam indícios validamente adquiridos que permitissem a acusação deduzida.

À posição adotada pelos arguidos veio o Juiz de Instrução Criminal, doravante JIC, dar razão, decidindo não pronunciar os arguidos porque a acusação se sustentou nas imagens recolhidas pelo sistema de videovigilância, o que constituía prova inválida, uma vez que os arguidos não permitiram a utilização das imagens captadas, nos termos do art. 167.º do Código de Processo Penal, doravante CPP, e do art. 199.º, n.º 2, alínea b), do CP. E não existia uma causa de justificação do facto, como o direito de necessidade e o princípio da proporcionalidade, que permitisse recuperar a validade da utilização dos dados recolhidos.

---

também, neste trabalho, alguns apontamentos do direito comparado que tem influenciado a experiência portuguesa, *máxime* dos Estados Unidos da América e da Alemanha que assumem para o mesmo instituto regimes divergentes mas com tendência para um futuro comum de convergência, *vide* neste sentido Gomes de Sousa, 2010: 22, 23 e 38.

7 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.

Por outro lado, o JIC considerou que a proibição de valoração devia comunicar-se à prova mediata, ou seja, à prova testemunhal que se fundou nas gravações, isto porque, segundo a doutrina do efeito à distância, as provas que emergirem de outras provas proibidas enfermam da mesma vicissitude não podendo ser, igualmente, valoradas, nos termos do art. 122.º, n.º 1, do CPP.

Inconformado o assistente peticiona, em sede de recurso para a Relação, a revogação da decisão por Acórdão que, reconhecendo a validade dos meios probatórios em causa (os dvd's e fotografias), ordene o prosseguimento dos autos para julgamento.

Nesta esteira, o recorrente fundamenta que é a legítima defesa que justifica a gravação e a possibilidade de utilização da gravação em sede do processo penal. Ponderando, também, a necessidade de prevenir eventuais novos danos mediante a colocação do sistema de videovigilância, pelo que podia, igualmente, configurar-se o direito de necessidade como forma de exclusão da ilicitude.

O recorrente entendeu, também, ser defensável o pensamento vitimodogmático que atua logo em sede de tipicidade, na medida o autor de um ato ilícito, neste caso o titular do direito à imagem, veria caducada a proteção jurídica do seu direito.

Nesta esteira sempre se imporá a valoração das imagens como prova dada a existência de exclusão da ilicitude e a salvaguarda do núcleo essencial do direito à imagem, tal como configurado no art. 79.º, n.º 3, do Código Civil, doravante CC.

Por decisão, unânime, datada de 28 de maio de 2009, veio o Tribunal da Relação de Lisboa conceder provimento ao recurso interposto por entender que existe prova válida.

Equacionou o Tribunal *ad quem* que a validade ou invalidade da prova obtida por particulares está dependente da sua não ilicitude penal, nos termos do art. 167.º do CPP.

Por seu turno o crime de fotografias ilícitas, p. e p. no art. 199.º, n.º 2, do CP, obedece a uma teoria dualista, isto é, autonomiza a captação das imagens da sua futura utilização.

Deste modo, a captação das imagens porque foi feita sem surpresas para os arguidos não constitui um ilícito penal, uma vez que não há qualquer manifestação de vontade contrária à captação das suas imagens. Mas, no que tange à utilização é certo que quando as imagens possam ser usadas para acusar os arguidos deve-se presumir a vontade contrária ao uso, significando, assim, que as imagens recolhidas de modo não penalmente ilícito, só passou a poder

integrar a tipicidade prevista no art. 199.º, n.º 2, alínea b), do CP, a partir do momento em que foi instaurado o procedimento criminal.

Mas, salientou o Tribunal *ad quem*, que ao determinar-se a necessidade de não ilicitude penal, nos termos do art. 167.º do CPP, para a correspondente validade das reproduções fotográficas e cinematográficas como prova dos factos reproduzidos, estipulou-se que só haverá crime se o ato for típico, ilícito e culposo.

Nesta esteira, o Tribunal *ad quem*, releva que, embora não seja necessário ir tão longe quanto o vai a teoria da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático, que afasta a verificação do crime logo ao nível do tipo. É importante aferir se existe alguma causa de justificação do facto ilícito que atue no caso *sub judice*.

Em conformidade, o Tribunal *ad quem*, conclui que a utilização das imagens captadas desde que limitadas à identificação dos autores dos danos e enquanto reportadas ao momento da prática dos factos pelos arguidos, constitui um meio necessário e idóneo a afastar a agressão ilícita contra a propriedade do assistente e exclui qualquer exposição arbitrária da imagem dos arguidos, deixando intocado o núcleo essencial do seu direito.

Por último, contrariamente ao decidido pelo Tribunal *a quo*, o Tribunal *ad quem* considerou que, mesmo no caso de se confirmar a ilicitude do uso das imagens, nada impediria a consideração do testemunho daqueles que conseguiram identificar os autores do crime, dado que o bem jurídico protegido no crime de fotografias ilícitas é o direito à imagem, enquanto tal, e com os testemunhos o conteúdo do direito à imagem não seria afetado porque a imagem dos arguidos não seria exposta sem o seu consentimento.

## II. O REGIME JURÍDICO PROCESSUAL VIGENTE BASEADO NO DIREITO PENAL MATERIAL

O tema que nos propomos analisar constitui um embrião da problemática própria das proibições de prova<sup>8</sup>, enaltecidas constitucionalmente e objeto de concretização processual penal.

---

8 Figura correspondente às *Beweisverbote* da experiência alemã e às *exclusionary rules* da experiência americana. Como Costa Andrade (1992: 133) evidencia a experiência alemã e americana representam os dois paradigmas mais estabilizados das proibições de prova e que influenciaram o direito português. De facto, já há mais de um século Ernst Beling, citado por Ambos (2009: 81-85), elaborou, pela primeira vez, o significado do termo proibição de prova, que consiste na limitação da procura da verdade material na investigação operada no processo penal, em função da necessidade de preservação de interesses contrapostos de índole coletiva e individual, como são os direitos fundamentais garantidos e assegurados constitucionalmente.

Pelo que assume importância o art. 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, bem como o art. 26.º, n.º 1, da CRP objeto de concretização pelo art. 126.º e art. 167.º, ambos do CPP, por conformarem o regime das proibições de prova e constituírem meios processuais de proteção de direitos fundamentais como o direito à imagem impondo, assim, limites à descoberta da verdade material<sup>9</sup>.

Deste modo, atento o fundamento, marcadamente, substantivo das proibições de prova, estas, transportam a força jurídica própria do art. 18.º da CRP vinculando quer as entidades públicas, mormente os investigadores, Ministério Público, JIC e Juiz de Julgamento, quer as entidades privadas, nas relações entre si, adquirindo eficácia *erga omnes*, isto é, eficácia geral perante todos<sup>10</sup>.

Mas em que termos é que o regime das proibições de prova se aplica aos particulares? Pois como frisa Paulo de Sousa Mendes, as proibições de produção de prova prosseguem fins de disciplina, isto é, impõem o dever de respeito dos direitos de liberdade que, não raras vezes, contendem com o interesse numa justiça funcionalmente eficaz, pelo que se dirigem aos órgãos de persecução penal, bem como aos restantes sujeitos processuais, tais como os assistentes, mas não se dirigem aos particulares, uma vez que os particulares não estão diretamente vinculados às normas do processo penal<sup>11</sup>.

Impõe-se, assim, uma distinção do regime das proibições de produção de prova em relação ao regime das proibições de valoração de prova. Isto porque, conquanto o regime das proibições de produção de prova siga para os particulares um regime diferenciado do regime dos órgãos de persecução criminal, dado que a produção de prova pelos particulares terá de respeitar a disciplina penal material, o regime das proibições de valoração de prova é unidimensional, isto é, sempre que a valoração de prova for atingida pelo atentado contra os direitos fundamentais, concretizados, quer pela lei adjetiva, quer pela lei substantiva, ela não poderá ser valorada, no âmbito do processo penal, quer seja

---

9 Ora, a realização da justiça pressupõe a descoberta da verdade mas, não de toda e qualquer verdade, apenas da verdade material processualmente válida, isto é, a verdade alcançada com respeito pela garantia da dignidade da pessoa humana e que não faz do arguido um objeto do processo. Neste sentido está o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de fevereiro de 2008, Processo 10898/2007-3.

10 Canotilho & Moreira 2007: 379-387; Pinto de Albuquerque 2008a: 318; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de dezembro de 2008, Processo 3968/2008-5.

11 Sousa Mendes, 2004: 134-141.

carreada para os autos pelas instâncias formais de controlo, quer seja carreada pelos particulares<sup>12</sup>.

Nesta esteira, a lei regula as circunstâncias em que as provas não podem ser valoradas, no âmbito do processo penal. Tal como sucede com o preceituado no art. 167.º do CPP que faz depender a admissibilidade de valoração das reproduções mecânicas da sua não ilicitude penal, nos termos definidos pelo art. 199.º, n.º 2, do CP.

Aliás, sempre se imporia aos Tribunais a necessidade de verificação da eventual ilicitude penal das provas, pois não pode o juiz fundamentar a sua decisão com base numa prova ilícita ou cuja valoração concretiza a ilicitude penal da prova, atenta a necessidade de preservação da integridade judicial e a ausência de uma dupla moral.

Preconizamos, por conseguinte, a regra de princípio da inadmissibilidade valorativa, no âmbito do processo penal, das provas obtidas de modo ilícito por particulares<sup>13</sup>.

Note-se que, é o entendimento oposto, ou seja, da admissibilidade de princípio dos meios de prova obtidos de modo ilícito por particulares, que colhe o apoio maioritário dos autores, entre eles, Roxin, Eb. Schmidt e Otto, que, para o efeito, usam dois argumentos, um de ordem formal, advogando que as normas atinentes às proibições de prova têm como destinatários principais as autoridades processuais<sup>14</sup>, e outro de ordem material-teleológica, segundo o qual aquele que cometeu um crime pode ver insurgir, contra si, um meio de prova ilicitamente obtido pela vítima do crime<sup>15</sup>.

Creemos que o argumento de ordem formal não prossegue dado que a proibição de valoração aplica-se uniformemente, quer às instâncias formais de controlo, quer aos particulares. Bem como o argumento de ordem teleológico-material, por operar à redução do tipo, não é procedente, pois mesmo aquele

---

12 No mesmo sentido Costa Andrade (1992: 197-198) advoga que não está excluído que os métodos proibidos de prova possam ser empreendidos por particulares. E se tal ocorrer deverá predominar a proibição de valoração.

13 No mesmo sentido podemos verificar Almeida Benevides, 2002: 70 e 71.

14 Note-se, em termos que consideramos pertinentes, que Gössel, citado por Costa Andrade (1992: 45) defende que o §136 a) da lei processual alemã (correspondente ao nosso art. 126.º, n.º 1, do CPP), ainda que reportado ao interrogatório do arguido, será aplicável, em termos gerais, aos particulares desde que a sua conduta preencha os respetivos requisitos. Também Ambos (2009: 90-96) defende que esta norma deverá aplicar-se analogicamente aos particulares.

15 Citados por Costa Andrade, 1992: 44 e 45. Também admitindo a valoração de provas ilícitas, ainda que excepcionalmente, *vide* Costa Oliveira, 1995: 44-46.

que comete um ato ilícito não deixa de ser lesado na sua esfera de personalidade, ou seja, a relevância dos seus direitos fundamentais não pode ser afetada ao nível do tipo.

Não obstante, os autores que sustentam a tese da admissibilidade da valoração dos meios de prova obtidos de modo penalmente ilícito por particulares apõem limites. Neste sentido, Otto limita os meios de prova suscetíveis de preencher um ilícito penal mediante a visualização de imagens contra vontade do titular do direito, no âmbito do processo penal, na medida em que o aplicador do direito realizaria ele próprio um tipo de ilícito penal. Desde modo, atenta o autor que só uma justificação específica e alheia ao interesse na perseguição penal poderia permitir a valoração desses meios de prova<sup>16</sup>.

Note-se que, conquanto a nossa regra de princípio é a da inadmissibilidade valorativa das provas obtidas de modo penalmente ilícito pelos particulares, somos a concordar com a exceção levantada por Otto, isto porque consideramos que sempre que exista, face ao caso concreto, uma justificação específica, resultante de uma colisão de direitos, à margem do interesse exclusivo na perseguição criminal, poderá ser admitida a valoração processual dessa prova, quer nas situações em que a prova tenha sido obtida de modo ilícito, quer nas situações em que a utilização da prova, não obstante tenha sido obtida de modo lícito, comine na sua ilicitude penal, tal como sucede com a utilização de imagens que conduzem à acusação do respetivo titular do direito, de acordo com a natureza dualista do crime de fotografias ilícitas explanada no art. 199.º, n.º 2, do CP.

Nesta esteira, a decisão acerca da incidência, ou não, de uma proibição de utilização probatória tem que se verificar caso a caso ponderando os interesses em confronto<sup>17</sup>.

Partindo da primeira instância normativa de superação de conflitos, na medida em que configura a verdadeira matriz material e axiológica do regime processual das proibições de prova e, por conseguinte, da proteção do direito fundamental à imagem, propugnamos a divisão do art. 32.º, n.º 8, da CRP em duas partes. Neste sentido fala a doutrina e a jurisprudência de uma proibição absoluta de prova, para os casos em que é posta em causa a dignidade humana, nos termos do art. 32.º, n.º 8, 1.ª parte, da CRP e art. 126.º, n.º 1 e n.º 2, do CPP, e de uma proibição relativa de prova, para os casos em que são postos em

---

16 Citado por Costa Andrade, 1992: 47 e 48.

17 Ambos, 2009: 107-109.

causa direitos fundamentais de cariz individual que podem ser restringidos, de acordo com o princípio da proporcionalidade, por não contenderem com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte, da CRP (no qual se insere o art. 26.º da CRP) e art. 126.º, n.º 3, do CPP<sup>18</sup>.

A inserção do direito à imagem nessa sede prende-se com a sua tutela penal e civil mais rarefeita e cuja intromissão desde que justificada não contende com a dignidade da pessoa humana, até porque está em causa um direito individual que poderá ter que ceder face à necessidade de salvaguarda de outros direitos constitucionalmente protegidos<sup>19</sup>.

Preconizamos, deste modo, uma posição intermédia, na medida em que admitimos, excecionalmente e no âmbito dos direitos fundamentais tutelados na 2.ª parte, do n.º 8, do artigo 32.º da CRP, que atendendo aos interesses em conflito possa existir uma razão atendível à luz do princípio da proporcionalidade que justifique a restrição do direito fundamental vulnerado e que permita a valoração processual da prova em questão<sup>20</sup>.

Cumpre-nos, por ora, verificar se existe prova válida que permita levar os arguidos a julgamento e, por conseguinte, analisar a tipificação do crime de fotografias ilícitas, dado que o bem jurídico carente de tutela é o direito à imagem dos arguidos.

De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à imagem consiste no *“direito de definir a sua própria autoexposição”*<sup>21</sup>.

18 Neste sentido, encontramos, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 2010, Processo 886/07.8PSLSB.L1.S1. E do lado da Doutrina: Morão (2002: 21 e 22) e Ferreira Patronilho (2001: 29-31). Quanto à classificação operada, neste sentido está Teresa Beleza, Alves Meireis, Germano Marques da Silva e Paulo de Sousa Mendes. Contrariamente Paulo Pinto de Albuquerque fala da existência de nulidades insanáveis e de nulidades sanáveis. *Vide* para esta distinta classificação Sousa Mendes (2004: 145-153) e Pinto de Albuquerque (2008a: 319 e 320).

19 Por outras palavras, o direito à imagem não é, nem deve ser, sacralizado como núcleo essencial da vivência pessoal que se sobreponha a todo e qualquer tipo de ponderação de outros valores e direitos constitucionalmente consagrados, *vide*, neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2011, Processo 22/09.6YGLSB.S2.

20 As posições radicais, quer no sentido da inadmissibilidade de valoração das provas obtidas com vulneração dos direitos fundamentais sem ponderação das circunstâncias do caso concreto, quer no sentido da admissibilidade absoluta das provas obtidas com vulneração dos direitos fundamentais, não são de atender, isto porque as primeiras conduzem à proteção dos direitos fundamentais de cariz individual de modo absoluto e à custa de uma impunidade generalizada que pode afetar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos de modo desproporcionado e as segundas levam à afetação a todo o custo dos direitos fundamentais atento o interesse na prossecução criminal.

21 Canotilho & Moreira, 2007: 458-467.

Portanto o objeto de tutela no crime de fotografias ilícitas é a imagem física da pessoa (rosto e todo o corpo), enquanto tal, captada de forma estática (mediante a fotografia) ou de forma dinâmica (através do vídeo, filmes ou registos videográficos) através da utilização de processos técnicos de captação e divulgação da imagem, como por exemplo a fotografia, a câmara de filmar, o vídeo e o telemóvel que é, atualmente, acessível a todos os cidadãos<sup>22</sup>.

Na tipificação do crime de fotografias ilícitas o legislador adotou uma teoria dualista, ou seja, autonomizou o momento da captação das imagens, nos termos do n.º 2, alínea *a*), do artigo 199.º do CP, “*fotografar ou filmar*”, do momento da sua utilização, nos termos do n.º 2, alínea *b*), do artigo 199.º do CP, “*utilizar ou permitir que se utilizem*”, pelo que o ilícito típico se esgota e consuma na captação, mediante fotografia ou filme, da imagem da pessoa ou na sua utilização contra a vontade do titular do direito<sup>23</sup>.

Note-se que, o sujeito passivo do crime de fotografias ilícitas será sempre “*outra pessoa*” e o sujeito ativo será aquele que atua “*contra vontade*” do titular do direito à imagem, bastando, para o efeito, que se contrarie a sua vontade presumida o que sucede sempre que as imagens possam favorecer a acusação do arguido<sup>24</sup>.

Deste modo, a conduta do recorrente ao ser passível de integrar a tipicidade do ilícito, previsto e punido no art.199.º ,n.º 2, alínea *b*), do CP, na medida em que pretende utilizar as fotografias e/ou filmes dos arguidos “*outra pessoa*”, “*contra a vontade*” dos mesmos, pode levar à anulação do valor probatório das imagens, ainda que captadas de modo lícito, no âmbito do processo penal, nos termos do art. 167.º do CPP. Estando, portanto, em causa uma proibição de valoração de prova independente.

Mas, note-se que, o art.167.º do CPP, estipula “*(...) só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal.*” (*sublinhado nosso*), ora a condicionante de validade da prova depende da verificação de uma conduta típica, ilícita e culposa, importando, portanto, verificar se existe ou não alguma causa de justificação do facto ilícito ou da culpa no caso concreto<sup>25</sup>, sendo certo que o propósito de carrear provas para o processo penal não é justificação bastante.

22 Costa Andrade, 1999: 823, 825 e 829.

23 *Idem*: 829-832.

24 *Idem*: 832 e 833.

25 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.



### III. AS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Estamos, nesta sede, numa área que, tocando, ainda, no tema da tutela típica, tem já pontos de contacto com os problemas próprios das causas de justificação do facto ilícito.

Deste modo, tendo em consideração o estipulado no art. 31.º, n.º 1, do CP, em articulação com o princípio da unidade do ordenamento jurídico e o princípio da subsidiariedade do direito penal, todas as causas de justificação existentes em qualquer ramo da ordem jurídica valem para o direito penal<sup>26</sup>.

Haverá, então, que atender ao regulado no art. 79.º, n.º 2, do CC, que corresponde a um regime de exceção no âmbito da tutela civil do direito à imagem o qual se projeta em sede de tipicidade e, não só, em sede de causas de justificação do facto ilícito<sup>27</sup>.

Trata-se de casos em que o direito à imagem deve ceder perante exigências sociais de justiça ou de polícia.

A jurisprudência salienta que as fotografias extraídas de cassetes de video-vigilância colocadas em local que não é privado e que apenas substituem depoimentos de pessoas que fizessem a observação da conduta do arguido, não correspondem a uma abusiva intromissão na sua vida privada, pelo que podem ser usadas em processo penal<sup>28</sup>.

Já as *exigências de polícia* ocorrem quando existe a necessidade de intervenção dos órgãos de polícia criminal no exercício de atividades individuais suscetíveis de lesar superiores interesses coletivos, tentando evitar que se produzam, ampliem ou generalizem danos sociais<sup>29</sup>, o que levará à restrição, a título

26 Neste sentido: Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 95/2003, 2004: 3704; Leal-Henriques & Simas Santos, 2002: 494 e 495; Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, 2009: 432; e Dias, 2007: 387-389.

27 Costa Andrade, 1999: 833.

28 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de fevereiro de 1995, Processo 044846. Em termos similares poderá verificar-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29 de março de 2004, Processo n.º 1680/03, que a utilização processual das imagens que materializam a prática do crime, pelo arguido, captadas pelo sistema de videovigilância colocado num posto de abastecimento de combustível, sem autorização do arguido, são válidas, dado que a captação das imagens ocorreu em local público, onde é sabido que existem câmaras de vídeo, pelo que não é violado o direito à imagem e à reserva da vida privada do arguido. De igual modo se considera que a utilização das imagens, em julgamento, captadas por particular (neste caso sob ordem do avô da menor) que a tudo assistia através da lente da máquina fotográfica em que se retrata o arguido, na esplanada de um café, ou seja, num local público, a induzir uma menor de sete anos a tocar-lhe no pénis, são processualmente válidas, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28 de setembro de 2009, Processo 239/06.5GAVNC.G1.

29 Parecer da Procuradoria -Geral da República n.º 95/2003, 2004:3705.

excecional, de direitos fundamentais de natureza individual de acordo com o princípio da proporcionalidade<sup>30</sup>.

No que concerne às *exigências de justiça* surgirão em termos similares, uma vez que a produção e a utilização, como prova, em processo penal, de fotografias e/ou vídeos poderão, em situações excepcionais, ser admissíveis quando em causa esteja a necessidade de prevenção de perigos, obedecendo-se sempre ao princípio da proporcionalidade como baluarte da colisão de direitos fundamentais<sup>31</sup>.

Uma outra figura jurídica que procede à redução teleológica do tipo e que foi invocada pelo assistente nos autos é o denominado pensamento vitimodogmático que preconiza que aquele que comete um ato ilícito vê caducar a sua tutela jurídica de tal modo que se a vítima de um crime capta a imagem criminosa não é responsabilizada<sup>32</sup>.

Em termos impressivos Paulo Pinto de Albuquerque assevera que podem ser valoradas como prova, nos termos do art. 167.º do CPP, as retratações da materialidade da imagem do crime, ou seja, as imagens relativas aos atos preparatórios e de execução de crimes, ainda que adquiridas de forma oculta, desde que esse seja o único meio prático e eficaz de garantir ao ofendido o seu direito de proteção contra a vitimização e se deixe salvaguardado o núcleo do direito constitucional à privacidade, uma vez que o art. 26.º, n.º 1, da CRP e o art. 199.º, n.º 2, do CP, não protegem a imagem criminosa<sup>33</sup>.

---

30 Segundo a posição de Costa Andrade (1999: 840), tratar-se-á, sobretudo, de exigências preventivas e de salvaguarda de valores extra processuais. A este propósito a jurisprudência alemã admitiu o recurso ao direito de necessidade para justificar a prevenção de perigos e justificar provas proibidas tais como as fotografias captadas, ocultamente, pela polícia e que identificam um grupo terrorista na preparação de vários engenhos explosivos, cf. evidência Costa andrade (1992: 82).

31 Neste sentido verifica-se o voto vencido da Conselheira Maria Fernanda Palma que defende que as restrições do direito à imagem impõem-se por "*exigências de justiça ou de polícia*" quando no plano de uma ponderação de valores se aproxime da lógica de um estado de necessidade de investigação, in Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 81/2007, de 6 de fevereiro de 2007, Processo 871/2005.

32 Esta tese teve o acolhimento da jurisprudência alemã do início dos anos 60 do século XX, desenvolvendo-se no âmbito do direito à palavra, que preconizava que o que se tutela com os direitos fundamentais é a expressão positiva dos mesmos e não a sua degradação o que levaria à renúncia, pelo autor de atos ilícitos, do seu domínio exclusivo sobre a palavra, cf. in Costa Andrade, 1992: 256. Em termos similares, Rogall (2010: 126 e 127) afirma que as declarações através das quais são cometidos crimes não cabem na tutela do direito à reserva da vida privada.

33 Pinto de Albuquerque, 2008a: 326, 449 e 450. Também a jurisprudência entende que aquele que instrumentaliza o seu direito à imagem na ofensa de outros direitos ou quando a não proteção concreta do direito à imagem é condição de eficácia da atuação do Estado na proteção de outros direitos fundamentais ou valores constitucionais não se conjectura a possibilidade de afirmação e prevalência daquela proteção contra tudo e contra todos, cf. in Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2011, cit.

Esta tese tem subjacente um estrito fundamento de justiça que recebe o aplauso da consciência coletiva. Contudo não podemos frustrar os princípios basilares do Estado de Direito, deixando completamente desprovidos de tutela aqueles que se envolvam em práticas ilícitas, sob pena de proliferação dos atentados aos bens jurídicos pelo facto de não atingirem sequer o limiar mínimo da dignidade penal que é a tipicidade<sup>34</sup>.

Atentos os motivos invocados facilmente se compreende a preferência da maioria dos autores para encontrar em sede de (i)licitude/ justificação do facto ilícito a fundamentação para as soluções de não punibilidade dos agentes destas fotografias<sup>35</sup>.

Neste sentido, configurando uma ponte entre o pensamento vitimodogmático e a legítima defesa ou o estado de necessidade, Marcos Eduardo Rauber e Francisco Muñoz Conde, defendem que, excepcionalmente, pode ser utilizada, como prova, a gravação audiovisual realizada por um particular, sem consentimento, que esteja a ser vítima de um crime ou atuando em benefício de um terceiro vítima de crime<sup>36</sup> e que com a gravação pretende facilitar a averiguação, captação e, posterior, perseguição criminal mediante a identificação do autor do crime, pois, esta conduta está amparada por uma causa de justificação que, tratando-se de um particular, pode ser um estado de necessidade ou o exercício legítimo de um direito<sup>37</sup>.

Aliás esta foi a solução preconizada pelo Tribunal *ad quem*, no caso *sub judice*, e com a qual concordamos, que asseverou: “*Não sendo necessário ir tão longe quanto o foi a teoria da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático (...) importa, porém, não perder de vista a possibilidade de verificação de alguma causa de justificação da ilicitude ou mesmo da culpa configuráveis no caso.*”<sup>38</sup>

34 Costa Andrade, 1992: 257.

35 Costa Andrade, 1999: 835; Costa Andrade, 1992: 257.

36 Será por exemplo o caso em que os pais filmam ou fotografam a ama, ainda que ocultamente, a maltratar a sua filha ou, ainda, quando um vizinho assiste ao arrombamento da vivenda ao lado de sua casa através da lente da máquina fotográfica.

37 Muñoz Conde, 2004: 110-112; Rauber, 2003: 185 e 186. Defende, ainda, este autor, que quando a prova ilícita é o único elemento capaz de evidenciar a inocência do acusado, constituindo, deste modo, uma prova *pro reo*, impõe-se a sua admissibilidade valorativa dada a prevalência do direito à liberdade e à dignidade do indivíduo.

38 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.

A legítima defesa tem a natureza de uma permissão jurídica e não uma mera não proibição<sup>39</sup>.

Para que exista legítima defesa, nos termos do art. 32.º do CP, é necessário a verificação de uma agressão, isto é, um ato humano voluntário, ativo ou omissivo, que constitua ameaça para os bens jurídicos pessoais ou patrimoniais, da vítima ou de terceiro, alvo de proteção pela ordem jurídica<sup>40</sup>, e que seja atual ou iminente<sup>41</sup> e ilícita<sup>42</sup>, reclamando, por isso, uma defesa<sup>43</sup> com o *animus deffendendi* (intenção defensiva).

Saliente-se que, consideramos, face à conceção dualista do crime de fotografias ilícitas que a causa de justificação do facto ilícito no âmbito do momento próprio da utilização ou permissão de utilização, nos termos do art. 199.º, n.º 2, alínea b), do CP, deverá estender-se à admissibilidade de valoração processual dessas provas porque o próprio Código de Processo Penal (art. 167.º do CPP) admite a valoração processual quando as provas “*não forem ilícitas, nos termos da lei penal.*”

Ora, bem esteve o Tribunal *ad quem* quando decidiu a admissibilidade de valoração das imagens, como prova, no âmbito do processo penal com fun-

39 É recorrentemente invocado, tanto na prática jurisprudencial como na doutrina, a legítima defesa como causa excludente da ilicitude em agressões típicas à palavra. Compartilhando este entendimento Costa Andrade (1999: 841) advoga que esta é “*uma solução que se nos afigura bem fundada e contra a qual não cremos que possa invocar-se a falta de pressupostos como a atualidade da agressão ou a idoneidade e necessidade do meio*”. Note-se que, é no âmbito do direito à palavra que estas conotações prático-jurídicas mais se desenvolveram, na medida em que o direito à palavra é dotado de uma tutela penal reforçada em relação ao direito à imagem, o que leva a um estudo mais aturado deste direito e, também, porque, não raras vezes, o cometimento do crime de *gravações ilícitas* constitui um importante meio de defesa, de vítimas de crimes, contra o autor das palavras.

40 Leal-Henriques & Simas Santos, 2002: 501. Salienta Dias (2007: 410) que “*o bem ameaçado deve ser juridicamente – não necessariamente jurídico-penalmente! – protegido.*”

41 Afirma Dias (2007: 413 e 414) que relevante será “*o momento até ao qual a defesa é suscetível de pôr fim à agressão*”. De modo pertinente, este autor, defende que quando está em causa a preparação antecipada da defesa, designadamente, através de aparelhos automáticos, relativamente a uma agressão eventual, tal defesa é legítima pelo menos do ponto de vista da atualidade, desde que no momento da defesa a agressão seja atual.

42 Isto é objetivamente e subjetivamente contrária aos ditames da ordem jurídica. Neste sentido Palma, 1992: 831 e 832.

43 A necessidade de defesa verifica-se não só quanto ao meio empregue mas também quanto à necessidade do próprio facto defensivo. Como revela Dias (2007: 418-424) a necessidade da defesa constitui o próprio fundamento da legítima defesa, pois, analisando-se a legítima defesa numa colisão de bens, esta só existirá se for necessário salvar um deles à custa do outro e, também, porque só assim se garantirá a exigência da reafirmação do direito face ao ilícito na pessoa do agredido. Por outro lado, o meio deve ser o necessário para repelir a agressão, ou seja, o meio deverá ser idóneo para deter a agressão, bem como deverá ser dentro dos meios eficazes o menos gravoso para o agressor.

damento na legítima defesa, preconizando, destarte, que o uso das imagens captadas, no caso em análise, configura “*um meio necessário e apto a repelir a agressão ilícita da propriedade do assistente.*”<sup>44</sup>

Mesmo para quem se recusa a reconhecer a atualidade da agressão ou a idoneidade e a necessidade do meio aquando da utilização das imagens, como prova, em processo penal, desconsiderando, deste modo, a verificação dos pressupostos da legítima defesa, dir-se-á que, sempre, estará verificado o direito de necessidade, na medida em que a utilização dessas imagens como prova atuam de modo a prevenir um perigo futuro.

Atente-se que, segundo Paulo Pinto de Albuquerque, poderá existir um “*estado de necessidade defensivo*” quando o lesado é o próprio causador da situação de perigo, neste caso o agente reage contra um interesse jurídico do agressor ou causador da situação de perigo, quando não se verifiquem todos os requisitos da legítima defesa<sup>45</sup>. Também podendo ocorrer um “*estado de necessidade defensivo alheio*” quando o agente reage contra um interesse jurídico do agressor em defesa de um terceiro lesado<sup>46</sup>.

Evidencie-se que o que está, aqui, em causa, admite Figueiredo Dias, é a necessidade de ponderação de todos os interesses em conflito. Isto porque o “*estado de necessidade defensivo*” resulta do fundamento do direito de necessidade, isto é, o de conferir preponderância, numa situação de conflito de bens e interesses, ao interesse que deva preconizar-se como de maior valor à luz do caso concreto<sup>47</sup>.

Tratar-se-á, assim, como nota Maria Fernanda Palma, de chamar à colação todos os fatores de ponderação, quer os que constituem os interesses do legislador, quer os que se reconduzem aos valores de normal sensibilidade cultural e social<sup>48</sup>.

44 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.

45 Pinto de Albuquerque, 2008b: 159. Nesta sede podemos, ainda, verificar que esta posição é partilhada por Cavaleiro de Ferreira, Paula Ribeiro de Faria e Manuel da Costa Andrade. No mesmo sentido Dias (2007: 462 e 463). Denote-se que, entende, este autor, que o facto de o perigo resultar do próprio lesado é apenas mais um fator de ponderação de interesses conflituantes até porque o “*estado de necessidade defensivo*” é pensado para colmatar eventuais lacunas no âmbito de tutela da legítima defesa. Ora, partilhamos da mesma opinião, na medida em que entendemos que terá de ser ponderado no âmbito da colisão de direitos o facto de o lesado ter contribuído para a situação de perigo e lesão do bem jurídico do agente.

46 Pinto de Albuquerque, 2008b: 159.

47 Dias, 2007: 463.

48 Citada por Dias, 2007: 456. A esta luz surge-nos bastante pertinente, na atualidade, o pensamento de Klug, o qual é aprovado por Costa Andrade (1999: 842) que estende a eficácia justificativa do direito de

Deste modo, caso não se conceba a existência de legítima defesa, devido a posições mais restritivas no que respeita à interpretação da atualidade da agressão, sempre se dirá que a atuação do assistente está justificada ao abrigo de um “*estado de necessidade defensivo*”, que exclui, em concreto, a ilicitude do facto. E por essa via salvaguarda a admissibilidade de valoração das imagens captadas, como prova, em processo penal.

#### IV. A COLISÃO DE DIREITOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A verificação da existência de causas de justificação do facto ilícito implica sempre um juízo de peso e contrapeso dos direitos conflituantes, no caso concreto, de modo a encontrar uma justa composição dos direitos em conflito, bem como a solução mais adequada do ponto de vista das consequências prático-normativas<sup>49</sup>.

Por conseguinte, o direito à imagem, enquanto direito fundamental constitucionalmente protegido, só pode ser restringido nos casos expressamente previstos na Constituição, nos termos do art. 18.º, n.º 2 e n.º 3 da CRP. Pelo que qualquer restrição só será legítima se justificada pela salvaguarda de outro direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido, devendo respeitar, sempre, as exigências do princípio da proporcionalidade e deixando salvaguardado o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, de modo a alcançar-se uma concordância prática dos direitos<sup>50</sup>.

---

necessidade aos atentados típicos à palavra ou à imagem, quando decorrentes da liberdade de imprensa, o que sucede quando as gravações ou imagens transmitidas na televisão sejam necessárias para prevenir perigos iminentes de crimes com interesse para a coletividade. Adianta este autor que “*será assim, mesmo que as gravações, fotografias ou filmes tenham sido ilicitamente obtidos.*” Pense-se, por exemplo, nas imagens divulgadas na imprensa e que materializam a prática de crimes. Ora, não pode a justiça penal utilizar as imagens como notícia do crime e depois, como que por magia, aparentar que nunca se viram as imagens prosseguindo o processo criminal apenas com base na prova testemunhal para não comprometer a sua decisão com a, necessária, fundamentação da prova com base em imagens cobertas pelo direito de necessidade. Pelo exposto, consideramos que essas imagens deverão adquirir eficácia probatória e, deste modo, incorporar o juízo oral da audiência e julgamento.

49 Como bem denota Dias, citado por Leal-Henriques & Simas Santos (2002: 495), “*há nesta matéria um princípio, a que não se pode negar valor compreensivo e heurístico relevantíssimo: o da ponderação dos valores conflituantes na situação concreta. O juízo da ilicitude é, com efeito, uma decisão lançada sempre no âmbito dos valores conflituantes em cada situação (...). Só pois o princípio da ponderação – que acaba afinal por decorrer do princípio do respeito pela autonomia e pela consciência éticas de todas as pessoas (ou do ser-com-outros) – pode fornecer um critério material valioso para as tarefas de interpretação e integração dos tipos justificadores.*”

50 Neste sentido, também, Parecer da Procuradoria -Geral da República n.º 95/2003, 2004: 3699.

Note-se que, atualmente, tendo em linha de conta o salto tecnológico operado ao longo do século XX até aos dias de hoje que tornou acessível a todos os particulares dispositivos de captação e divulgação de imagens que, muitas vezes, materializam o cometimento da prática de crimes, tornando-se, sem dúvida, um importante meio de defesa dos particulares, é comum os casos de conflito entre o direito pessoal à imagem e o direito à segurança ou, como no caso em análise, com o direito à defesa da propriedade.

Nestes casos, a ilicitude destes meios de prova deriva da violação dos pressupostos assinalados como justificativos da limitação do direito à intimidade ou à própria imagem ou do resultado da ponderação do princípio da proporcionalidade. Isto porque os direitos fundamentais não têm a condição de direitos absolutos sendo necessário analisar os diferentes condicionalismos que devem concorrer, no caso concreto, na hora da legítima limitação do direito fundamental afetado<sup>51</sup>.

Evidencie-se que os direitos fundamentais estão sujeitos a variações conforme o contexto social e as particularidades próprias de cada caso. Deste modo, o intérprete e aplicador do direito deverá ser dotado de um juízo discricionário, no momento da interpretação casuística, mas sempre balizado por princípios passíveis de fiscalização como o princípio da proporcionalidade, o princípio da unidade da constituição e o princípio da concordância prática e harmonização dos direitos fundamentais<sup>52</sup>.

Note-se que coube à Alemanha a configuração atual do princípio da proporcionalidade no campo dos direitos fundamentais<sup>53</sup>. Permitindo que o princípio da proporcionalidade modele, em definitivo, todas as decisões em matéria de proibições de prova<sup>54</sup>.

No âmbito do Acórdão que constitui o objeto deste trabalho, também, o Tribunal *ad quem*, preconizou que porque estão em conflito direitos passíveis

---

51 Armenta Deu, 2011: 90,91 e 97.

52 Saliente-se que a utilização de um juízo de ponderação dos interesses em conflito à luz do princípio da proporcionalidade gera muitas críticas baseadas no argumento de que tal operação é subjetiva e outorgaria margem ao arbítrio judicial e ao erro. Não concordamos com tal posição porque é a própria ordem jurídica que concede legitimidade ao julgador para efetuar valorações que permitam a adequação da norma positivada às particularidades da realidade social, pelo que, como nota José Carlos Barbosa Moreira, citado por Rauber (2003: 197), se pretendêssemos de todo eliminar a possibilidade de adequação valorativa “*seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso. Visões desse género, projetadas num hipotético futuro, já têm provocado pesadelos demais...*”.

53 Moreira, 2007: 94.

54 Costa Andrade, 1984: 558.

de proteção será necessária a ponderação entre o interesse e finalidades legítimas dos responsáveis (o seu direito à propriedade e segurança de pessoas e bens) e os direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados afetados pela recolha das imagens<sup>55</sup>.

Ora, o direito à imagem enquanto tal, nos termos articulados do art. 26.º, n.º 1, da CRP, art. 79.º do CC, e art. 199.º, n.º 2, do CP, permite a proteção do domínio exclusivo da imagem da própria pessoa, ou seja, só o próprio visado poderá definir aqueles que podem captar a sua imagem, regista-la e utilizá-la. Mas, como bem adiantou Manuel da Costa Andrade ao conjugarmos a tutela penal e civil do direito à imagem verificamos que a incriminação cinge-se quase, tendencialmente, à fotografia íntima, dado que para existir ilicitude da fotografia esta tem de ser captada e/ou utilizada contra vontade, além de que a incriminação surge excluída quando a imagem surja enquadrada em lugares públicos ou corresponda a factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente pelo que, segundo este autor, *“no fundo resultará criminalizável a fotografia que já o seria em nome da intimidade e não da imagem”*<sup>56</sup>.

No contraponto da balança temos o direito à propriedade que vem consagrado no art. 62.º da CRP e que tem uma componente negativa, isto é, toda a pessoa tem o direito de não se ver privado dos seus bens e do uso que se possa fazer deles, possuindo, assim, natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, nos termos do art. 17.º da CRP.

Atento o exposto de modo a verificar se uma medida restritiva de um direito fundamental é admissível e satisfaz o princípio da proporcionalidade há que verificar se foram cumpridas três condições, ou seja, se a medida é idónea a atingir o fim proposto, se é necessária, isto é, a menos restritiva possível e se supera o juízo de proporcionalidade em sentido restrito, atingindo, assim, superiores vantagens para o interesse geral quando confrontados com outros bens ou valores em conflito<sup>57</sup>.

Denote-se que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, doravante TEDH, ao debruçar-se sobre casos similares ao por nós desenvolvido utilizou

---

55 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.

56 Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 95/2003, 2004: 3704. Também Silva Rodrigues (2010: 564) assevera que existe a nível substantivo e adjetivo penal uma menor proteção do direito à imagem que condicionará, indubitavelmente, a sua tutela em sede penal.

57 Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, cit.



como critério de solução o princípio da proporcionalidade na sua tripla vertente<sup>58</sup>.

Deste modo no caso *Köpke c. Allemagne*<sup>59</sup> o TEDH examinou se o Estado atingiu um justo equilíbrio entre o direito da requerente ao respeito pela sua vida privada e imagem, nos termos do art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, doravante CEDH, e o direito do empregador na proteção do seu direito de propriedade, garantido pelo art. 1.º do Protocolo Adicional da CEDH, e do interesse público na boa administração da justiça<sup>60</sup>.

A este respeito o TEDH considerou que a interferência no direito à vida privada e à imagem da requerente não foi arbitrária e está justificada, pois foi restrita ao necessário para proteger a propriedade do empregador, uma vez que teve um intuito preventivo e foi limitada no tempo e no espaço, servindo, igualmente, para afastar suspeitas sobre outras pessoas e salvaguardar o interesse público na boa administração da justiça.

Face ao exposto, atentas as considerações tecidas, entendemos que, no caso objeto do nosso estudo, a utilização das imagens, obtidas pelo sistema de videovigilância do assistente, como prova, no processo penal são admissíveis, dado que não representam qualquer ilícito penal. Isto porque a utilização das imagens que materializam a prática do crime é idónea à identificação dos arguidos e ao afastamento da agressão da propriedade mediante a perseguição criminal, sendo, também, razoável, uma vez que não houve exposição arbitrária das imagens dos arguidos e conota-se pelas superiores vantagens para o interesse geral, *máxime* a proteção da propriedade e segurança de pessoas e bens, bem como o funcionamento eficaz da justiça material.

Sendo, ainda, de relevar que as imagens dos arguidos surgem enquadradas num espaço de acesso comum do prédio que se distingue das parcelas privadas de utilização exclusiva, pelo que não é igualmente violado o seu direito à reserva da vida privada.

58 Bachmaier Winter, 2010: 171-174.

59 Acórdão do TEDH, de 5 de outubro de 2010, *Köpke c. Allemagne*, Processo 420/07.

60 *Ibidem*. Resumidamente neste caso a requerente recorre para o TEDH com o fundamento de que a colocação do sistema de videovigilância, pelo empregador, no seu local de trabalho, de modo oculto e sem o seu consentimento, bem como o uso das cassetes de vídeo e das imagens, como prova, da prática de roubo e, conseqüente, justo despedimento, no âmbito do processo de trabalho, tinha violado o seu direito à privacidade estabelecido no art. 8.º da CEDH. Note-se que no plano europeu o direito à imagem admite ingerências, desde que não sejam arbitrárias nem ilegais e sejam justificadas para fins de prevenção penal ou proteção de direitos, liberdades e garantias de terceiros. Neste sentido também podemos ver Bachmaier Winter, 2010: 164.

Este tem sido, também, o entendimento da nossa jurisprudência que considera não constituir crime a obtenção e, ulterior, utilização de imagens, captadas por sistemas de videovigilância de particulares, mesmo sem o consentimento do visado, sempre que exista uma justa causa para tal, designadamente estejam enquadradas em locais públicos, visem a realização de interesses públicos (proteção de pessoas e bens) ou hajam ocorrido publicamente. Como tal a utilização das imagens não corresponde a qualquer método proibido de prova, pois, visam documentar a prática de uma infração criminal, servindo, assim, as *exigências de polícia e de justiça*<sup>61</sup>.

Nesta esteira, parece-nos desligada da realidade a perspectiva jurisprudencial inversa e que se pronuncia pela necessidade de autorização ou de prévia advertência ao criminoso, chegando à invocação de um absoluto direito à imagem ou direito à reserva da vida privada, em todo e qualquer espaço público e de acesso público, uma vez que esta jurisprudência desconsidera os argumentos teleológicos que devem ser apreciados quando se esta perante uma atuação da vítima do crime que pretende com a utilização das imagens captadas proteger a sua vida, integridade física ou propriedade. Na nossa opinião essa desconsideração poderá atentar contra os pressupostos do Estado de Direito, dado que haverá que verificar, no caso concreto, todos os circunstancialismos que poderão chamar à colação a necessidade de ponderação dos interesses conflituantes evidenciado a existência, ou não, de razões excludentes da ilicitude<sup>62</sup>.

## V. O EFEITO À DISTÂNCIA DAS PROIBIÇÕES DE VALORAÇÃO

Um dos problemas levantados no caso *sub judice* consiste na definição do alcance da proibição de valoração da prova, isto é, caso se considerasse inválida a utilização processual das imagens captadas pelos particulares poderia, contudo, ser valorado o depoimento daqueles que visualizaram, anteriormente, essas imagens e cujo conhecimento dos factos se funda nas preditas imagens?

61 Neste sentido a nossa jurisprudência: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de março de 2010, Processo 1630/08.8PFSXL.L1-9; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de fevereiro de 2010, Processo 371/06.5GBVNF.P1; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de outubro de 2009, Processo 103/05.5GCETR.C1.P1; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de janeiro de 2011, Processo 68/10.1PBLRA.C1.

62 Atentas as razões invocadas, não concordamos com a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de maio de 2006, Processo n.º 83/2006-3, bem como com a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de outubro de 2008, Processo 8324/2008-9.

A questão acima referenciada levanta o problema do chamado efeito à distância<sup>63</sup>, ou seja, quando um meio ou método de prova está vedado pelas proibições de valoração de prova é necessário indagar se essa proibição de valoração se comunicou, ou não, aos meios de prova mediatamente obtidos, impondo a sua exclusão em cadeia.

Note-se que no direito americano vigora o princípio do efeito à distância, ou de acordo com a expressão utilizada pelos Tribunais americanos “*fruit of the poisonous tree doctrine*” (*doutrina dos frutos da árvore envenenada*), das *exclusionary rules*<sup>64</sup>.

A regra da comunicação da inadmissibilidade de valoração das provas imediatas às provas mediatas tem como fundamento a necessidade de dissuasão (*deterrence*) das práticas ilegais levadas a cabo pelas instâncias formais de controlo, *maxime* da polícia<sup>65</sup>.

Contudo, a jurisprudência americana advoga algumas exceções ao princípio do efeito à distância, sendo de relevar, neste contexto, a doutrina da atenuação (*doctrine of attenuation*) que permite a valoração da prova secundária sempre que a ligação entre a prova primária e a prova secundária surja tão atenuada que acaba por dissipar a fonte de inadmissibilidade valorativa<sup>66</sup>. Outra exceção é a preconizada pela doutrina da fonte independente (*independent source doctrine*), que surge quando as provas que se pretende excluir por se considerarem derivadas de uma violação de direitos constitucionais anterior, derivam, na realidade, de uma fonte independente e legal e, por isso, à margem das *exclusionary rules*

63 Costa Andrade, 1992: 61 e 62. Correspondente às figuras, similares, do direito comparado, ou seja, à *Fernwirkung* (efeito à distância) alemã e à “*fruits of the poisonous tree doctrine*” (teoria dos frutos da árvore envenenada) americana.

64 *Idem*: 170. Note-se que o denominado efeito à distância surge, pela primeira vez, proclamado na Sentença do juiz Oliver Wendell Holmes, em 1920, a propósito do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251, U. S., 385, 1920). E foi a partir de 1939, no caso *Nardone v. United States*, (308, U. S., 338, 1939), que o juiz Félix Frankfurter utilizou a metáfora, não mais abandonada, que se propagou a todos os direitos continentais do fruto da árvore envenenada.

65 Costa Andrade, 1992: 170. A par deste fundamento, Gómez-Jara Díez (2008: 26) salienta que, constituiu argumento da jurisprudência para sustentar a regra da exclusão a necessidade de preservar a integridade judicial.

66 Segundo Morão (2002: 49 e 50) seria esse o caso quando ocorrendo uma violação de uma norma de proibição de prova e após ter sido reposta a legalidade do ato surja um comportamento livre e informado do arguido, acerca da inadmissibilidade de utilização das provas assim adquiridas, acabando, todavia, posteriormente e de modo autónomo por confessar o crime. Foi o caso *Wong Sun v. United States* (371, U. S., 471, em 1963).

que afetam a prova imediata<sup>67</sup>. E, uma terceira exceção é a denominada doutrina do descobrimento inevitável (*inevitable discovery exception*) que consiste na certeza de que, embora a prova tenha sido obtida como consequência de uma violação constitucional inadmissível, ela acabaria sempre por ser obtida por meios legais, pelo que a prova derivada é, assim, admissível<sup>68</sup>.

Evidencia Teresa Armenta Deu que a regra da exclusão americana, pese embora derive de um ponto de vista e objetivos diferentes dos preconizados nos sistemas continentais, constitui um sistema de referência para a doutrina e a jurisprudência de todos os países da Europa<sup>69</sup>.

Pelo exposto, é de relevar a tendência para o declínio da regra da exclusão marcada pela Sentença *Hudson vs. Michigan*<sup>70</sup>. Deste modo foi introduzido um novo critério na doutrina da conexão atenuada que consiste no *fim de proteção da norma*, nestes termos a atenuação deveria ocorrer quando a exclusão não serve os interesses protegidos pela garantia constitucional violada, resultando, assim, inaplicável a regra da exclusão<sup>71</sup>.

Verifica-se, deste modo, a implementação, pela jurisprudência dos Estados Unidos da América, da necessidade de ponderar os interesses em jogo (*balacing approach*) tendo em consideração os elevados custos sociais que pode

67 Gómez-Jara Diez, 2008: 28; Costa Andrade, 1992: 171 e 172. A primeira situação de preconização da doutrina da fonte independente remonta à decisão do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251, U. S., 385, 1920). Surgindo, também no caso *Segura v. United States* de 1983 (468 U. S. 796), aqui, embora tenha surgido uma primeira busca sem mandado, surgiu uma segunda busca com mandado (baseada numa causa provável anterior à primeira busca) a qual permitiu encontrar droga na residência. Neste caso, o Tribunal manteve apenas como prova válida o estupefaciente apreendido na segunda busca, uma vez que a prova derivava de uma fonte independente e legal.

68 Gómez-Jara Diez, 2008: 28. Note-se que esta doutrina surgiu do caso *Nix v. Williams*, de 1984, (467 U. S. 431), também conhecido por *Williams II*, em que o arguido localizou o cadáver da vítima, sem que lhe tivessem sido lidos os seus direitos (Miranda Warnings), o que invalidaria essa prova. Todavia já ocorriam buscas, no local onde foi encontrado o cadáver, pelo que, seguramente mais tarde, o cadáver viria a ser descoberto.

69 Armenta Deu, 2011: 29 e 30.

70 *Hudson v. Michigan*, U.S. 04-1360 (15-06-2006). Esta sentença foi proferida em 2006 pelo juiz Antonin Scalia, a qual podemos encontrar resumidamente em Gómez-Jara Diez, 2008: 32-36. Note-se que esta Sentença caracterizou-se pela conversão da regra da exclusão mais numa exceção do que numa regra, como resulta das frases proferidas pelo relator: “a exclusão das provas é o nosso último recurso, não o nosso primeiro impulso”, isto porque “os custos de participar nesta lotaria (a da exclusão) são pequenos, se bem que o prémio é enorme: a exclusão de todas as provas, chegando em alguns casos a converter-se numa carta gratuita para sair da prisão”, pelo que a regra da exclusão “implicaria forçar o público de hoje a pagar pelos pecados e inadequações de um regime jurídico que existia há quase 50 anos.”

71 *Ibidem*.

ter a consagração de uma regra da exclusão obrigatória, que não olhe para os circunstancialismos próprios de cada caso<sup>72</sup>.

Por outro lado, resultou do caso *Hudson vs. Michigan* que o efeito dissuasor da regra da exclusão podia, hoje, ser substituído por remédios civis e/ou disciplinares<sup>73</sup>.

Por seu turno, no âmbito do direito alemão, também é preconizado o princípio do efeito à distância, denominado de *Makel-theorie*, ou seja, teoria da nódoa, a qual do ponto de vista prático constitui uma cópia da teoria americana dos frutos da árvore envenenada, mas, do ponto de vista teórico, visa a tutela dos direitos fundamentais, dado que renunciar ao efeito à distância acabaria por violar os próprios fundamentos do Estado de Direito<sup>74</sup>.

Estamos, por conseguinte, perante um verdadeiro efeito dissuasor que informa, quer as instâncias formais de controlo, quer os particulares, que não devem cometer ilegalidades sob pena de não fruïrem de qualquer prova válida.

Mas, também, no direito alemão não se seguiu a teoria do efeito à distância de forma irrestrita dado que tanto a doutrina como a jurisprudência defendem a restrição da teoria do efeito à distância mediante a existência de um *comportamento lícito alternativo*<sup>75</sup> e atendendo ao *fim de proteção da norma* de proibição de prova violada<sup>76</sup>.

Note-se que no âmbito do direito português é inequívoca a existência do efeito à distância das proibições de prova na ordem jurídica portuguesa<sup>77</sup>.

Contudo, à semelhança do que sucede no direito americano e alemão, também no direito português não se concebe o efeito à distância da proibição de valoração das provas de modo absoluto, dado que sempre se terá de atender

72 Armenta Deu, 2011: 31 e 32.

73 *Hudson v. Michigan*, U.S. 04-1360 (15-06-2006). Note-se que, recentemente, no caso *Herring v. United States*, U.S. 07-513 (14-01-2009) confirmou-se mais uma limitação à regra da exclusão mediante a aceitação da boa-fé da polícia (*good-faith exception to the exclusionary rule*), isto é, quando a polícia atua, na realidade e em concreto, com violação das regras constitucionalmente consagradas mas, sem essa consciência, atuando de boa-fé, impõe-se o afastamento da regra da exclusão da prova e do seu efeito à distância. Resumidamente em Gomes de Sousa, 2010: 26-31. Ou, ainda, resumidamente em Armenta Deu, 2011: 182 e 183.

74 Costa Andrade, 1992: 175 e 176; Morão, 2002: 11.

75 Costa Andrade, 1992: 178 e 316.

76 Grünwald citado por Costa Andrade, *idem*: 177.

77 Conforme evidencia a jurisprudência a questão que hoje se coloca não é a da aceitação do efeito à distância mas sim a definição do seu alcance, cf. *in* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de dezembro de 2006, Processo 2876/2006-5.

a determinadas particularidades do caso concreto, tais como, o tipo de proibição de prova violada, o bem jurídico afetado<sup>78</sup>, e a necessidade de harmonização e concordância prática com outros valores e direitos constitucionalmente reconhecidos, à luz do caso concreto, desde que se deixe salvaguardado o conteúdo da dignidade da pessoa humana<sup>79</sup>.

Nestes termos, sustentamos, nos termos do art. 32.º, n.º 8, 1.ª parte, da CRP e do art. 126.º, n.º 1 e n.º 2, do CPP, que a utilização destes métodos proibidos de prova impõem a comunicação da proibição de valoração à prova mediata sempre que exista umnexo de causalidade objetiva entre a prova mediata e a violação da proibição de prova, na medida em que estamos perante os atentados mais intoleráveis à dignidade da pessoa humana. Já no que concerne aos interesses individuais que não contendem diretamente com a garantia da dignidade da pessoa, nos termos do art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte, da CRP e dos artigos 126.º, n.º 3, e 167.º, ambos, do CPP, impor-se-á uma restrição do alcance do efeito à distância das proibições de valoração probatória<sup>80</sup>.

Por conseguinte, embora o legislador tenha consagrado o conceito de invalidade derivada, nos termos do art. 122.º, n.º 1, do CPP, pouco disse sobre o efeito à distância das proibições de prova, cabendo ao intérprete e aplicador

78 Costa Andrade, 1992: 314.

79 Neste sentido podemos encontrar Figueiredo Dias, citado por Morão, 2002: 37 e 38, notas de rodapé n.º 73 e 74.

80 Neste sentido Costa Andrade (1992: 315) defende, nas suas expressivas palavras que *“O efeito-à-distância parece, assim, configurar um momento nuclear do fim de proteção do art. 126.º do CPP na direção do arguido. Uma conclusão reforçada pela consideração suplementar e decisiva de que só o efeito-à-distância pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio nemo tenetur se ipsum accusare.”* Também Pinto Albuquerque (2008a: 322-324) defende que o vício da prova obtida mediante tortura, ofensa à integridade física e/ou mental, aplicação de tratamentos desumanos ou degradantes (art. 3.º da CEDH), ou mediante a aplicação de meios enganosos não podem ser valorados de forma alguma. Em termos que, igualmente, concordamos Morão (2002: 41, nota de rodapé b) adianta que sempre que se estiver perante interesses individuais, ainda que surjam como emanações de direitos fundamentais, será de admitir a sua limitação em função de interesses conflituantes desde que não se contenda com a garantia direta da dignidade da pessoa humana. Também a nossa jurisprudência é unânime na aceitação da distinção do alcance do efeito à distância nos casos em que se contende diretamente com a garantia da dignidade humana, como no caso de utilização da tortura para obter uma confissão (art. 126.º, n.º 1 e n.º 2, do CPP), dos casos em que estão em causa interesses individuais que não põem em causa essa garantia constitucional, sendo possível a sua restrição proporcional em função de interesses conflituantes (art. 126.º, n.º 3, do CPP). *Vide* neste sentido: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de fevereiro de 2008, Processo 07P4552; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de maio de 2004, Processo 04P774; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de janeiro de 2008, Processo 06P4805.

do direito a escolha da solução mais justa para cada caso concreto à luz do princípio da proporcionalidade<sup>81</sup>.

Pelo exposto, transpondo todos estes ensinamentos para o caso em análise, dir-se-á que o *fim de proteção da norma* que incrimina as fotografias ilícitas impede a exposição arbitrária das fotos mas não impõe a desconSIDERAÇÃO dos depoimentos prestados por quem, anteriormente, visualizou as imagens, pois, ainda que se configurasse a utilização das imagens, pelos assistentes, inválidas, não se invalidaria o testemunho porque está, desde logo, afastada a tipicidade da segunda modalidade do crime de fotografias ilícitas que impõe a mediação das fotografias ou filmes, nos termos do art. 199.º, n.º 2, alínea b), do CP<sup>82</sup>, bem como o bem jurídico que se quis proteger, com a proibição estabelecida no art. 167.º, do CPP, estaria salvaguardado. Além disso esta solução sempre se preconizaria à luz da ponderação dos interesses em conflito, no caso concreto, restringindo-se, de modo razoável, o efeito à distância das proibições de prova<sup>83</sup>.

## VI. POSIÇÃO ADOTADA

Após a análise da facticidade do caso *sub judice*, bem como dos argumentos de direito tecidos pelos sujeitos processuais (arguidos e assistente) e da tomada de decisão do Tribunal *a quo* e do Tribunal *ad quem*, é possível assumir a nossa posição como concordante com a decisão proferida pelo Tribunal *ad quem*.

---

81 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de maio de 2004, cit.; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de janeiro de 2008, cit.

82 Porque de bastante relevo para o estudo que, aqui, desenvolvemos cita-se o exemplo análogo, a este propósito revelado por Costa Andrade (1999: 830) “*Não pode ser punido pelo crime de gravações ilícitas o jornalista que, sem consentimento, reproduz oralmente (na rádio ou televisão) ou por escrito, no todo ou em parte, o teor de uma gravação, mesmo que ilicitamente produzida ou obtida. E isto quer a reprodução seja feita *ipsis verbis* ou relatando o seu conteúdo essencial. A responsabilidade do jornalista está afastada logo ao nível da tipicidade. Já seria diferente se o jornalista fizesse ouvir a gravação passando-a aos microfones da rádio ou da televisão.*”

83 Saliente-se que, atualmente, já se deixa antever uma possível formulação global europeia, em sentido convergente com a jurisprudência norte-americana, sobre a restrição do efeito à distância. A este propósito surge, paradigmaticamente, o Acórdão do TEDH, de 1 de Junho de 2010, caso *Gäfgen c. Alemanha*, Processo 22978/05. Neste caso o TEDH considerou que as proibições de valoração de prova têm um importante efeito dissuasor das condutas contrárias aos direitos fundamentais, bem como de preservação da integridade judicial. Todavia, há que proceder à limitação do efeito à distância atendendo aos circunstancialismos próprios de cada caso. Assim se a aplicação de tratamentos desumanos não podia ser tolerada, dado que o art. 3.º da CEDH consagra um direito absoluto, que não admite qualquer tipo de restrição, já no âmbito do direito à reserva da vida privada e do direito à imagem admite-se a restrição quando for necessário para a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros, bem como o efeito à distância das proibições de prova terá, evidentemente, neste âmbito um alcance mais limitado. E, em termos similares, cf. Caso *Köpke c. Alemanha*, decidido pelo TEDH, em 5 de outubro de 2010, cit.

A questão que, pertinentemente, se colocou inicialmente consistiu na oportunidade de submissão dos particulares não pertencentes às instâncias formais de controlo, nem atuando sob a sua ordem e/ou direção, ao regime próprio das proibições de prova.

No que concerne a esta questão entendemos que o regime das proibições de valoração de prova é unidimensional, isto é, sempre que a utilização da prova for atingida pelos atentados aos direitos fundamentais, quer seja carreada para os autos pelas instâncias formais de controlo, quer seja carreada por um particular, impõem as regras próprias do Estado de Direito que não seja admissível a sua valoração processual.

A unidimensionalidade das proibições de valoração de prova, nos termos *supra* expostos, prende-se, por um lado, com a conotação substantiva das proibições de prova assente na matriz constitucional e, por outro lado, na necessidade de preservação da integridade judicial, na medida em que não podem os Tribunais aproveitar uma prova manchada pelo atentado à dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 32.º, n.º 8, da CRP conjugado com os artigos 1.º e 2.º, ambos da CRP.

Nesta esteira, o legislador estabeleceu as circunstâncias em que os aplicadores do direito não podem valorar as provas carreadas para o processo penal através da subordinação da admissibilidade processual de valoração das reproduções mecânicas à sua não ilicitude penal, nos termos do art. 167.º do CPP e 199.º, n.º 2, do CP.

Todavia, é nosso entendimento que mesmo que o legislador não estipulasse expressamente a necessidade de indagação da questão prévia da licitude/ilicitude penal sempre teria o Tribunal de proceder a esse juízo hermenêutico, atentos os limites à prova válida impostos pelas regras próprias do Estado de Direito.

Por conseguinte, no âmbito da investigação desenvolvida, foi por nós preconizado a regra de princípio da inadmissibilidade valorativa, no âmbito do processo penal, das provas obtidas de modo penalmente ilícito pelos particulares.

Por outro lado, evocamos a imprescindível chamada de atenção para as situações de proibição de valoração de provas independentes, isto é, quando, não obstante a prova tenha sido obtida de modo lícito, a sua utilização processual, por contender com os direitos de defesa do arguido ou com o seu direito à autodeterminação pessoal, possa culminar num ato ilícito, também, não será admissível a sua valoração processual.



Contudo é premente distinguir, entre, a conduta daquele particular que capta e/ou utiliza a imagem, de outrem, para fins arbitrários ou até ilícitos, da conduta daquele particular que capta e/ou utiliza a imagem, como prova, em processo penal, de modo a prevenir futuras lesões aos seus bens jurídicos ou para afastar uma agressão já perpetuada, bem como quando um particular em auxílio de terceiro capta e/ou utiliza a imagem que materializa o ato ilícito cometido pelo titular do direito à imagem.

Ora, se no primeiro caso retratado parece óbvio que o particular não poderá utilizar processualmente as imagens como prova, atendendo à ilicitude penal da sua conduta, nos termos do art. 199.º, n.º 2, do CP. Já no que concerne ao segundo caso a regra da inadmissibilidade processual de provas obtidas ilícitamente ou ainda que lícitamente obtidas mas a sua utilização redundando num ato ilícito deverá ceder quando a prova é carreada para o processo pela vítima do crime que atuou em legítima defesa ou direito de necessidade, na medida em que o particular atuou ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, que pode ser a legítima defesa ou o direito de necessidade.

Deste modo, atenta a natureza dualista do crime de fotografias ilícitas, quando, nos termos do art. 199.º, n.º 2, alínea *b*), do CP, a utilização das imagens esteja coberta por uma justificação bastante deverá essa mesma justificação ser extensível ao âmbito do processo penal, dado que o próprio Código de Processo Penal (art. 167.º do CPP) admite a valoração processual quando as provas “*não forem ilícitas, nos termos da lei penal.*”

Por último, consideramos que caso se apreciasse inválida a utilização processual das imagens captadas pelos particulares poderia, contudo, ser valorado o depoimento daqueles que visualizaram, anteriormente, essas imagens e cujo conhecimento dos factos se funda nas preditas imagens, vislumbrando-se, deste modo, a não contaminação da prova proibida à prova mediata, isto porque *o fim de proteção da norma* do crime de fotografias ilícitas é a proteção da imagem, em si, e não qualquer outro direito, não tendo, aqui, aplicação, consequentemente, a doutrina do efeito à distância da prova proibida. Até porque está, desde logo, afastada a tipicidade da segunda modalidade de fotografias ilícitas que impõe a mediação das fotografias ou filmes, nos termos do art. 199.º, n.º 2, alínea *b*), do CP.

Além disso, a extensão do âmbito do efeito à distância das proibições de prova deverá ser mais limitado, em função dos interesses conflitantes, nos casos em que não se ofende o valor absoluto da dignidade humana mas, tão-somente, interesses individuais, como é o caso do direito à imagem, que não

contende diretamente com a garantia da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte, da CRP e do art. 26.º da CRP. Devendo-se operar, deste modo, a uma restrição proporcional do efeito à distância em função dos interesses conflitantes.

Nesta esteira, não nos podemos esquecer que os assistentes eram vítimas do crime de dano e pretendiam salvaguardar o seu direito à propriedade, utilizando, para o efeito, o sistema de videovigilância que lhes permitiu identificar os autores do crime. Pelo que, mesmo que não fosse válida a utilização das imagens, como prova, no âmbito do processo penal, sempre se imporá a restrição do efeito à distância das proibições de prova, tendo em conta a necessária ponderação dos interesses conflitantes à luz do princípio da proporcionalidade. Isto porque a captação e utilização das imagens pautou-se pela estrita necessidade e indispensabilidade para a salvaguarda do direito de propriedade do assistente. Não se pautando, conseqüentemente, por nenhum fim arbitrário nem contendente com a reserva da vida privada, simplesmente, as imagens substituem aquilo que qualquer pessoa poderia testemunhar, logo o testemunho daí advindo não deverá ser inválido. Além de que a restrição do direito à imagem não se afere censurável tendo em consideração os contornos próprios do caso concreto.

Ora, preconizamos, deste modo, uma solução intermédia e conciliatória, na medida em que admitimos a limitação, de modo razoável, das proibições de valoração e do efeito à distância quando se está perante uma proibição de prova relativa, uma vez que tratando-se de um direito fundamental de cariz individual o mesmo poderá ter que ceder face à necessária proteção de outros bens jurídicos de igual dignidade, desde que se deixe intocado o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e se obedeça a um critério de estrita necessidade de acordo com o princípio da proporcionalidade. No fundo será necessário ponderar, caso a caso, entre o efeito dissuasor das proibições de prova e os custos a assumir pelo afastamento da prova.

Atento o exposto, cremos que bem esteve o Tribunal *ad quem* ao decidir valorar toda a prova carreada para os autos pelo assistente.

Saliente-se que a interpretação e aplicação da lei deve ser efetuada com bom senso, como fez o Tribunal *ad quem* que olhou para o caso concreto, e não somente segundo uma interpretação literal dos preceitos, como fez o Tribunal *a quo*. Até porque uma boa decisão sobre a matéria das proibições de prova só pode ser alcançada através da análise dos circunstancialismos próprios do caso concreto.

## CONCLUSÃO

O tema que abordámos neste trabalho está conexaso com a atual massificação e diversificação dos meios técnicos de captação e divulgação de imagens acessíveis à generalidade das pessoas. Centrando-se na questão que assola, cada vez mais, o quotidiano dos Tribunais e que consiste na indagação da admissibilidade de valoração de imagens, captadas por particulares, como prova, no âmbito do processo penal.

Assentámos, neste trabalho, o carácter unidimensional das proibições de valoração de prova em nome da preservação da integridade das decisões judiciais e das regras próprias do Estado de Direito que impõem limites à justiça funcionalmente eficaz.

Por esse motivo é correto que em princípio a lei comine com a consequência da ilicitude penal a captação e/ou utilização das imagens, mesmo que licitamente produzidas, contra a vontade do titular do direito à imagem.

Todavia não pode o intérprete aplicador do direito desligar-se da necessidade de indagação de possíveis razões justificativas da utilização das imagens. Na medida em que aquele que capta e utiliza a imagem do crime com a finalidade estrita de proteger a sua pessoa e/ou bens ou até a pessoa e bens de terceiro não deverá ser penalmente responsabilizado. Deste modo, a compressão do direito à imagem poderá surgir, a título excepcional, sempre que exista, no caso concreto, uma causa de justificação do facto, designadamente a necessidade de salvaguarda de outro valor ou direito constitucional e que passe pelo crivo do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade. O que poderá justificar, igualmente, a necessidade de restrição do efeito à distância da proibição de valoração das provas às provas mediatas.

Creemos que esta é uma solução sensata e que apela a que o direito, que surgiu para servir a sociedade e a conformar, não se subverta num direito desligado da realidade social e no subterfúgio dos direitos fundamentais.

Evidencie-se que o ponto de viragem da regra da exclusão probatória entendida de modo irrestrito numa verdadeira exceção está lançado, atenta a necessidade de ponderação de todos os interesses juridicamente relevantes no caso concreto. O que nos leva a equacionar a possibilidade de substituição da regra da exclusão por remédios civis e/ou disciplinares (consoante se trate de prova produzida por particulares ou pelos órgãos de perseguição criminal respetivamente) atento os elevados custos sociais de aniquilamento das provas quando não se afete de modo intolerável a dignidade da pessoa humana. Pelo que, talvez possamos responder a essa questão numa próxima investigação.

## BIBLIOGRAFIA

### Doutrina

AMBOS, Kai

2009 *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008: leis 11.689, 11.690 e 11.719/ Kai Ambos, Marcellus Polastri Lima, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.*

ALMEIDA BENEVIDES, Electra Maria de

2002 *O direito à privacidade e processo penal com destaque para os métodos e meios de prova e sua obtenção*, Relatório de mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientador Professora Doutora Maria Fernanda Palma, Lisboa.

ARMENTA DEU, Teresa

2011 *La prueba ilícita: un estudio comparado*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid: Marcial Pons Ediciones.

BACHMAIER WINTER, Lorena

2010 “Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in 2.<sup>o</sup> *Congresso de investigação criminal*, (Coordenação de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, pp. 161-185.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital

2007 *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Artigos 1.<sup>o</sup> a 107.<sup>o</sup>, 4.<sup>a</sup> edição (revista), Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA ANDRADE, Manuel

1984 “Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas, por particulares”, in *Estudos em homenagem ao Professor Eduardo Correia*, Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial I, pp. 545-622.

1992 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

1999 Anotação ao art. 199.<sup>o</sup> do CP – Gravações e fotografias ilícitas, *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte especial* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 817-845.

COSTA OLIVEIRA, Francisco Carlos Pereira da

1995 *Da valoração de provas ilícitas em processo penal*, Relatório de mestrado em ciências jurídico-criminais, Lisboa, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo

2007 *Direito Penal -Parte geral*, Tomo I, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra Editora.

FERREIRA PATRONILHO, Sílvia Raquel

2001 *O regime jurídico das nulidades e as espécies de proibições de prova*, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Processual Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientador Professora Doutora Maria Fernanda Palma, Lisboa.

GOMES DE SOUSA, João Henrique

2010 “Em busca da regra mágica”, in *Revista Julgar*, n.º 11, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 21-39.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos

2008 “Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita: el caso Hudson v. Michigan y el ocaso de la Exclusionary Rule en EEUU”, in *Revista de derecho y proceso penal*, Cizur Menor, v. 20, pp. 23-36.

LEAL-HENRIQUES, Manuel & SIMAS SANTOS, Manuel

2002 *Código Penal Anotado*, Vol. I, Parte geral, Artigos 1.º a 130.º, 3.ª edição, Lisboa: Rei dos Livros.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO

2009 *Código de Processo Penal: Comentários e notas práticas*, Coimbra: Coimbra Editora.

MORÃO, Helena

2002 *O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português*, Relatório de mestrado para a cadeira de Direito Processual Penal apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

MOREIRA, Josemar

2007 *O princípio da proporcionalidade como eixo normativo de conflito de interesses: análise da prerrogativa de exercício de um direito fundamental em detrimento de outro e a produção de prova na ocorrência de condução sob o efeito do álcool*, Tese de mestrado em ciências jurídico-criminais apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito, Orientador Professor Doutor Augusto da Silva Dias, Lisboa.

MUÑOZ CONDE, Francisco

2004 “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, in *Revista penal*, Madrid, n.º 14, pp. 96-123.

PALMA, Maria Fernanda

1992 *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, Volume II, Lisboa: M.F. Palma, 1990, Tese doutoramento em Ciências Jurídicas, apresentada à Universidade de Lisboa através da Faculdade de Direito.

PARECER da Procuradoria-Geral da República n.º 95/2003

2004 *Diário da República série II*, n.º 54, pp. 3699-3711;

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo

2008a *Comentário ao Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.<sup>a</sup> edição atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora.

2008b *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

RAUBER, Marcos Eduardo

2003 “A admissibilidade processual da prova ilícita pro societate com base na aplicação do princípio da proporcionalidade”, in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.º 50, pp. 181-201.

ROGALL, Klaus

2010 “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha”, in *2.º Congresso de investigação criminal* (Coordenação de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, pp. 117-143;

SILVA RODRIGUES, Benjamim

2010 *Da prova penal: Bruscamente...A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, 1.<sup>a</sup> edição, Editora Rei dos Livros.

SOUSA MENDES, Paulo de

2004 “As proibições de prova no processo penal”, *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais* (Coordenação Maria Fernanda Palma), Coimbra: Editora Almedina, pp. 133-154.

### **Jurisprudência Portuguesa**

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de janeiro de 2011, Proc. n.º 68/10.1PBLRA.C1, cujo relator foi Brizida Martins, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29 de março de 2004, Proc. n.º 1680/03, cujo relator foi Maria Augusta, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28 de setembro de 2009, Proc. n.º 239/06.5GAVNC.G1, cujo relator foi Anselmo Lopes, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de maio de 2006, Proc. n.º 83/2006-3, cujo relator foi Carlos Sousa, Declaração de voto de vencido do Desembargador Mário Belo Morgado, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de dezembro de 2006, proc. n.º 2876/2006-5, cujo relator foi Ana Sebastião, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27 de fevereiro de 2008, Proc. n.º 10898/2007-3, cujo relator foi Telo Lucas, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de outubro de 2008, Proc. n.º 8324/2008-9, cujo relator foi Margarida Veloso, <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de dezembro de 2008, proc. n.º 3968/2008-5, cujo relator foi Simões de Carvalho, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de maio de 2009, relativo ao proc. n.º 10210/2008-9, cujo relator foi Maria de Fátima Mata-Mouros, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de março de 2010, Proc. n.º 1630/08.8PFSXL.L1-9, cujo relator foi Calheiros da Gama, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de outubro de 2009, Proc. n.º 103/05.5GCETR.C1.P1, cujo relator foi Ângelo Morais, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de fevereiro de 2010, Proc. n.º 371/06.5GBVNF.P1, cujo relator foi Eduarda Lobo, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de fevereiro de 1995, Proc. n.º 044846, cujo relator foi Silva Reis, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de maio de 2004, proc. n.º 04P774, cujo relator foi Pereira Madeira, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de janeiro de 2008, proc. n.º 06P4805, cujo relator foi Carmona da Mota, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de fevereiro de 2008, proc. n.º 07P4552, cujo relator foi Armindo Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 2010, proc. n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1, cujo relator foi Santos Cabral, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de setembro de 2011, Proc. n.º 22/09.6YGLSB.S2, cujo relator foi Santos Cabral, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 81/2007, de 6 de fevereiro de 2007, Proc. n.º 871/2005, cujo relator foi o Conselheiro Paulo Mota Pinto e a Conselheira Maria Fernanda Palma (com declaração de voto de vencido), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

### **Decisões do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América**

Caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251, U. S., 385, 1920), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Nardone v. United States*, (308, U. S., 338, 1939), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Wong Sun v. United States* (371, U. S., 471, 1963), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Segura v. United States* (468 U. S. 796, 1983), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Nix v. Williams* (467 U. S. 431, 1984), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Hudson v. Michigan* (U.S. 04-1360), (15-06-2006), <http://www.supremecourt.gov>.

Caso *Herring v. United States* (U.S. 07-513) (14-01-2009), <http://www.supremecourt.gov>.

### **Decisões do TEDH**

Caso *Gäfgen c. Allemagne*, decidido em 1 de junho de 2010, em Grande Chambre (ou Tribunal Pleno na tradução portuguesa), Proc. n.º 22978/05, disponível em <http://www.echr.coe.int/>.

Caso *Köpke c. Allemagne*, decidido em 5 de outubro de 2010, pela secção V, Proc. n.º 420/07, disponível em <http://www.echr.coe.int/>.



# DOSSIER TEMÁTICO

*Digital*



# ABUSE OF DOMINANCE IN ONLINE SEARCH: GOOGLE'S SPECIAL RESPONSIBILITY AS THE NEW BOTTLENECK FOR CONTENT ACCESS

*Konstantina Bania*<sup>1</sup>

*ABSTRACT: In November 2010, the European Commission announced that it decided to initiate an investigation into allegations that Google Inc. has abused its dominant position in the online search market, in violation of Article 102 TFEU. After reaching its preliminary conclusions on whether Google had acted anti-competitively, the Commission offered the company the opportunity to propose remedies that would address its concerns. However, besides the fact that no settlement has been reached yet, refraining from adopting a formal decision creates a great deal of legal uncertainty because this is the first case of its type that fell under the Commission's scrutiny. The application of EU competition law in cases of algorithm manipulation is particularly interesting from an antitrust perspective because neither competitors nor users pay to access Google's platform. This paper reflects on the line of reasoning the Commission could follow in assessing whether Google has abused its dominant position. It does so, by placing particular emphasis on the informational character of Google's products. The paper takes the view that this type of behavior is particularly harmful not only because it may lead to anti-competitive prices in the advertising markets, but also because in an environment where content is abundant but attention is scarce, the process of selection of contents of interest to the online user is becoming increasingly important.*

**SUMMARY:** Introduction. I. Google under the European antitrust microscope: The scope of the Commission's investigation. II. Abuse of dominant position in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access. 1. Does manipulation of search results fall under Article 102 TFEU? 2. Proposals for unbiased Google search. Conclusions.

---

<sup>1</sup> Doctoral Researcher (European University Institute, Florence); LL.M. in Comparative, European, and International Legal Studies (European University Institute, Florence); LL.M. in International and European Law (Vrije Universiteit Brussels); MSc in Business Science (Universidad de Barcelona); LL.B. (Aristotle University of Thessaloniki and Universidad de Salamanca)

## INTRODUCTION

In November 2010, the European Commission announced that it decided to initiate an investigation into allegations that Google Inc. has abused its dominant position in the online search market, in violation of Article 102 TFEU (European Commission, 2010).<sup>2</sup> After reaching its preliminary conclusions on whether Google had acted anti-competitively, the Commission offered the company the opportunity to propose remedies that would address its concerns. This solution has certain advantages; as Commissioner for Competition Joaquin Almunia put it, “these fast moving markets would particularly benefit from a quick resolution of the competition issues identified. Restoring competition swiftly to the benefit of users at an early stage is always preferable to lengthy proceedings”.<sup>3</sup> However, besides the fact that no settlement has been reached yet, refraining from adopting a formal decision creates a great deal of legal uncertainty because this is the first case of its type that fell under the Commission’s scrutiny. It is by no means clear how undertakings operating in this and neighboring markets should operate in order to comply with EU competition law. If the Commission indeed adopts a commitments decision, one of the many questions that will be left unanswered is what criteria the EU competition watchdog deems appropriate to establish whether a search engine has breached Article 102 TFEU.

This paper reflects on the line of reasoning the Commission could follow in assessing whether Google has abused its dominant position, with a focus on the allegation that Google has manipulated its algorithm to exclude competitors from the Web search. It does so, by placing particular emphasis on the *informational* character of Google’s products. The paper takes the view that this type of behavior is particularly harmful not only because it may lead to anti-competitive prices in the advertising markets, but also because in an environment where content is abundant but attention is scarce, the process of selection of contents of interest to the online user is becoming increasingly important. In the European “mediascape”, 73% of European households are now connected to the Internet<sup>4</sup> and search engines constitute the main entry gate (European Commission, 2012c: 104). Against this background, search

---

2 Press Release IP/10/1624, available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-10-1624\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm?locale=en).

3 European Commission, 2012a.

4 European Commission, 2012b: 23.

engines are increasingly evolving into the new bottleneck for content access.<sup>5</sup> For these reasons, making sure that the online search marketplace is open to competition is of utmost importance since it may not only lead to lower prices for advertisers, but also allow consumers to access a wider range of information (i.e. not only the content provided by the search engine itself or its partners) and ultimately make informed decisions.

The paper is divided in three parts. Part 1 provides an overview of the complaints filed against Google and makes a description of its business model. Part 2 reflects on whether manipulating an algorithm can be regarded as an abuse for the purposes of Article 102 TFEU and if so, what type of abuse. Part 3 explores how the anti-competitive concerns related to this practice may effectively be addressed. Finally, some conclusions are drawn.

## **I. GOOGLE UNDER THE EUROPEAN ANTITRUST MICROSCOPE: THE SCOPE OF THE COMMISSION'S INVESTIGATION**

On November 30, 2010, the European Commission announced that it decided to initiate an investigation into allegations that Google Inc. has abused its dominant position in the online search market, in violation of Article 102 TFEU.<sup>6</sup> The decision to open a formal investigation was based on complaints launched by Foundem,<sup>7</sup> a UK price comparison website, Ciao,<sup>8</sup> a German price comparison website and Microsoft subsidiary,<sup>9</sup> and eJustice,<sup>10</sup> a French search engine that allows legal professionals to access case law and legislation for free and enables consumers to find a lawyer that matches their needs. All three complainants are vertical search engines. These are distinct from general search engines in that they index content with reference to a

5 Van Eijk 2009: 141.

6 European Commission, 2010.

7 COMP/C-3/39.740, available at: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39775/39775\\_505\\_4.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39775/39775_505_4.pdf).

8 COMP/C-3/39.775, available at: [http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp\\_result](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result).

9 See, for instance: <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703806304576234074125166728.html>; <http://www.spiegel.de/international/business/complaints-against-search-engine-giant-german-news-media-challenge-google-a-672580.html> and <http://www.telegraph.co.uk/technology/google/8419729/Google-not-surprised-by-Microsoft-allegations.html>.

10 COMP/C-3/39.768, available at: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39775/39775\\_505\\_4.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39775/39775_505_4.pdf).

specific topic, location and/or industry instead of indexing large portions of the Internet through a web crawler.<sup>11</sup> Google is a general search engine, but it also offers vertical search services through, for instance, its price comparison website, Google Product Search.<sup>12</sup> The three complainants argue that Google has abused its dominant position in the general search market by treating them unfavorably in both its paid and unpaid search results while according preferential treatment to its own vertical tools.<sup>13</sup> Before discussing in more detail what these complaints are about, it is essential to explain some key aspects of Google's business model.

Google is an advertising-based medium meaning that it supplies content (search results) for free, and is entirely financed through advertising revenues. Google delivers two types of results, namely unpaid results and paid results/sponsored links. The unpaid search results, also known as "natural", "organic" or "algorithmic" results, are the results that are returned based on the natural indexing of the website.<sup>14</sup> The paid results or sponsored links are third party advertisements displayed at the top and at the right hand side of Google's search results page.<sup>15</sup> Google sells this ad space through its auction-based advertising platform, AdWords, which allows advertisers to drive interested consumers to their websites.<sup>16</sup> After creating a Google account, the advertiser chooses keywords that are words or phrases relevant to its business and, in this way, its ad appears when a consumer searches for that or related words.<sup>17</sup> The position that an advertiser is allocated in the list of paid search results depends on the bid the advertiser makes for a given keyword and its "Quality Score". The Quality Score is an approximate calculation of how relevant the advertiser's ads, keywords and landing page (i.e. its website) are to a person

---

11 Case No COMP/M.5727 - Microsoft/Yahoo!, para. 31.

12 <http://www.google.com/prdhp>.

13 European Commission, 2010.

14 This is the definition given by Webopedia and is available here: [http://www.webopedia.com/TERM/N/natural\\_search.html](http://www.webopedia.com/TERM/N/natural_search.html).

15 European Commission, 2010.

16 <http://support.google.com/adwords/bin/answer.py?hl=en&answer=1704410>.

17 [https://accounts.google.com/ServiceLogin?service=adwords&hl=en\\_US&ltmpl=jfk&continue=https://adwords.google.com/um/gaiaauth?apt%3DNone%26ltmpl%3Djfk&passive=86400&sacu=1&sarp=1&sourceid=awo&subid=ww-en-et-awhp\\_nelsonstest\\_con](https://accounts.google.com/ServiceLogin?service=adwords&hl=en_US&ltmpl=jfk&continue=https://adwords.google.com/um/gaiaauth?apt%3DNone%26ltmpl%3Djfk&passive=86400&sacu=1&sarp=1&sourceid=awo&subid=ww-en-et-awhp_nelsonstest_con).

seeing its ad.<sup>18</sup> It is determined on the basis of a number of factors, such as the keyword's past click-through rate (i.e. how often that keyword led to clicks on the ad), the quality of the landing page (i.e. how relevant, transparent, and easy-to-navigate the advertiser's website is) and geographic performance (i.e. how successful the advertiser's account has been in the regions it is targeting).<sup>19</sup> It is noted here that the list of indicators determining an advertiser's quality score that is provided by Google is not exhaustive and it is inferred from the above that, in this process, Google uses both quantitative (e.g. the keyword's past click-through rate) and qualitative criteria (e.g. the quality of the advertiser's website). The price an advertiser must pay Google is the bid that it made for a keyword multiplied by its quality score.<sup>20</sup>

Going back to the antitrust investigation, the complainants allege that Google has manipulated both its paid and unpaid search results to exclude competing websites. First, the complainants argue that Google has been lowering the ranking of the organic search results of their services in order to favor its own vertical search services. Second, they accuse Google of influencing paid search results by lowering the quality score of their services.<sup>21</sup> As previously seen, the quality score is a bundle of parameters that determine a. the price the advertiser must pay Google and b. the slot the advertiser is allocated in the display of the paid search results.<sup>22</sup>

In addition to the above, the Commission's investigation concerns the exclusivity obligations that Google imposes on its partners. It was explained above that Google provides space to advertisers interested in promoting their products and/or services on the Google platform. These ads are displayed at the top and at the right hand side of Google's results page. Besides this direct distribution channel, however, Google also provides intermediation services in online advertising. In *Google/DoubleClick*, the Commission explains that "intermediaries pool advertising space made available for sale by publishers and advertisers wishing to buy advertising space and facilitate the matching between the supply of ad space and the demand for ad space

18 <http://support.google.com/adwords/bin/answer.py?hl=en&answer=2454010>.

19 *Ibid.*

20 Search Advertising With Google: Quality Score Explanation by Google Chief Economist, available at: [http://www.youtube.com/watch?v=qwuUe5kq\\_O8](http://www.youtube.com/watch?v=qwuUe5kq_O8).

21 *Ibid.*

22 <http://support.google.com/adwords/bin/answer.py?hl=en&answer=2454010>.

to place ads”.<sup>23</sup> Google provides intermediation services through its AdSense platform: Website owners/online publishers make their ad spaces available by pasting ad codes on their site and select where and how they wish their ads to appear, and advertisers bid to show in these ad spaces.<sup>24</sup> The highest paying ads appear on these sites and Google administers the process of billing all advertisers.<sup>25</sup> According to the information that the Commission has released thus far, Google imposes upon the website owners the obligation to acquire all or most of their search advertisements from Google which may result in crowding out competing providers of intermediation services.<sup>26</sup> In addition, the Commission expressed concerns about alleged restrictions on the portability of online advertising campaign data to competing online advertising platforms. More particularly, the Commission is worried about Google imposing exclusivity obligations on software developers that prevent them from designing tools that would enable the consistent transfer of search advertising campaigns across AdWords and other platforms for search advertising.<sup>27</sup> This means in essence that an advertiser that initially chose Google to advertise its products is inhibited from using another platform, for instance, Microsoft’s Bing.<sup>28</sup>

Finally, concerns were raised about how Google copies content from competing search engines and uses it in its own offerings without their prior authorization (a practice also known as scraping) (European Commission, 2012a). The Commission feared that this may reduce Google competitors’ incentives to invest in the creation of original content to the detriment of consumers.

---

23 Case No. COMP/M.4731 Google/DoubleClick, para. 18

24 [https://accounts.google.com/ServiceLogin?service=adsense&rm=hide&nui=15&alwf=true&ltmpl=adsense&passive=true&continue=https://www.google.com/adsense/gaiaauth2&followup=https://www.google.com/adsense/gaiaauth2&hl=en\\_US](https://accounts.google.com/ServiceLogin?service=adsense&rm=hide&nui=15&alwf=true&ltmpl=adsense&passive=true&continue=https://www.google.com/adsense/gaiaauth2&followup=https://www.google.com/adsense/gaiaauth2&hl=en_US).

25 Ibid.

26 European Commission, 2010.

27 European Commission, 2012a.

28 See here how this import of ad data from Google to Bing can take place: [http://advertise.bingads.microsoft.com/en-us/product-help/bingads/topic?query=MOONSHOT\\_PROC\\_ImportCampaign.htm](http://advertise.bingads.microsoft.com/en-us/product-help/bingads/topic?query=MOONSHOT_PROC_ImportCampaign.htm).



To sum up, the Commission finds that Google's conduct raises antitrust concerns as regards the following practices:<sup>29</sup>

- Manipulating the algorithm to downgrade competitors' sites in its unpaid search results;
- Manipulating paid search results by lowering the quality score of competitors' services;
- Imposing anti-competitive contractual restrictions on its partners by prohibiting them to show advertisements of Google's competitors as well as by restricting the portability of their advertising campaigns to competing platforms and;
- Copying competitors' content without prior authorization (scraping).

This paper will focus on the practice of manipulation, and in particular the practice of downgrading competitors' services in the list of organic results. As opposed to exclusivity restrictions, which are not new to antitrust law, and scraping, which has already been addressed in decisions adopted by competition authorities in Europe and beyond,<sup>30</sup> no decision with respect to the practice of manipulation has been adopted yet. The application of EU competition law in

---

29 It is worth noting that on March 30, 2011 Google's competitor Microsoft (Bing is Microsoft's general search engine) announced that it has also filed a complaint regarding Google's conduct with the Commission. In a contribution to its blog, which was posted by Brad Smith, Microsoft's Senior Vice President & General Counsel, Microsoft stated that it drew the Commission's attention to six main issues: a. the restrictions that Google seems to have introduced after it acquired YouTube to prevent competing search engines from accessing it for their search results (access); b. the restrictions that Google seems to have introduced to prevent Microsoft's new Windows Phones from operating properly with YouTube (interoperability); c. Google's attempts to acquire exclusive access to "orphan books", i.e. books for which no copyright holder can be easily traced; d. restrictions on the portability of online advertising campaign data to competing online advertising platforms; e. contractual restrictions on advertising partners/website owners/online publishers that prevent them from distributing competing search boxes and f. unfavorable treatment to potential competitors by making it more costly for them to achieve visibility in Google's paid search results. For more information see: [http://blogs.technet.com/b/microsoft\\_on\\_the\\_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx](http://blogs.technet.com/b/microsoft_on_the_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx).

30 In Italy, AGCOM opened in 2009 an investigation into alleged tying between Google Search and Google News: The Italian Association of Newspaper and Magazine Publishers had complained that publishers were not able to control the articles that were used in Google News. Moreover, in case they extracted them from the news aggregation platform, their publications would be excluded from Google Search altogether. AGCM drew the preliminary conclusion that Google was abusing its market power and ultimately imposed upon the search giant certain undertakings that would address concerns related to the effects of Google's conduct on newspapers. A summary of the case with the commitments that were found adequate to address AGCM's concerns is available at: <http://www.agcm.it/stampa/news/5194-a420-as787-antitrust-accetta-impegni-di-google-e-chiede-al-parlamento-di-adequare-le-norme-sul-diritto-dautore.html> Similar complaints were also investigated by the Federal Trade Commission in the U.S. For more information see, for instance, <http://www.theguardian.com/technology/2013/jan/03/google-cleared-search-bias-investigation>.

cases of downgrading is particularly interesting from an antitrust perspective because neither competitors nor users pay to access Google's platform.

## II. ABUSE OF DOMINANT POSITION IN ONLINE SEARCH: GOOGLE'S SPECIAL RESPONSIBILITY AS THE NEW BOTTLENECK FOR CONTENT ACCESS

For Article 102 TFEU to apply, there must be evidence that Google has abused its dominant position to impair genuine undistorted competition in the common market. As I mentioned above, the complaints that have triggered the Commission's investigation and with which this paper deals have focused on the ways in which Google displays its search results. More particularly, the complainants argue that Google downgrades competitors' web pages in order to exclude them from the Web search. The questions that therefore seek for an answer here are the following: Can the manipulation of the results Google delivers to the users be regarded as an abuse of dominant position for the purposes of Article 102 TFEU? If so, how can the harm caused to competition be undone?

### a. Does manipulation of search results fall under Article 102 TFEU?

The Commission's investigation is ongoing which means that the following analysis rests on the assumption that Google has indeed maneuvered its algorithm to favor its own products. While reaching this conclusion depends on a careful examination of factual evidence, an overview of certain Google practices provides some indicia that the complaints filed with the Commission are not unfounded. One such practice relates to how Google applies its "**host-crowding rule**". This rule forms part of a set of best practices that Google has designed over the years and aims at eliminating the duplication of search results in order to safeguard diversity in the search.<sup>31</sup> On the basis of the host-crowding rule, if, following a given query, there are many results in a single web directory, only the two most relevant results for that directory appear in the list of organic results.<sup>32</sup> However, Google refrains from applying this rule to its own services. As will be seen in greater detail below, Google has adopted

---

31 [https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/admin\\_searchexp/ce\\_improving\\_search](https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/admin_searchexp/ce_improving_search).

32 [https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/admin\\_searchexp/ce\\_improving\\_search#h2hostcrowding](https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/admin_searchexp/ce_improving_search#h2hostcrowding).

a universal model whereby, following a given query, the algorithm searches all of its content sources, for instance, Google News, YouTube, Google Maps, etc.<sup>33</sup> and delivers more than two results found in its directory per page, in clear contradiction with the host-crowding rule. It is also worth mentioning that disabling this filter, a process that may lead to more relevant search results as Google itself admits,<sup>34</sup> requires that the user a. is aware of the fact that Google applies a host-crowding rule and b. knows how to disable it.<sup>35</sup>

Besides the exemption from the host-crowding rule, Google also seems to engage in **manual manipulation** of the search results it delivers. There are some signs that point to this direction. While Google's "Explanation of Our Search Results Page" used to read "[a] site's ranking in Google's search results is *automatically* determined by computer algorithms" [emphasis added], in May 2007 this statement changed to "[a] site's ranking in Google's search results *relies heavily* on computer algorithms" [emphasis added] (Vaidhyanathan, 2011: 66).<sup>36</sup> Likewise, Google's guarantee that "[t]here is no human involvement or manipulation of results, which is why users have come to trust Google as a source of objective information" [emphasis added] (Pasquale 2006: Fn. 11), has been substituted by the statement "[w]e have always taken *a pragmatic approach* to help improve search quality" [emphasis added].<sup>37</sup>

The above remarks indicate that Google may have indeed been "cooking" its algorithm to advance its own interests. "*So what?*" one might say. Google has invested significant amounts of time and money in its business. Microsoft itself stated: "[W]e should be among the first to compliment Google for its genuine innovations, of which there have been many over the past decade. [...] Google has done much to advance its laudable mission to 'organize the

33 [http://googlepress.blogspot.com/2007/05/google-begins-move-to-universal-search\\_16.html](http://googlepress.blogspot.com/2007/05/google-begins-move-to-universal-search_16.html) .

34 Ibid. Google states that "[i]n some situations, you can turn off host crowding by disabling one or more automatic filters to produce better relevancy".

35 The user needs to modify the filtering parameters that Google has pre-set. More information can be found in the Search Protocol Reference under the Filtering Section: [https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/xml\\_reference](https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/xml_reference).

36 This statement has remained intact since. See <http://www.google.com/explanation.html>.

37 See, for instance, [http://www.live2support.com/newsletter/2009-08/demystifying\\_google\\_page\\_rank.php](http://www.live2support.com/newsletter/2009-08/demystifying_google_page_rank.php); <http://wpsites.net/seo/page-rank-check-the-page-rank-of-your-website-here/2/> and <http://tech.fortune.cnn.com/2011/02/04/what-ever-happened-to-pagerank/>.

world's information' [...].<sup>38</sup> Reaping the benefits of one's own investment is the very essence of competition, the main reason why companies innovate. However, this does not give a dominant undertaking a *carte blanche* to behave as it pleases. In EU competition law terms, the dominant firm has a special responsibility not to allow its conduct to distort competition in the common market.<sup>39</sup> In the case of a search engine enjoying market power, this obligation should be construed with reference to the *informational* character of the product the engine offers. In information markets, price is definitely not the only and possibly not the most relevant dimension of competition. This is particularly the case where information is provided for free. In their discussion of how US antitrust and consumer protection laws support one another as the two component parts of an overarching unity, this being consumer sovereignty, Averitt and Lande (1997: 752-753) note that in communications markets diversity of options may be far more important to consumers than price competition. This argument is equally valid for EU competition law. The Commission itself states in its Guidance on the application of Article 102 TFEU that it "will focus on those types of conduct that are most harmful to consumers. **Consumers benefit from competition through lower prices, better quality and a wider choice of new or improved goods and services**" [emphasis added].<sup>40</sup> These remarks must be combined with the fact that search engines constitute the main Internet gateway with the average percentage of the European Internet audience using a search platform to obtain information amounting to 71%.<sup>41</sup> Against this background, the belief that "[t]o exist is to be indexed by a search engine"<sup>42</sup> is now becoming commonplace.<sup>43</sup>

---

38 [http://blogs.technet.com/b/microsoft\\_on\\_the\\_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx](http://blogs.technet.com/b/microsoft_on_the_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx).

39 Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings 2009 OJ [C 45/02], para. 1.

40 *Ibid.*, para. 5.

41 European Commission 2012c: 104.

42 Introna & Nissenbaum 2000: 171.

43 The European Commission itself provides guidance on how to optimize our content so that it can be found and indexed by search engines (this practice is also known as Search Engine Optimization). In these guidelines, the Commission explicitly states: "The goal is to ensure your site appears in the 1st page of search results - the only one that counts, as users rarely look past this page". For more details see: [http://ec.europa.eu/ipg/content/optimize/seo/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/ipg/content/optimize/seo/index_en.htm).

This being the starting point of an abuse assessment under Article 102 TFEU, a line must be drawn between a dominant undertaking that devises an algorithm which it subsequently modifies to deliver better search results and a dominant undertaking which manipulates an algorithm to reduce the visibility of competing undertakings on the web search. In the first case, the design of the initial algorithm and the modifications that follow can be thought of as setting up a media outlet and making editorial choices with the objective to make the medium more attractive to the audience members. These activities undoubtedly involve subjective parameters, but they do not give rise to competition concerns. In the second case, however, the goal is not to improve the online experience, but to drive out of business competing sources of information that would allow the consumer to make informed decisions. This type of conduct impairs competition in content markets and should therefore be condemned. The theory of harm in this case is that of leveraging: By manipulating its search results, Google attempts to leverage the power it enjoys in the general online search marketplace in order to enhance its position in the market(s) for vertical search.

The practice of manipulating is new to the antitrust world, hence, the application of Article 102 TFEU raises several interesting questions. It could be argued that downgrading the competitors' vertical search engines in the list of general search results amounts to a refusal to supply. The leading judgment on this matter is *Commercial Solvents* in which the Court ruled that a firm that holds a dominant position in the market for raw materials and refuses to supply an undertaking that competes with it in the market for the derivative so that it can eliminate competition therein acts in violation of Article 102 TFEU.<sup>44</sup> Similarly, in *Magill*, the Court found that, since the broadcasting companies under investigation "denied access to the basic information which is the raw material indispensable for the compilation of [weekly television] guides", they "reserved to themselves the secondary market of weekly television guides by excluding all competition on the market".<sup>45</sup> This is not precisely the case here as Google does not refuse to display the websites of its competitors entirely but downgrades them, which is different. But maybe downgrading

---

44 Cases 6/73 and 7/73 ICI and Commercial Solvents v Commission [1974] ECR 223.

45 Judgment of the Court of 6 April 1995 - Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities - Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P, para. 56.

isn't that different from refusing to display. An examination of how online users consume search results can provide some guidance here. Research results indicate that almost 95% of online users are limited to clicking on the results that are displayed in Google's first page.<sup>46</sup> It is also worth mentioning that research conducted a few months before the Commission opened its investigation showed that the first spot in Google's first page drove more than 34% of all traffic in the sample, "almost as much as the numbers 2 through 5 slots combined, and more than the numbers 5 through 20".<sup>47</sup> A more recent study shows that the top result gets 36,4% of the clicks.<sup>48</sup> The Commission itself gives instructions as to how to optimize content so that it can be found and indexed by search engines and advises respectively: "The goal is to ensure your site appears in the 1st page of search results - the only one that counts, as users rarely look past this page".<sup>49</sup> It is therefore clear that if Google's first page bombards consumers with search results directing to its own services, competing websites will not manage to achieve exposure to a significant percentage of online users. If the Commission interprets refusal to supply with reference to how the search results Google offers are consumed, this conduct may be regarded as "constructive refusal", which includes a situation where the dominant undertaking degrades the supply of the product.<sup>50</sup> On the basis of the above remarks, downgrading competing services in the list of organic results thereby reducing their visibility diminishes the quality of the platform that would have a higher value absent the manipulation.

---

46 See, for instance, <http://chitika.com/insights/2010/the-value-of-google-result-positioning/>; <http://www.gravitateonline.com/google-search/2nd-place-1st-place-loser-seriously> and <http://www.seo-scientist.com/google-ranking-ctr-click-distribution-over-serps.html>.

47 <http://chitika.com/insights/2010/the-value-of-google-result-positioning/>.

48 <http://searchenginewatch.com/article/2049695/Top-Google-Result-Gets-36.4-of-Clicks-Study> Access to the study is possible through <http://www.optify.net/inbound-marketing-resources/new-study-how-the-new-face-of-serps-has-altered-the-ctr-curve>.

49 For more details see: [http://ec.europa.eu/ipg/content/optimize/seo/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/ipg/content/optimize/seo/index_en.htm).

50 Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings 2009, para. 79. For an overview of how the European Commission among other antitrust authorities around the world deal with constructive refusal to supply see International Competition Network, Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws, April 2010, prepared by the Unilateral Conduct Working Group and Presented at the 9th Annual Conference of the ICN Istanbul, Turkey. For the definition that the Commission gives to the term "constructive refusal to supply see Commission Decision 1999/243/EC Trans-Atlantic Conference Agreement (TAC), Case COMP/35.134 (OJ L 95, 9.4.1999, p. 1), para. 553 and Commission Decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Interception of cross-border mail) OJ L 331/40, para. 141.

Having established that this practice may be perceived as refusal to supply, pursuant to the Commission's Guidance on the enforcement priorities in applying Article 102 TFEU, three criteria need to be fulfilled for Google's behavior to be condemned.<sup>51</sup>

First, the refusal must relate to a product or service that is objectively necessary to be able to compete effectively on a downstream market: In this assessment, it is not necessary to prove that no competitor could ever penetrate or survive in the downstream market (in an Opinion touching upon these issues, the French Competition Authority, *Autorité de la Concurrence*, found that the barriers to enter the market for specialized or vertical search are not as significant as the entry barriers in the general search sector<sup>52</sup>), but examine whether competitors "could effectively duplicate the input produced by the dominant undertaking in the foreseeable future".<sup>53</sup> Google's lead in algorithmic technology combined with indirect network effects and downward spirals the latter generate are factors that the Commission needs to take into account in the assessment of whether this condition is met.

Second, the refusal is likely to lead to the elimination of effective competition on the downstream market: In its Guidance, the Commission lays down that the likelihood of effective competition being distorted is greater the higher the market shares the dominant undertaking holds in the downstream market.<sup>54</sup> While the ways in which a competition authority can conduct its analysis to check whether a search engine enjoys market power falls outside the scope of this paper, it should nevertheless be pointed out that, considering how rapidly the online search sector evolves, market shares may not be a manifestation of dominance. Google operates in what is called a "new economy" market, a term which is used to define markets where competition revolves more around innovation rather than price. In these markets, the undertaking that has a lead in innovation will dominate the market. Yet, this position may be ephemeral as it can easily be overtaken by a competitor that manages to

---

51 Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, para. 81.

52 French Competition Commission 2010, Opinion No 10-A-29 of 14 December 2010 on the competitive operation of online advertising, para. 259, available at: [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/10a29\\_en.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/10a29_en.pdf).

53 Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, para. 83.

54 *Ibid.*, para. 85.

develop a more innovative technology<sup>55</sup>. Consequently, an excessive reliance on market shares may lead to the erroneous conclusion that an undertaking facing significant competitive pressure is dominant. It is therefore suggested that the Commission place particular emphasis on the constraints under which Google's competitors are under, e.g. high entry barriers for newcomers, difficulties that already existing operators face in enhancing their algorithms, no access to valuable inputs such as user data, etc.

Finally, the refusal must be likely to lead to consumer harm. Since search results are provided for free, it cannot be argued that Google's refusal to supply will lead to higher prices. However, it may well be argued that, as a result of this behavior, consumers are deprived of accessing a broader range information or higher quality search results. As previously noted, the Guidance itself sets the basis for this type of analysis.<sup>56</sup>

A further option would be to assess whether Google's behavior amounts to abusive tying that is caught by Article 102(d) TFEU. In this case, the Commission could argue that the supply of Google's general and vertical search services are tied and that Google harms consumers by foreclosing the market for vertical search. If we follow the Commission's standard antitrust analysis in cases involving two-sided markets, and in particular advertising-based media markets, in which a trading relationship (and therefore a market) exists only where there is an exchange of money for a service,<sup>57</sup> we would not be able to establish tying where products are offered at no cost. However, despite the fact that access to the results delivered by general and vertical search engines does not usually involve the exchange of money for content, the relationship between online users and search engines is based on an exchange of value (attention for content) that can properly be defined as trade. In that respect, Google's behavior fits the Commission's definition of tying as a situation where "customers that *purchase* one product are required also to *purchase*

---

55 Van Loon, 2012: 14.

56 Ibid., para. 5.

57 For example, in the case of free-to-air TV, the Commission finds that there is a trading relationship only between the program supplier and the advertising industry. See, for instance, Commission Decisions *Telenor/Canal+/Canal Digital*, Case COMP/C.2/38.287, [2003] OJ C 149/10 para. 28, *BSkyB/Kirch Pay-TV*, Case COMP/JV.37, [2000] OJ C 110/45, para. 24, *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, Case IV/M.993, [1999] OJ L 053/1, para. 18 and *Kirch/Richemont/Multichoice/Telepiù*, Case IV/M.584, [1995] OJ C 129/6, para.15. I have discussed elsewhere the problems that arise if we follow this approach. See Bania, 2013.



another product from the dominant undertaking” [emphasis added].<sup>58</sup> One example illustrating why Google’s behavior may amount to abusive tying is the launch of Google Universal Search. In May 2007, Google announced that it adopted a universal search model whereby, following a given query, the algorithm would search all its content sources, for instance Google News, Google Maps, YouTube, etc., rank all the information in its possession and deliver an integrated set of results.<sup>59</sup> Google stated that “[t]he ultimate goal of universal search is to break down the silos of information that exist on the web and provide the very best answer every time a user enters a query”.<sup>60</sup> Did, however, Google break these silos of information or has it created new so that users consult mostly or only its own vertical tools? In its announcement of the launch of Universal Search, Google explained how this service would work by giving the following example:

“[A] user searching for information on the Stars War character Darth Vader is likely interested in all the information related to the character and the actor – not just web pages that mention the movie. Google will now deliver a single set of blended search results that include a humorous parody of the movie, images of the Darth Vader character, news reports on the latest Lucas film, as well as websites focused on the actor James Earl Jones – all ranked in order of relevance to the query”.<sup>61</sup>

Now, if a user types Darth Vader, what kind of results does she get in return? In the first page, in the list of organic results, there appears a result from Google Images, two results from YouTube and a result from Google News whereas in the “paid” search results list there appears only one link that directs the user that is interested in buying Darth Vader costumes to Google Shopping. Thus, Google seems to create circumstances under which use of its vertical search instruments is in essence tied to its general search engine.

---

58 Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, para. 48.

59 [http://googlepress.blogspot.com/2007/05/google-begins-move-to-universal-search\\_16.html](http://googlepress.blogspot.com/2007/05/google-begins-move-to-universal-search_16.html).

60 *Ibid.*

61 *Ibid.*

However, tying is not always unlawful as it may intend to provide customers with better products or offerings.<sup>62</sup> In its Guidance, the Commission lays down the following three requirements that need to be met cumulatively for tying to be considered abusive.<sup>63</sup> First, the firm has a dominant position in the tying market: This criterion is fulfilled if Google is found to hold significant market power in attracting users and advertisers to its general search platform. Some parameters that can be considered in the dominance analysis have already been referred to above. Second, the tying and tied products are two distinct products. General and vertical search engines are likely to be characterized as two different products. While substitutability between general and vertical search engines from the advertisers' perspective is still unsettled, users are less likely to switch from a general to a vertical search engine if the former provides low quality search results. This is so, not only because there is a significant information asymmetry in these cases (users are not in a position to verify whether Google provides the most relevant results), but also because the type of content general search engines provide is different from the one that vertical search engines offer. As the Commission put it in *Microsoft/Yahoo!*, “[g]eneral internet search must be distinguished from vertical internet search, which focuses on specific segments of online content such as for example legal, medical, or travel search engines. Contrary to general internet search engines, which index large portions of the internet through a web crawler, vertical search engines typically use a focused crawler that indexes only web pages that are relevant to a pre-defined topic or set of topics”.<sup>64</sup> Finally, the tying practice must be likely to lead to anti-competitive foreclosure. It is not necessary to prove that tying has had anticompetitive effects on both markets.<sup>65</sup> In this case, it would suffice to demonstrate that Google's tying can foreclose the market for vertical search.

A third type of abusive behavior that can be considered here is discrimination which falls under Article 102(c) TFEU prohibiting “applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading partners, thereby

---

62 Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, para. 49.

63 *Ibid.*, para. 50.

64 Case No COMP/M.5727 *Microsoft/Yahoo!*, para. 31.

65 Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, para. 52.

placing them at a competitive disadvantage”. At first sight, and following a stringent interpretation of this provision, Article 102(c) TFEU seems to condemn only price discrimination<sup>66</sup> and cannot therefore be invoked to condemn the downgrading of competing websites in the list of search results. However, as previously mentioned, concepts such as “transaction” and “trading partners” should not be narrowly construed under EU competition law in that there are cases where trade does not necessarily involve the exchange of money for somebody’s goods or services. To the author’s knowledge, there is no Court ruling or Commission decision rejecting an argument that a firm has abused its dominant position by engaging in non-price discrimination. An approach limiting the scope of this prohibition to price discrimination would be flawed in that it would fail to capture other types of biased conduct that may be particularly relevant to new economy markets and markets for the supply of free content where competition is mostly driven by innovation and quality.<sup>67</sup> Economides, who has extensively discussed market power creation and types of abusive behavior in network industries finds that, in addition to pricing strategies, dominant firms are incentivized to use non-price discrimination to leverage their power across markets.<sup>68</sup> Now, departing from what was argued above, the term “transactions” under Article 102 TFEU can be understood as the “transactions” that Google concludes with its own vertical search services on the one hand and the competitors’ websites on the other. Google pays neither its own vertical search engines nor its competitors to appear in its organic results, but uses them to provide relevant information to the users on whom it depends to generate advertising revenues. In their turn, competing websites need the platform to reach Google’s large user base. In that respect, there is an exchange of value that can be defined as transaction for the purposes of Article 102(c) TFEU. Moreover, there is a price dimension (price in its narrow sense) that is relevant to the analysis and is reflected on the advertising side of the market. Firms that do not manage to get some space in the first page of the search results may increase their investment in their AdWords

---

66 Price discrimination has been the focus of both the EU institutions and the relevant literature. For an overview see, for instance, Geradin et al., 2005; Ridyard, 2002 and Waelbroeck, 1995.

67 It was mentioned above that in its Guidance the Commission states that, in addition to price, it will take into account several other dimensions of competition and in particular better quality and a wider choice of new or improved products and services. See Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, para. 5.

68 Economides, 2010: 370. See also Economides, 1998: 271–284.

campaigns. The “dissimilar conditions” refer to the downgrading of competing websites and the preferential treatment Google affords its own services. Finally, it was examined above why such practice may place competitors at a competitive disadvantage. Following this approach, Article 102(c) TFEU catches types of discrimination that are more related to the quality rather than the price of the service that the dominant firm offers.

### **b. Proposals for unbiased Google search**

In the preceding paragraph, I argue that a line must be drawn between algorithmic updates that are made in order to enhance the online experience and changes that are introduced to the algorithm with the sole aim to exclude competing websites. It is also reminded that Google can manipulate its search results either mechanically (through the insertion of relevant modifications in the algorithm) or manually and that such manipulations should arguably be condemned by the Commission considering Google’s special responsibility as the most powerful firm in online search and its role as the most important gateway used to find content in today’s online environment. But, how can effective competition be restored in these cases? The Regulation on the implementation of the rules on competition lays down that, in case the Commission decides that an undertaking has acted in violation of Article 102 TFEU, it may require it to bring such an infringement to an end and impose on it any behavioral or structural remedies.<sup>69</sup> The Regulation stipulates that a remedy must have two characteristics that is, a remedy must be effective and proportionate to the violation committed. As regards the effectiveness criterion, the Court has ruled that remedies may not be restricted to a cease and desist order, but may also seek to eliminate or neutralize the effects that the anticompetitive behavior has had on competition.<sup>70</sup> With respect to the proportionality condition, when there are various appropriate measures that can be taken to address the problem, recourse must be had to the least onerous whereas the burden that the violator must bear should be proportionate to the goals pursued.<sup>71</sup> Having these principles in mind, what type of remedy

---

69 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Article 7(1).

70 See Case 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215, paragraphs 24 and 25 and Case C-119/97P *Ufex v Commission* [1999] ECR I-1341, para. 94.

71 Opinion of Advocate General Kokkott in Case C-441/07 P, para. 46. On the principle of proportionality in the application of EU competition law see Lianos, 2011.

can undo the harm that Google has caused to competition by manipulating its search results? Note that the Commission's practice cannot provide useful guidance here because the only case of direct interest to the online search universe is *Microsoft/Yahoo!*,<sup>72</sup> a merger which the Commission permitted without the imposition of remedies.

In April 2013, Google submitted proposals in an attempt to address the problems the Commission had identified. More particularly, with respect to the practice of downgrading, Google offered for a five-year period to a. label promoted links to its own specialized search services so that users can distinguish them from natural search results; b. separate these links from other search results by graphical features (e.g. a frame) and c. display links to three competing search engines close to its own services, in a place that is visible to the users.<sup>73</sup> However, following a market test, the Commission decided that the suggested undertakings were not sufficient to address its concerns. In the author's view, those who opposed the acceptance of the above commitments raised some convincing arguments as to why Google's suggestions were not adequate to restore competition in the affected markets. For example, the proposal to display links to three competing services justifiably raised the question of who determines the promotional parameters. If that is Google, then the commitment would give it a wide margin of discretion that could lead to arbitrary results thereby falling short of resolving the issue of discriminatory choices for users.<sup>74</sup> The undertaking to separate links to Google services from links to competing services may have an effect opposite to the one desired as it may induce the consumers to click on the result which is highlighted in a frame.<sup>75</sup> Moreover, there are no limitations as to where Google can display universal search results on the page (the way search results are consumed and

---

72 Case No COMP/M.5727 - *Microsoft/Yahoo!* In this case, the Commission was called upon to decide whether the acquisition by Microsoft of control of the online search and search advertising businesses of Yahoo! could impede effective competition in the common market. While it acknowledged that the notified operation had an impact on the provision of both internet search and search advertising services throughout the EU and that a market investigation could lead to the conclusion that a separate market for internet search could be defined, the Commission decided to abstain from conducting an analysis discussing the impact of the operation on online search and limited its scrutiny to the effects of the concentration on the advertising market. Another decision in this area is Case No. COMP/M.4731 *Google/DoubleClick*. This operation, however, affected advertising markets (*DoubleClick* does not provide online search services).

73 The text of the proposed commitments is available at: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_8608\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_8608_5.pdf).

74 <http://www.eubusiness.com/Members/BEUC/google-2/>.

75 *Ibid.*

how Google's universal model may affect consumption of information provided by competing services have already been discussed above).<sup>76</sup> Considering the above, it comes as no surprise that these terms were argued to be "entirely trivial".<sup>77</sup> In October 2013, Google proposed a second package of undertakings (arguably, these are not substantially different from those initially proposed<sup>78</sup>), which was again rejected by the Commission.<sup>79</sup> At the time of writing, no settlement has been reached.<sup>80</sup>

Turning to what the industry has to say, some of Google's main competitors have formed alliances that made some suggestions as to how the competent antitrust authorities can deal with the manipulation of search results. For example, the Initiative for a Competitive Online Marketplace<sup>81</sup> highlights the importance to prevent Google from structuring its search results for exclusionary purposes and to oblige it to become more transparent as regards the ways in which it displays them. To this end, a remedy should ensure that Google does not use criteria that would jeopardize neutrality in the Web search such as whether the site or the service in question is provided by Google or by one of Google's partners, whether the site provides services competing with those offered by Google and whether it has filed a complaint against Google.<sup>82</sup> Similar suggestions are made by another alliance, Fair Search.<sup>83</sup> To implement these proposals, it has been suggested to establish a technical committee that would be entrusted with checking whether Google complies with these non-discrimination requirements.<sup>84</sup>

---

76 <http://searchengineland.com/googles-new-european-antitrust-serps-heres-what-theyll-look-like-156904>.

77 <http://www.forbes.com/sites/timworstall/2013/04/25/googles-entirely-trivial-settlement-with-the-european-commission/>.

78 For a criticism of the new set of commitments by industry representatives see, for instance: [http://www.magazinmedia.eu/wp-content/uploads/Publishers-Comments-on-Second-Set-of-Proposals\\_13-11-13.pdf](http://www.magazinmedia.eu/wp-content/uploads/Publishers-Comments-on-Second-Set-of-Proposals_13-11-13.pdf) and [http://www.enpa.be/en/news/press-release-european-publishers-urge-the-commission-for-a-prohibition-decision-in-the-google-competition-case\\_106.aspx](http://www.enpa.be/en/news/press-release-european-publishers-urge-the-commission-for-a-prohibition-decision-in-the-google-competition-case_106.aspx).

79 For recent developments see Almunia, J. Speech 13/768 [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-768\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-768_en.htm)[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-768\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-768_en.htm).

80 Shortly before this article was published, the Commission announced that it is close to reaching a settlement with the company. For more details see Speech 14/93 of 05/02/2014, available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-14-93\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-93_en.htm)

81 ICOMP, 2011: 36-37.

82 Ibid.

83 Fair Search, 2011: 41.

84 Schonfeld, 2011.

These recommendations have been subject to considerable discussion with many taking the view that they would be both inappropriate and difficult to apply. It has been argued *inter alia* that Google's obligation to display search results in a non-discriminatory fashion would be impossible to define in concrete terms because relevance is a fluid concept. Ammori and Pelikan (2012: 12) illustrate this point by giving the following example: "*What is the "right" ranking? Is a profile page on Google Profiles more relevant than an AOL About.me page or the user's 'about the author page' on his or her blog [...]?*" Indeed, as previously mentioned, the design of an algorithm depends on subjective parameters that greatly resemble the editorial choices a media outlet makes in order to reach the widest possible audience. Thus, striking an objectivity balance insofar as the provision of relevant results is concerned is a task that cannot be performed unless the Commission dictates the parameters on the basis of which Google can perform its algorithmic updates. It is clear that in the online search sector, which is transformed on a daily basis, straightjacketed rules are likely to undercut innovation thereby harming the consumer. Ammori and Pelikan (2012: 18-19) also take the view that a technical committee would fail because the fact that Google changes its algorithm 500 times a year would render the committee's tasks unmanageable; the committee would find it difficult to both understand and explain to the competent authorities almost twice on a daily basis why Google has introduced changes to its algorithm and whether such changes give rise to competition concerns. Furthermore, they argue that the setting up of such a committee would encourage litigation. This risk is rather plausible and could have the same negative implications as the duty to perform algorithmic updates in accordance with pre-established "objective" parameters: The mere existence of a body that decides on the legitimacy of Google's algorithmic modifications may well shift the attention of both Google and its competitors from innovating to justifying these modifications and arguing against them respectively. These factors would undoubtedly undermine the effectiveness of a committee entrusted with assessing the compatibility of the **mechanical** modifications of the algorithm with Article 102 TFEU.

What about **human** manipulation though? Should mechanical changes be distinguished from manual ones for antitrust purposes? As I explained above, the axis around which manual changes are performed may not be the improvement of the search experience, but the reduction of the visibility of other websites and ultimately their exclusion from the market. In this case,

the distinction between mechanical and human modifications is very relevant to competition law and therefore a matter of interest to antitrust authorities. To address the relevant concerns, the establishment of a committee whose task would be to check whether Google performs manual tweaking and to report these cases to the Commission would seem appropriate. This solution, which was applied by the U.S. authorities in the Microsoft case (Microsoft agreed *inter alia* to the establishment of a committee whose mission would be to secure interoperability between competitors' web servers and Windows),<sup>85</sup> does not have the shortcomings that were identified above because in this case the committee would not need to make contestable decisions as to the relevance of the search results: Checking whether manual manipulation has taken place does not depend on subjective parameters.

But, the question remains which measure may remedy the abusive **mechanical** manipulations of the algorithm. To this end, Hazan makes an interesting proposal. Drawing from the Microsoft experience, in which case the IT giant was found to engage in anticompetitive behavior by tying its web browser, Internet Explorer, to its operating system, Windows, he thoroughly discusses the obligation that the Department of Justice imposed upon Microsoft to publish all the Windows Application Programming Interfaces (APIs) used by its other software,<sup>86</sup> and argues that this solution could also apply to Google. Similar to the Microsoft remedy, whose purpose was to secure that all programs could interoperate with Windows the same way that Microsoft products could, Hazan argues that a disclosure of Google's APIs would enable competing undertakings to develop applications that would integrate them into a Google general search.<sup>87</sup> He illustrates this point through the following example:

“Today, when a user searches for the name of a nearby restaurant, a Google Map might appear among the search results. With an open interface, Google's advanced search algorithm would still determine when an embedded map is appropriate, but the map would not necessarily be Google's. For instance, MapQuest could develop

---

85 See *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). For an overview see: [http://www.justice.gov/atr/cases/ms\\_index.htm](http://www.justice.gov/atr/cases/ms_index.htm).

86 Stipulation, *U.S. v. Microsoft*, Civil Action No. 98-1233 (CKK) (Nov. 6, 2001), available at <http://www.justice.gov/atr/cases/f9400/9495.htm>.

87 Hazan, 2012: 24-32.



a Google application that would display a MapQuest map on the Google search results page in place of the Google map. Google would not be required to display the MapQuest map on its own, but a user would be able to select Map Quest as a preferred provider of sorts in their Google accounts settings. For that user, any search that would ordinarily yield an embedded Google map would produce an embedded MapQuest map instead. This would ensure that, for Google users who prefer MapQuest maps, they are not driven to switch to Google Maps instead merely because in the long run it requires fewer clicks from a search page”.<sup>88</sup>

This solution addresses the concerns that were expressed above in the discussion of whether Google should be obliged to display its search results in a non-discriminatory fashion in that the remedy is not dependent upon questionable criteria that would compromise both the fairness that a decision condemning Google must reflect and the legal certainty that both Google and its competitors need in order to implement their business plans. Moreover, instead of either permitting Google to engage in deceptive bias or benefiting specific competitors that complain about their position in the list of search results, this remedy would advance competition on the merits, as it would stimulate search engines to innovate. To do so, Google could be asked to publish only its external APIs, i.e. the ones that enable it to communicate with other programs, and not the internal ones, i.e. the APIs that are used by the general platform itself.<sup>89</sup> Following this direction, the suggested solution would not be as intrusive as the disclosure of algorithmic updates and would therefore comply with the proportionality requirement that the Commission needs to fulfill when deciding which remedy can undo the harm caused to competition.

## CONCLUSIONS

This paper discussed Google’s alleged abuse of dominance in general online search. It focused on the practice of downgrading competitors’ websites in organic results. The complaints that prompted the Commission’s investigation (and the ones that followed) raise many complex questions with respect to how to ensure that competition in the online search and neighboring markets is not distorted (e.g. scraping, portability of online advertising campaign data to

---

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> Ibid.

competing online advertising platforms, etc.) that will undoubtedly confront the Commission and other antitrust authorities in the years to come.

The practice of downgrading is particularly interesting for antitrust purposes because neither competitors nor users pay to access Google's general search platform. The article reflected on whether this type of unilateral conduct may be regarded as an abuse for the purposes of Article 102 TFEU and, based on a more flexible interpretation of EU competition law, argued that previous case law has set the basis for Google's behavior to be regarded as abusive. Irrespective of whether the Commission decides to stretch established criteria or formulate new (in this or any other case with a similar factual background), manipulating the algorithm may generate exclusionary effects. These are particularly harmful to consumers not because a Google monopoly may necessarily result in search results being offered for a fee, but because Google will be in a position to impair the fair and free flow of content that is available online thereby depriving users of making informed decisions.

At the time of writing (more than three years after the Commission opened its formal investigation), no settlement has been reached. It goes without saying that this situation seriously undermines the effectiveness of the procedure seeking to restore competition without initiating lengthy proceedings. The allegations against Google undoubtedly involve labyrinthine issues that cannot be resolved overnight. But, addressing such issues is of utmost importance in new economy markets. As the Court ruled in *TeliaSonera*, “[p]articularly in a rapidly growing market, Article 102 TFEU requires action as quickly as possible, to prevent the formation and consolidation in that market of a competitive structure distorted by the abusive strategy of an undertaking which has a dominant position on that market or on a closely linked neighboring market, in other words it requires action before the anti-competitive effects are realized” [emphasis added].<sup>90</sup>

---

90 Case C-52/09 *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*, para. 108.

REFERENCES<sup>91</sup>

AMMORI M. & L. PELIKAN

2012 “Proposed Remedies for Search Bias: Search Neutrality and other Proposals in the Google Inquiry”, available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2058159](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2058159).

ARTHUR, C.

2013 “Google cleared of search results bias after two-year US investigation”, *The Guardian*, available at: <http://www.theguardian.com/technology/2013/jan/03/google-cleared-search-bias-investigation>

BANIA, K.

2013 “European merger control in the broadcasting sector: Does media pluralism fit?”, in *Competition Law Review*, Vol. 9 (1),

ECONOMIDES, N.

1998 “The incentive for non-price discrimination by an input monopolist”, in *International Journal of Industrial Organization* 16, pp. 271–284.

2007 “Net Neutrality, Non-Discrimination and Digital Distribution of Content Through the Internet”, Working Paper, Networks, Electronic and Telecommunications Institute, New York: NYU Center for Law and Economics Commerce.

EUROPEAN COMMISSION

2009 “Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings” 2009 OJ [C 45/02].

2010 Press Release IP/10/1624, available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-10-1624\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm?locale=en).

2012a Speech/12/372, available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-372\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-372_en.htm).

2012b “A vibrant single market”, available at: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/KKAH12001ENN-chap2-PDFWEB-2.pdf>.

2012c “Digital Agenda for Europe: Scoreboard 2012”, available at: [https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/KKAH12001ENN-PDFWEB\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/KKAH12001ENN-PDFWEB_1.pdf).

2014 Speech 14/93 “Statement on the Google investigation”, available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-14-93\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-93_en.htm)

---

91 All websites were re-accessed and controlled on 17/01/2014.

FAIR SEARCH

2011 “Google’s transformation from gateway to gatekeeper: How Google’s exclusionary and anticompetitive conduct restricts innovation and deceives consumers”, available at: <http://www.fairsearch.org/wp-content/uploads/2011/11/Googles-Transformation-from-Gateway-to-Gatekeeper-Edited.pdf>.

FRENCH COMPETITION COMMISSION

2010 “Opinion No 10-A-29 of 14 December 2010 on the competitive operation of online advertising”, available at: [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/10a29\\_en.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/10a29_en.pdf).

GERADIN, D., PETIT, N., WALKER, M., HOFER, P. & LOUIS, F.

2005 “The Concept of Dominance in EC Competition Law”, available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=770144](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144).

HAZAN, J.

2013 “Stop Being Evil: A Proposal for Unbiased Google Search”, in *Michigan Law Review*, Vol. 111, No. 789.

ICOMP

2011 “Google under the antitrust microscope”, available at: [http://www.i-comp.org/resources/white\\_papers](http://www.i-comp.org/resources/white_papers).

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK

2010 “Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws”, April 2010, available at: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc616.pdf>.

INTRONA L. & NISSENBAUM, H.

2000 “Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters”, in *The Information Society*, vol. 16, no. 3, pp. 169–185.

LIANOS, I.

2011 “Competition Law Remedies: In Search of a Theory. Law and Governance in Europe”, Working Paper Series 14/2011, available at: [http://www.ucl.ac.uk/laws/clge/wp-series/ucl\\_clge\\_014\\_11.pdf](http://www.ucl.ac.uk/laws/clge/wp-series/ucl_clge_014_11.pdf).

PASQUALE, F.

2006 “Rankings, Reductionism, and Responsibility. Seton Hall University School of Law Legal Studies Research Paper Series”, available at: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Alumni\\_Affairs/Pasquale\\_Ranking\\_Reductionism\\_and\\_Responsibility.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Alumni_Affairs/Pasquale_Ranking_Reductionism_and_Responsibility.pdf).

RIDYARD, D.

2002 “Exclusionary pricing and price abuse under Article 82 – An economic analysis”, 23 *European Competition Law Review* 6, pp. 286–303.

SCHONFELD

2011 “Google and Monopoly Theater”, TechCrunch.

VAN EIJK, N.

2009 “Search Engines, the New Bottleneck for Content Access”, in B. Preissl, J. Haucap & P. Curwen (eds.), *Telecommunication Markets, Drivers and Impediments*, Springer, pp. 141-157.

VAN LOON, S.

2012 “The power of Google: First-mover advantage or Abuse of a dominant position?” in Lopez Taruella (ed.), *Google and the Law – Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models* The Hague: Asser Press, pp. 9-36.

VAIDHYANATHAN, S.

2011 “The Googlization of Everything (and why we should worry)”, Berkeley: University of California Press.

WAELEBROECK, M.

1995 “Price discrimination and Rebate Policies under EU Competition Law”, B Hawk. (ed.), Fordham Corporate Law Institute, *International Antitrust Law & Policy*.

### Websites

<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703806304576234074125166728.html>

<http://www.spiegel.de/international/business/complaints-against-search-engine-giant-german-news-media-challenge-google-a-672580.html>

<http://www.telegraph.co.uk/technology/google/8419729/Google-not-surprised-by-Microsoft-allegations.html>

<http://www.google.com/prdhp>

[http://www.webopedia.com/TERM/N/natural\\_search.html](http://www.webopedia.com/TERM/N/natural_search.html)

<http://support.google.com/adwords/bin/answer.py?hl=en&answer=1704410>

[https://accounts.google.com/ServiceLogin?service=adwords&hl=en\\_US&ltmpl=jfk&continue=https://adwords.google.com/um/gaiaauth?apt%3DNone%26ltmpl%3Djfk&passive=86400&sacu=1&sarp=1&sourceid=awo&subid=ww-en-et-awhp\\_nelsontest\\_con](https://accounts.google.com/ServiceLogin?service=adwords&hl=en_US&ltmpl=jfk&continue=https://adwords.google.com/um/gaiaauth?apt%3DNone%26ltmpl%3Djfk&passive=86400&sacu=1&sarp=1&sourceid=awo&subid=ww-en-et-awhp_nelsontest_con)

<http://support.google.com/adwords/bin/answer.py?hl=en&answer=2454010>

[http://www.youtube.com/watch?v=qwuUe5kq\\_O8](http://www.youtube.com/watch?v=qwuUe5kq_O8)

[https://accounts.google.com/ServiceLogin?service=adsense&rm=hide&nui=15&alwf=true&ltmpl=adsense&passive=true&continue=https://www.google.com/adsense/gaiaauth2&followup=https://www.google.com/adsense/gaiaauth2&hl=en\\_US](https://accounts.google.com/ServiceLogin?service=adsense&rm=hide&nui=15&alwf=true&ltmpl=adsense&passive=true&continue=https://www.google.com/adsense/gaiaauth2&followup=https://www.google.com/adsense/gaiaauth2&hl=en_US)

[http://advertise.bingads.microsoft.com/en-us/product-help/bingads/topic?query=MOONSHOT\\_PROC\\_ImportCampaign.htm](http://advertise.bingads.microsoft.com/en-us/product-help/bingads/topic?query=MOONSHOT_PROC_ImportCampaign.htm)

[http://blogs.technet.com/b/microsoft\\_on\\_the\\_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx](http://blogs.technet.com/b/microsoft_on_the_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx)

<http://www.agcm.it/stampa/news/5194-a420-as787-antitrust-accetta-impegni-di-google-e-chiede-al-parlamento-di-adequare-le-norme-sul-diritto-dautore.html>

<http://www.theguardian.com/technology/2013/jan/03/google-cleared-search-bias-investigation>

[https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/admin\\_searchexp/ce\\_improving\\_search](https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/admin_searchexp/ce_improving_search)

[https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/admin\\_searchexp/ce\\_improving\\_search#h2hostcrowding](https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/admin_searchexp/ce_improving_search#h2hostcrowding)

[http://googlepress.blogspot.com/2007/05/google-begins-move-to-universal-search\\_16.html](http://googlepress.blogspot.com/2007/05/google-begins-move-to-universal-search_16.html)

[https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/xml\\_reference](https://developers.google.com/search-appliance/documentation/50/xml_reference)

<http://www.google.com/explanation.html>

[http://www.live2support.com/newsletter/2009-08/demystifying\\_google\\_page\\_rank.php](http://www.live2support.com/newsletter/2009-08/demystifying_google_page_rank.php)

<http://wpsites.net/seo/page-rank-check-the-page-rank-of-your-website-here/2/>

<http://tech.fortune.cnn.com/2011/02/04/what-ever-happened-to-pagerank/>

[http://blogs.technet.com/b/microsoft\\_on\\_the\\_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx](http://blogs.technet.com/b/microsoft_on_the_issues/archive/2011/03/30/adding-our-voice-to-concerns-about-search-in-europe.aspx)

[http://ec.europa.eu/ipg/content/optimise/seo/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/ipg/content/optimise/seo/index_en.htm)

<http://chitika.com/insights/2010/the-value-of-google-result-positioning/>

<http://www.gravitateonline.com/google-search/2nd-place-1st-place-loser-seriously>

<http://www.seo-scientist.com/google-ranking-ctr-click-distribution-over-serps.html>

<http://chitika.com/insights/2010/the-value-of-google-result-positioning/>

<http://searchenginewatch.com/article/2049695/Top-Google-Result-Gets-36.4-of-Clicks-Study>

[http://ec.europa.eu/ipg/content/optimise/seo/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/ipg/content/optimise/seo/index_en.htm)

[http://googlepress.blogspot.com/2007/05/google-begins-move-to-universal-search\\_16.html](http://googlepress.blogspot.com/2007/05/google-begins-move-to-universal-search_16.html)

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_8608\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_8608_5.pdf)

<http://www.eubusiness.com/Members/BEUC/google-2/>

<http://searchengineland.com/googles-new-european-antitrust-serps-heres-what-theyll-look-like-156904>

<http://www.forbes.com/sites/timworstall/2013/04/25/googles-entirely-trivial-settlement-with-the-european-commission/>

[http://www.magazinmedia.eu/wp-content/uploads/Publishers-Comments-on-Second-Set-of-Proposals\\_13-11-13.pdf](http://www.magazinmedia.eu/wp-content/uploads/Publishers-Comments-on-Second-Set-of-Proposals_13-11-13.pdf)

[http://www.enpa.be/en/news/press-release-european-publishers-urge-the-commission-for-a-prohibition-decision-in-the-google-competitioncase\\_106.aspx](http://www.enpa.be/en/news/press-release-european-publishers-urge-the-commission-for-a-prohibition-decision-in-the-google-competitioncase_106.aspx)

### **Decisions**

European Commission. Decision. Case No COMP/M.5727 - Microsoft/Yahoo!

European Commission. Decision. Case No COMP/M.5727 - Microsoft/Yahoo!

European Commission. Decision 1999/243/EC Trans-Atlantic Conference Agreement (TAC), Case COMP/35.134 (OJ L 95, 9.4.1999, p. 1).

European Commission Decision of 25 July 2001 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG – Interception of cross-border mail) OJ L 331/40.

ECJ. Cases 6/73 and 7/73 ICI and Commercial Solvents v Commission [1974] ECR 223.

ECJ. Judgment of the Court of 6 April 1995. - Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities - Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P.

ECJ. Case 6/72 Europemballage and Continental Can v Commission [1973] ECR 215, paragraphs 24 and 25 and Case C-119/97P Ufex v Commission [1999] ECR I-1341.

ECJ. Opinion of Advocate General Kokkott in Case C-441/07 P.

ECJ. Case C-52/09 Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB. OJ 2004 C 218/02)

United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). For an overview see: [http://www.justice.gov/atr/cases/ms\\_index.htm](http://www.justice.gov/atr/cases/ms_index.htm).

United States v. Microsoft, Civil Action No. 98-1233 (CKK) (Nov. 6, 2001), available at <http://www.justice.gov/atr/cases/f9400/9495.htm>.





# GOOGLE E O DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA: ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE?<sup>1</sup>

*Lucas Saretta Ferrari<sup>2</sup>*

*ABSTRACT: The European Commission (EC) opened in November 2010 an investigation into allegations of antitrust violations by Google, which consist of a possible abuse of its dominant position in the market for Internet search in violation of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU. This article discusses the four Google business practices identified by the European Commission that may violate EU antitrust rules prohibiting the abuse of a dominant position in order to further verify whether these practices may be actually considered abusive and contrary to Community competition rules.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A investigação realizada pela Comissão Europeia. 2. Demarcação dos mercados relevantes. 2.1. Características do mercado de buscas na internet. 2.2. Definição do mercado relevante de produtos e serviços. 2.3. Definição do mercado relevante geográfico. 3. Análise do poder de mercado da Google. 3.1. Quotas de mercado. 3.2. Barreiras à entrada. 4. As situações identificadas pela Comissão Europeia como possíveis práticas de abuso de posição dominante. 4.1. Favorecimento dos seus próprios serviços de buscas verticais nos resultados de pesquisa naturais. 4.2. Apropriação não autorizada do conteúdo dos sítios de motores de buscas verticais concorrentes. 4.3. Acordos de exclusividade com sítios parceiros para os quais fornece anúncios publicitários associados à pesquisa em linha. 4.4. Restrições à portabilidade dos dados relacionados à publicidade em linha. Conclusões.

---

1 Artigo elaborado a partir da atualização de relatório de mestrado apresentado em setembro de 2012 na disciplina de Direito Privado da Concorrência, sob a regência do Prof. Doutor Miguel Moura e Silva, como requisito de avaliação parcial no Curso de Mestrado Científico em Direito Intelectual da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2 Advogado brasileiro especialista em propriedade intelectual e direito digital. Aluno do Mestrado em Direitos Intelectuais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. [lucas@lucasferrari.com.br](mailto:lucas@lucasferrari.com.br)

## INTRODUÇÃO

Os motores de busca desempenham um papel fundamental no atual contexto da Internet e estão definitivamente integrados no cotidiano de todos os usuários da Rede. Servindo como instrumento para a localização, catalogação e disponibilização de praticamente toda a informação disponível no ambiente digital, estes prestadores de serviços de pesquisa em linha figuram como verdadeiros guardiões das portas de acesso ao ciberespaço, intermediando a ligação entre os usuários e o aproveitamento social e profissional da Internet.

Destacando-se dos primeiros motores de busca surgidos, a *Google Inc.*, através do seu diferenciado algoritmo de buscas *PageRank*, caracterizado pela alta precisão e rapidez no fornecimento de resultados de pesquisas, assumiu a liderança absoluta neste segmento, tornando-se, inclusive, sinônimo do próprio ato de realizar buscas na Internet<sup>3</sup>.

Em razão do seu protagonismo na Rede, a Google passou a ser alvo de diversas críticas por parte de empresas concorrentes e de outros agentes atuantes na Internet, o que resultou em uma série de denúncias de supostas práticas e condutas anticoncorrenciais ao redor do mundo, principalmente relacionadas a um alegado abuso de posição dominante no segmento de motores de busca na Internet.

Nos Estados Unidos, a *Federal Trade Commission* iniciou, em 2011, uma investigação acerca das práticas da empresa nos seus serviços de busca e de fornecimento de publicidade em linha<sup>4</sup>, a qual, após dois anos, resultou em um acordo em que a empresa aceitou alterar algumas de suas práticas de negócio para atender às exigências do órgão governamental norte-americano<sup>5</sup>.

Na União Europeia, além de investigações efetuadas pelas autoridades da concorrência de Estados Membros como a França e a Itália, seguem em andamento as investigações iniciadas pela Comissão Europeia em novembro de 2010 acerca de denúncias de abuso de posição dominante no mercado de

---

3 Neste sentido, por exemplo, a palavra “google” consta como verbo no dicionário norte-americano *Merriam Websters Dictionary*: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/google>.

4 “*Google Confirms FTC’s Antitrust Probe*”, 24 de junho de 2011: <http://www.guardian.co.uk/technology/2011/jun/24/google-confirms-ftc-antitrust-probe>. [consultado em: 01.05.2012].

5 Conforme *Federal Trade Commission News Release*, de 03 de janeiro de 2013, “*Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*”, disponível em: <http://ftc.gov/opa/2013/01/google.shtm> [consultado em: 01.05.2012].

serviços de buscas por suposta violação ao artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Com a universalização dos serviços prestados pela Google e o seu destacado papel no mercado da Internet, as investigações anticoncorrenciais em andamento neste caso atraem grande interesse da opinião pública. Da mesma forma, o tema é de grande interesse para o direito comunitário pela oportunidade que representa para a clarificação da aplicação das regras de concorrência aos mercados digitais em linha, sobretudo diante da possibilidade de que certos problemas analisados neste caso venham a surgir no futuro em outras áreas relacionadas a esses mercados. A relevância do tema analisado neste artigo, portanto, é evidente.

Diante deste panorama, o objetivo deste artigo será o exame das condutas e práticas comerciais da Google identificadas pela Comissão Europeia como possíveis explorações de um abuso de posição dominante no Espaço Económico Europeu. Para tanto, partiremos de uma análise dos serviços prestados pelos motores de buscas e das características dos mercados em que atuam. Em seguida, buscaremos uma definição dos mercados relevantes em que atua a empresa para, posteriormente, avaliarmos os fatores que possam indicar ou não a existência de uma posição dominante. Ao final, verificaremos se, caso realmente identificada uma posição dominante da Google nos mercados delimitados, as condutas e práticas investigadas pela Comissão Europeia poderão ser consideradas ou não abusivas e contrárias às normas comunitárias da concorrência.

## 1. A INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELA COMISSÃO EUROPEIA

Em novembro de 2010, a Comissão Europeia anunciou<sup>6</sup> a instauração de uma investigação sobre denúncias da realização de práticas anticoncorrenciais pela Google, as quais consistiriam em um abuso de sua posição dominante no mercado de pesquisas na Internet em violação ao disposto no artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia<sup>7</sup>.

6 Comunicado de imprensa IP/10/1624 de 30 de Novembro de 2010, “*Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*”, disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1624&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en> [consultado em: 01.05.2012].

7 Casos COMP/C-3/39.740 (Foundem v. Google), COMP/C-3/39.775 (1plusV v. Google) e COMP/C-3/39.768 (Ciao v. Google).

A abertura dessa investigação deu-se na sequência do recebimento de reclamações realizadas por outros motores de busca concorrentes no sentido de um suposto desfavorecimento dos seus serviços nos resultados de pesquisas apresentados pela Google, tanto os gratuitos como os pagos, bem como de uma exposição privilegiada, nesses mesmos resultados de busca, de produtos da própria Google.

As primeiras denúncias recebidas pela Comissão partiram de três provedores de serviços de buscas verticais em linha<sup>8</sup>: a *Foundem*<sup>9</sup>, um sítio britânico especializado em comparações de preços, a *Ciao*,<sup>10</sup> um sítio alemão também especializado em comparações de preço e a *eJustice*<sup>11</sup>, um motor de busca francês especializado em informações jurídicas.

Inicialmente, a Comissão apontou como foco das investigações a análise de uma suposta exploração de uma posição dominante por parte da Google no mercado global de buscas em linha através do rebaixamento de motores de busca verticais concorrentes na classificação dos resultados de buscas gratuitas fornecidas aos usuários, bem como pelo tratamento privilegiado dos seus próprios serviços de buscas verticais, tendo como objetivo a eliminação da concorrência em tais mercados.

Em um primeiro momento, portanto, essas reclamações dizem respeito aos resultados de buscas gratuitos, também denominados resultados “naturais” ou “orgânicos”, os quais se diferem dos chamados resultados pagos ou “links patrocinados”. Estes últimos derivam de anúncios publicitários de terceiros e localizam-se, geralmente, no topo e no lado direito da página de resultados de pesquisa da Google.

Relativamente às buscas patrocinadas, as mesmas empresas denunciadas também sustentaram que a Google teria rebaixado injustificadamente o “Índice de Qualidade” (*Quality Score*) dos seus anúncios. Tal índice de qualidade consiste em um dos fatores mais importantes para determinação do preço a

---

8 Trata-se dos chamados motores de buscas verticais. Referidas empresas caracterizam-se pela realização das chamadas buscas verticais, ou seja, pesquisas direcionadas a conteúdos específicos como, por exemplo, passagens aéreas, mapas e preços de produtos, e não uma pesquisa de caráter global relacionada a toda informação disposta em rede.

9 <http://www.foundem.co.uk/>.

10 <http://www.ciao.de/>.

11 <http://www.ejustice.fr/>.

ser pago pelos anunciantes ao Google e influencia diretamente na exibição e posicionamento de um anúncio nos resultados patrocinados<sup>12</sup>.

Além das denúncias relativas aos resultados de buscas, a Comissão também anunciou o direcionamento das suas investigações a alegações de que a Google estaria impondo obrigações de exclusividade aos seus parceiros publicitários, proibindo que estes exibissem anúncios associados a pesquisas de competidores da Google em seus sites. Também foi anunciada a investigação da imposição de supostas restrições na portabilidade de dados de campanhas publicitárias do sistema *Google AdSense* para outras plataformas de publicidade em linha concorrentes.

Finalmente, em 21 de maio de 2012, Joaquín Almunia, vice-presidente da Comissão Europeia responsável pela concorrência, manifestando-se sobre o andamento das investigações, informou que outras reclamações posteriores ao anúncio oficial da abertura das investigações em novembro de 2010 também foram analisadas, sem, contudo, especificá-las<sup>13</sup>.

Além disso, Almunia ressaltou que as investigações em andamento levaram a Comissão a identificar quatro práticas comerciais da Google que poderão caracterizar-se como um abuso de posição dominante: 1) possível tratamento preferencial dos seus próprios serviços de buscas verticais nos resultados de pesquisas naturais em detrimento dos produtos de concorrentes; 2) apropriação não autorizada do conteúdo de sites de motores de buscas verticais concorrentes para utilização em seus próprios serviços, reduzindo, com isso, os incentivos para criação de conteúdo original para o benefício dos usuários da Internet; 3) celebração de acordos de exclusividade com os seus parceiros em sites de Internet para os quais fornece espaços publicitários associados à pesquisa em linha para que estes adquiram todos ou a maioria os seus anúncios apenas da Google, e não dos seus concorrentes, e 4) imposição de restrições contratuais a desenvolvedores de programas de

---

12 Conforme descrição da própria Google: “O Índice de Qualidade é uma estimativa da relevância que os seus anúncios, as suas palavras-chave e a sua página de destino têm junto da pessoa que vê o anúncio. Ter um Índice de Qualidade elevado significa que os nossos sistemas creem que o seu anúncio, a sua palavra-chave e a sua página de destino são relevantes e úteis para quem vê o anúncio. Ter um Índice de Qualidade baixo significa que, provavelmente, os seus anúncios, palavras-chave e página de destino não são tão relevantes e úteis para quem vê o anúncio”, disponível em: <http://support.google.com/adwords/bin/answer.py?hl=pt-BR&answer=2454010> [consultado em: 01.05.2012].

13 “Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation”, disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/372&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> [consultado em: 01.05.2012].

computadores que os impeçam de desenvolver e disponibilizar ferramentas que permitam a portabilidade dos dados de campanhas publicitárias do sistema *Google AdWords* para outras plataformas de publicidade em linha associados à pesquisa concorrentes.

A partir dessas considerações, a Comissão Europeia propôs à Google a apresentação de propostas para solução das situações descritas, para, assim, através de uma decisão de Compromissos nos termos do artigo 9.º do Regulamento n.º 1/2003, evitar a abertura de procedimentos formais por meio de uma declaração de oposição e uma futura decisão de imposição de multas e medidas corretivas.

Em abril de 2013, a Google apresentou formalmente à Comissão Europeia propostas para resolver as quatro situações identificadas como potencialmente anticoncorrenciais e assim buscar o encerramento das investigações<sup>14</sup>. Os compromissos apresentados pela empresa consistem, em síntese, na adoção das seguintes medidas<sup>15</sup>: 1) identificar claramente os resultados de pesquisas relacionados aos seus próprios serviços de buscas especializados (buscas verticais), permitindo que os usuários os diferenciem dos resultados de buscas naturais; separar claramente esses mesmos resultados de outros resultados de buscas através de recursos gráficos claros; exibir resultados de pesquisa para três serviços de buscas especializados (buscas verticais) concorrentes de seus próprios serviços, em local com visibilidade clara para os usuários; 2) oferecer a todos os sítios de Internet a opção de não ter seu conteúdo utilizado nos serviços de buscas especializados da Google, garantindo, ao mesmo tempo, que tal opção não afetará a posição de disponibilização do mesmo sítio nos resultados de buscas naturais do motor de buscas da Google; oferecer a todos os motores de buscas especializados que tenham como foco a busca por produtos ou por locais a opção de marcar certas categorias de produtos de forma que tal informação não seja indexada ou utilizada pela Google; fornecer aos editores de jornais um mecanismo que lhes permita o controle de cada visualização do seu conteúdo disponibilizado por meio do serviço Google Notícias em diferentes sítios de Internet; 3) deixar de incluir em novos ou renegociados acordos com seus parceiros em sítios de Internet para os quais fornece espaços

---

14 Comunicado de imprensa IP/13/371, de 25 de Abril de 2013, "*Antitrust: Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns*", disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-371\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-371_en.htm) [consultado em: 05.07.2013].

15 A integralidade da proposta de compromissos realizada pela Google pode ser visualizada em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_8608\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_8608_5.pdf) [consultado em: 05.07.2013].

publicitários associados à pesquisa em linha, de forma escrita ou não escrita, cláusulas de exclusividade para que obtenham suas fontes de publicidade em linha exclusivamente da Google, e 4) não mais impor restrições contratuais, escritas ou não, a desenvolvedores de programas de computadores que lhes impeçam de criar ferramentas capazes de permitir a administração de campanhas de publicidade em linha simultaneamente em plataformas de publicidade em linha concorrentes da Google.

As propostas apresentadas pela Google foram submetidas a um teste de mercado ainda não concluído até o momento da finalização deste artigo (setembro de 2013). Se na sequência deste teste de mercado os resultados forem considerados pela Comissão como satisfatórios, tendo por base os comentários das partes interessadas, uma decisão de Compromissos nos termos do artigo 9.º do Regulamento n.º 1/2003 poderá dar fim às investigações sem que sejam reconhecidas infrações à legislação concorrencial, mas vinculará a empresa a seus termos. Caso contrário, novas exigências poderão ser requeridas ou poderá ser finalmente instaurado um procedimento formal contra a Google com a adoção de uma comunicação de objeções e posterior imposição de multas e medidas corretivas.

Diante deste panorama, neste artigo analisaremos as condutas relacionadas aos quatro pontos identificados pela Comissão Europeia como situações de potencial abuso de uma posição dominante pela Google, buscando verificar se as práticas relacionadas a essas situações poderão ser, de fato, consideradas como contrárias às normas comunitárias da concorrência.

## 2. DEMARCAÇÃO DOS MERCADOS RELEVANTES

Antes da verificação da existência de uma posição dominante da Google nos serviços de buscas na Internet, é imprescindível a prévia definição dos mercados relevantes em causa como requisito para aplicação dos fatores que identifiquem seu poder de mercado.

Afinal, como afirmado por Miguel Moura e Silva (2008: 583), o disposto no artigo 102.º do TFUE tem como finalidade obstar ao exercício de poder de mercado já existente e, por isso,

“[...] a definição do mercado apresenta-se como uma questão prévia (e determinante) à determinação do carácter abusivo da conduta em causa. Sem posição dominante num mercado relevante, a conduta puramente unilateral de uma empresa não infringe as regras comunitárias da concorrência.”

## 2.1. Características do mercado de buscas na Internet

A função principal dos motores de busca na Internet é a de fornecimento dos resultados sobre informações dispostas na rede em resposta aos termos de pesquisa selecionados e enviados pelos usuários. Tais resultados são agrupados em uma ordem de relevância de acordo com critérios estabelecidos pelos algoritmos utilizados pelos próprios motores de busca<sup>16</sup>.

No entanto, um motor de busca não fornece apenas resultados relativos a sítios da Internet. Ao efetuar uma pesquisa no motor de buscas da Google, um usuário encontrará, além de uma lista de resultados “naturais” ou “orgânicos” ordenados por um determinado critério de relevância, também outros resultados especializados, relacionados aos mesmos termos de buscas, tais como imagens, vídeos, notícias ou mapas<sup>17</sup>. Simultaneamente, também é apresentada aos usuários uma lista de anúncios, chamados de resultados patrocinados ou “*links* patrocinados”, gerados com base nas mesmas palavras-chave utilizadas nas consultas.

Enquanto os resultados de pesquisa são fornecidos gratuitamente aos usuários, os motores de busca obtêm sua fonte de renda nos anúncios pagos que disponibiliza em seu sítio. Ao mesmo tempo, a partir das buscas realizadas pelos usuários, informações pessoais relacionadas aos hábitos de pesquisas são coletadas, permitindo aos anunciantes a realização de publicidade direcionada a públicos específicos com base em tais dados. Dessa forma, a Google busca a atração de usuários aos seus serviços de pesquisas, para, com isso, obter sua remuneração através da venda de espaços publicitários baseados nas pesquisas efetuadas pelos usuários dos seus serviços.

Por esta razão, afirma-se que os motores de buscas operam plataformas bilaterais, servindo dois tipos de clientes: por um lado os usuários, de forma gratuita, e, por outro lado, os anunciantes, de forma remunerada<sup>18</sup>.

---

16 Os motores de buscas utilizam rastreadores (*web crawlers*) para copiar o conteúdo de sítios da Internet e, através de uma análise e catalogação desse material, mantêm uma base de dados atualizada do conteúdo da web. Partindo dessa base de dados, é utilizado um algoritmo que efetua as buscas e fornece os resultados aos usuários.

17 A propósito do funcionamento desses resultados especializados nos motores de busca Google e Bing, ver, respectivamente: <http://www.google.com/competition/betteranswers.html>. e [http://www.bing.com/blogs/site\\_blogs/b/searchquality/archive/2013/04/24/ten-blue-links-no-more-dynamic-page-sizing.aspx](http://www.bing.com/blogs/site_blogs/b/searchquality/archive/2013/04/24/ten-blue-links-no-more-dynamic-page-sizing.aspx) [consultados em: 01.08.2013]

18 Patterson, 2013: 16.



Trata-se, pois, de um mercado de dois lados (*two-sided market*)<sup>19</sup>, onde clientes de ambos os lados (usuários e anunciantes) são ligados por uma plataforma comum (o motor de buscas), cuja utilização por uma das partes causa impacto direto sobre a outra parte<sup>20</sup>. Ou seja, a demanda que uma das partes de um lado do mercado tem sobre o produto ou serviço é complementar à demanda que a parte do outro lado possui sobre este mesmo produto ou serviço<sup>21</sup>.

Neste caso, quanto maior for o número de usuários do serviço de buscas, maior será o interesse dos anunciantes em realizar a publicidade associada a pesquisas no sítio da Google. Por outro lado, para os usuários das pesquisas, quanto melhor a qualidade, acessibilidade e relevância dos resultados disponibilizados, maior será a utilidade e, conseqüentemente, a popularidade do motor de buscas<sup>22</sup>. Da mesma forma, um aumento na quantidade de anunciantes possibilitará a apresentação de anúncios associados à pesquisa mais relevantes, trazendo benefícios aos usuários<sup>23</sup>.

Sob este panorama, portanto, a Google e os demais motores de buscas concorrentes competem no mercado de buscas pela atenção dos usuários através da qualidade e relevância dos resultados de pesquisa disponibilizados, uma vez que as receitas obtidas por meio dos anunciantes dependerão diretamente da sua capacidade de atrair usuários aos seus serviços<sup>24</sup>.

## 2.2. Definição do mercado relevante de produtos e serviços

A delimitação do mercado relevante de produto em que operam motores de busca como a Google tende a ser complexa diante das constantes inovações tecnológicas que lhes são características. Diante dessa dinâmica, uma delimitação de mercados hoje poderá não corresponder à realidade desses mesmos mercados no futuro.

A Comissão Europeia já teve a oportunidade de analisar estruturas relacionadas aos mercados de buscas e de publicidade em linha nas decisões proferidas

19 Sobre os mercados de dois lados, ver Evans, 2002 e Rochet & Tirole, 2003.

20 Patterson, 2013: 16.

21 Bork, 2012: 667-668.

22 Stucke, 2012: 555.

23 Evans, 2008: 22.

24 Bork, 2012: 667-668.

acerca de projetos de concentração nos casos *Google/DoubleClick*<sup>25</sup> e *Microsoft/Yahoo! Search Business*<sup>26</sup>.

No caso *Google/DoubleClick*, a Comissão restringiu sua análise aos mercados relacionados à publicidade em linha, partindo da afirmação que, ao contrário do afirmado pela Google, os mercados de publicidade em linha e fora de linha constituem mercados distintos e que não se substituem, já que, entre outros fatores, o primeiro tem capacidade de atingir um público mais preciso do que o segundo e também permite um maior controle da visualização dos anúncios<sup>27</sup>. Além disso, a Comissão ponderou a existência de outros possíveis mercados relevantes de publicidade em linha, com base nas diferentes formas de publicidade em linha (apresentação da publicidade com ou sem texto (display) e/ou publicidade associada ou não à pesquisa) ou com base nos diferentes canais de comercialização (venda direta ou através de intermediários com o recurso a redes e a bolsas de publicidade)<sup>28</sup>. No entanto, não houve uma conclusão definitiva quanto à definição exata do mercado de produto relevante, pois se entendeu que a operação de concentração analisada não suscitaria problemas de concorrência independentemente da definição do mercado de produto.

Posteriormente, com o caso *Microsoft/Yahoo! Search Business*, a Comissão definiu apenas o mercado de publicidade em linha, em sentido lato, como relevante, e novamente deixou de delimitar precisamente todos os outros mercados de produtos relevantes sob a alegação de que a operação examinada não apresentaria riscos à concorrência. No entanto, foram discutidos três principais mercados de produtos relevantes: 1) o de publicidade em linha e suas subdivisões, nos mesmos termos do caso *Google/DoubleClick*; 2) o de distribuição de pontos de acesso a motores de busca, relacionado aos acordos para disponibilização de campos de pesquisa de motores de buscas por distribuidores de hardwares, softwares, provedores de serviços de Internet e outros, e 3) o mercado de buscas universal<sup>29</sup>.

---

25 Decisão da Comissão Europeia, de 11 de março de 2008, COMP/M.4731 - *Google/DoubleClick*. Texto disponível em versão eletrônica em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731\\_20080311\\_20682\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf) [consultado em: 01.09.2012].

26 Decisão da Comissão Europeia, de 18 de fevereiro de 2010, COMP/M.5727 - *Microsoft/Yahoo! Search Business*. Texto disponível em versão eletrônica em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727\\_20100218\\_20310\\_261202\\_EN.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf) [consultado em: 01.09.2012].

27 COMP/M.4731 - *Google/DoubleClick*, parágrafos 44-47 e 56.

28 *Ibidem*, parágrafos 48-73.

29 COMP/M.5727 - *Microsoft/Yahoo! Search Business*, parágrafos 61-98.

Mesmo que relacionados a casos de concentração, e considerando que em casos de abuso de posição dominante a análise do mercado poderá ser distinta, tais decisões baseiam-se em investigações de mercados que podem indicar futuras considerações nas decisões da Comissão Europeia acerca do mercado de pesquisas na Internet.

Tendo-se em conta que os motores de buscas operam em mercados bilaterais, com exposto no tópico anterior, a delimitação dos mercados de produtos relevantes deverá observar tanto o mercado de pesquisas global, como o mercado de publicidade associado à pesquisa em linha.

Diante dessas circunstâncias, e do conteúdo das práticas investigadas, é possível que a Comissão defina, inicialmente, dois principais mercados de produto relevantes: um mercado de buscas global e um mercado de publicidade em linha<sup>30</sup>.

Considerando os dois últimos pontos ressaltados pela Comissão Europeia onde há possibilidade de práticas abusivas, o mercado de publicidade em linha poderá ser subdividido, ainda, em um mercado de publicidade associada à pesquisa em linha e também em um mercado de intermediação de publicidade associada à pesquisa em linha. Como já visto, estes dois mercados distintos também foram identificados pela Comissão Europeia nos casos antes analisados, baseados, sobretudo, na ausência de substituíbilidade desses serviços no lado da procura em relação aos proprietários de sítios da Internet que disponibilizam anúncios publicitários<sup>31</sup>.

Além disso, especialmente em função do primeiro ponto estabelecido pela Comissão Europeia quanto às práticas investigadas, o mercado de buscas global poderá ser ainda separado de um específico mercado de buscas verticais. Isto porque, como será analisado adiante, esta prática relaciona-se com a possível intenção da Google em utilizar-se da sua posição dominante no mercado de buscas global para estendê-la ao mercado de buscas verticais. Esta possibilidade, no entanto, depende da constatação de que, efetivamente, trata-se de mercados de produtos distintos.

Em que pese seja necessária a obtenção de dados empíricos através da investigação de mercado realizada pela Comissão, é bastante provável que se trate de mercados de produtos ou serviços distintos, sobretudo em função da aparente existência de uma procura independente para estes últimos serviços

30 Van Loon, 2012: 24.

31 COMP/M.4731 - *Google/DoubleClick*, *cit.*, parágrafos 54-56 e 68-73.

pelos consumidores<sup>32</sup>. Isto porque, ainda que os resultados de pesquisa fornecidos por um motor de busca vertical possam também ser encontrados em um motor de busca global, é provável que subsista uma procura pelos usuários de um serviço de buscas especializadas, onde disponibilizadas informações mais específicas e detalhadas sobre um determinado conteúdo. Usuários interessados em uma pesquisa de informações refinada, como por exemplo, aquelas relativas à compra de passagens aéreas, tendem a utilizar os serviços prestados por um sítio como a *Expedia*, onde é possível selecionar parâmetros variados de busca como datas, preços e horários, obtendo uma resposta precisa à sua pesquisa, do que utilizar o motor de buscas geral do Google, que lhe apresentará uma série de informações que não lhe serão úteis. Sob a perspectiva dos usuários, portanto, parece existir uma relação de complementaridade entre os produtos, mas não de substituíbilidade.

Por outro lado, sob a perspectiva dos anunciantes, os motores de buscas verticais oferecem a possibilidade da realização de anúncios ainda mais específicos e melhor direcionados a um determinado tipo de consumidores. Da mesma forma, os custos para anúncio num motor de busca vertical tende a ser menor do que o custo de um anúncio em um motor de buscas global. Isto significa a possibilidade de um maior retorno do investimento em campanhas publicitárias. Nestes termos, também em relação ao lado da procura dos anunciantes evidencia-se uma procura independente para os serviços de buscas verticais, motivo pelo qual poderá ser considerado um mercado relevante distinto para tais serviços.

Assim, e considerando o histórico da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça em definir mercados de produtos e serviços relevantes mais estreitos<sup>33</sup>, a tendência é que, no caso em foco, sejam definidos como mercados relevantes os mercados de pesquisas globais e de publicidade em linha, bem como, em razão das práticas investigadas, também os mercados mais estreitos de publicidade associada à pesquisa em linha, de intermediação de publicidade associada a pesquisa em linha<sup>34</sup> e de buscas verticais.

---

32 Neste sentido, reconhecendo como critério de distinção entre produtos para efeitos do artigo 82.º CE a análise da respectiva procura pelos consumidores, ver o posicionamento do Tribunal no Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Grande Secção), de 17 de setembro de 2007, *Microsoft c. Comissão*, proc. T-201/04, Colet. 2007 II-03601, considerando 917 e 918.

33 Braun & Ritter, 2004: 546-560.

34 Tais mercados, inclusive, foram expressamente mencionados pela Comissão Europeia no Comunicado de Imprensa IP/13/371 de 25 de abril de 2013: “*The Commission has concerns that Google may be abusing its dominant position in the markets for web search, online search advertising and online search advertising intermediation in the European Economic Area (EEA)*”, disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-371\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-371_en.htm) [consultado em: 05.07.2013].

### 2.3. Definição do mercado relevante geográfico

A Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, em relação aos mercados geográficos relevantes, determina que:

“O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.”

Nos casos *Google/DoubleClick* e *Microsoft/Yahoo! Search Business*, a Comissão Europeia chegou à conclusão de que os mercados relacionados à publicidade em linha devem ser delimitados como um mercado dividido geograficamente de acordo com as fronteiras nacionais ou linguísticas no interior do Espaço Económico Europeu.

Para tanto, observou-se que a oferta e a demanda de anúncios publicitários obedecem preferências nacionais, línguas e características culturais específicas. Da mesma forma, constatou-se que uma grande parte das agências de publicidade e meios de comunicação conduzem suas campanhas publicitárias em âmbito nacional.

Relativamente ao mercado de buscas globais, no caso *Microsoft/Yahoo! Search Business* a Comissão salientou que, em face do caráter global da Internet e da presença internacional de motores de busca como a *Google* e a *Yahoo!*, além do aumento da fluência em língua inglesa ao redor do mundo, o caráter geográfico deste mercado poderia ser mais amplo do que a limitação a barreiras linguísticas ou nacionais.

No entanto, grande parte dos usuários tende a preferir utilizar motores de pesquisa que ofereçam resultados de busca em suas próprias línguas, o que pode determinar que a área de concorrência seja, de fato, limitada às fronteiras linguísticas e nacionais dos estados membros. Essas circunstâncias acentuam-se quando se trata de motores de buscas verticais, já que usualmente esses serviços, mais restritos e especializados, usualmente são prestados dentro dos limites nacionais.

### 3. ANÁLISE DO PODER DE MERCADO DA GOOGLE

#### 3.1. Quotas de mercado

O primeiro aspeto a ser observado quanto à análise do poder de mercado da Google diz respeito às suas quotas de mercado.

Nas investigações de mercado do caso *Microsoft/Yahoo!*, verificou-se que a Google possuía, no ano de 2009, quotas de mercado entre 90-100% na maior parte dos países do Espaço Económico Europeu relativamente às pesquisas em linha, enquanto Microsoft e Yahoo! detinham, juntas, menos de 5-10%<sup>35</sup>. No mesmo sentido, Joaquín Almunia, vice-presidente da Comissão Europeia responsável pela concorrência, afirmou, em julho de 2010, que o principal motor de buscas na Europa beneficia-se de quotas de mercado de 95%<sup>36</sup>. Em recente comunicado de imprensa da Comissão Europeia, também foi afirmado que a Google possui uma quota de mercado nas buscas globais de mais de 90% no Espaço Económico Europeu<sup>37</sup>.

Em relação ao lado dos anunciantes, foram apuradas naquelas investigações similares quotas de mercados na publicidade em linha associada à pesquisa na França e na Inglaterra, únicos países no Espaço Económico Europeu onde *Microsoft* e *Yahoo!*, na época, possuíam plataformas publicitárias independentes concorrentes com a Google<sup>38</sup>.

No entanto, a posse de altas quotas de participação no mercado não implica, necessariamente, em poder de mercado, sendo necessária também a análise de outros fatores relevantes como a existência de barreiras à entrada ou a inexistência de pressões concorrenciais efetivas.

Além disso, tratando-se de mercados da Nova Economia, onde a concorrência é dinâmica e está diretamente relacionada à capacidade de inovação das empresas, a posse de altas quotas de mercado pode ser meramente transitória e, por isso, nem sempre consistente em um parâmetro suficiente para

---

35 COMP/M.5727 - *Microsoft/Yahoo! Search Business*, cit., parágrafos 112-115.

36 Conforme “*Joaquín Almunia Vice President of the European Commission responsible for competition policy Competition in Digital Media and the Internet UCL Jevons Lecture London, 7 July 2010*”, disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/365> [consultado em: 01.05.2012].

37 Comunicado de imprensa IP/13/371, de 25 de Abril de 2013, “*Antitrust: Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns*”, disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-371\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-371_en.htm) [consultado em: 05.07.2013].

38 COMP/M.5727 - *Microsoft/Yahoo! Search Business*, cit., parágrafos 120-122.

determinação de uma posição dominante<sup>39</sup>. Isto porque em tal contexto a posição da empresa que detém altas quotas de mercado pode ser um tanto frágil, pois está permanentemente exposta ao risco da entrada de novos concorrentes que venham a desenvolver outras tecnologias mais inovadoras e eficientes e que, assim, possam atrair seus usuários e assumir sua parte no mercado<sup>40</sup>.

Portanto, a análise de elementos diversos, como, por exemplo, a existência de efeitos de rede ou economias de escala capazes de fazer o mercado pender a uma determinada plataforma, revela-se fundamental para a determinação de uma posição dominante nos mercados em causa.

### 3.2. Barreiras à entrada

Eric Schmidt, presidente executivo da Google, em testemunho realizado em audiência perante um comitê antitruste norte-americano, refutou a existência de barreiras à entrada ao mercado de buscas em linha, afirmando que a concorrência está a apenas um clique de distância (*competition is only one click away*)<sup>41</sup>.

De fato, diante da facilidade para um usuário optar por realizar suas pesquisas em outros motores de buscas à sua livre escolha sem quaisquer custos, já que tal opção depende, a princípio, apenas da digitação de um endereço de Internet, aparentemente haveria um equilíbrio na concorrência. No entanto, há uma série de fatores que podem indicar que tal escolha pelos consumidores tenha custos e não seja tão óbvia.

Maurice Stucke (2012: 556) defende que fatores comportamentais podem influenciar diretamente neste aspeto. Em primeiro lugar, em razão do que chama de *the power of default options*, ou o poder da opção padrão, teoria que indica que os consumidores tendem a utilizar um serviço que lhe é dado como padrão ainda que possam optar, sem custos nominais, para outro serviço de melhor qualidade<sup>42</sup>. Assim, usuários, por falta de tempo ou desinteresse em utilizar mais de um serviço de pesquisa em rede, seguem utilizando o motor de buscas que lhe é apresentado como padrão. Ciente disso, a Google tem buscado

39 Ahlborn, Evans & Padilla, 2001: 162.

40 Van Loon, 2012: 14.

41 Conforme testemunho de Erich Schmidt em audiência realizada no Senado norte-americano "*The Power of Google: Serving Consumers or Threatening Competition?*", setembro de 2011, disponível em: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-112shrg71471/pdf/CHRG-112shrg71471.pdf> [consultado em: 01.09.2012].

42 Stucke, 2012: 556 e 560-564.

maximizar seus pontos de acesso à Internet através de acordos com produtores de equipamentos informáticos (como os de telemóveis), desenvolvedores de programas de computador (navegadores de Internet, por exemplo), prestadores de serviços intermediários em rede e provedores de conteúdos na Internet, por meio de fortes investimentos<sup>43</sup>.

Outro fato apontado por Maurice Stucke (2012: 556-558) diz respeito aos efeitos de rede decorrentes do acúmulo de informações sobre o comportamento dos usuários absorvidas pelos motores de buscas<sup>44</sup>. Segundo o autor, os motores de buscas aproveitam-se de uma escala de experimentações por “tentativas e erros” (*trial and errors*) para aperfeiçoar seus serviços e proporcionar resultados mais próximos daqueles almejados pelos seus clientes. Ou seja, à medida que mais usuários realizam um maior número de pesquisas, mais informações acerca das preferências desses usuários são apreendidas pelos motores de busca, os quais, por sua vez, podem adaptar rapidamente seus algoritmos de buscas para prever o que é desejado pelos usuários e evitar equívocos anteriormente verificados no fornecimento de tais resultados.

Esta evolução do mecanismo de pesquisa poderá corresponder, por exemplo, à identificação de um resultado de pesquisa mais adequado aos termos de busca utilizados, ao fornecimento de resultados para consultas raras ou incomuns (*tail queries*)<sup>45</sup>, ou, ainda, a uma previsão dos critérios de busca, tal como a sugestão de termos de pesquisa de forma que o usuário nem mesmo precise digitá-los.

Diante da enorme popularidade alcançada pela Google e do grande volume de pesquisas que já efetuou e segue efetuando, cada vez mais tentativas e erros são realizados, proporcionando um constante aperfeiçoamento do seu algoritmo de buscas e a atração de um maior número de usuários aos seus serviços<sup>46</sup>.

---

43 Veja-se, a propósito: “*The Default Choice, So Hard to Resist*”, The New York Times, 16 de outubro de 2011, disponível em: <http://www.nytimes.com/2011/10/16/technology/default-choices-are-hard-to-resist-online-or-not.html> [consultado em: 01.09.2012].

44 “*In some industries, as a company secures more data on human behavior, a new form of network effects emerges*”, Stucke, 2012: 556.

45 A propósito desses resultados de busca, Martin Cave e Howard Peter Williams (2011: 4) ressaltam: “[...] *the really clever aspect of search engines is that they can find results that are much less frequently searched for – the obscure and rarely searched for result. This is often known as the „long tail“. The long tail is not easy to capture. It requires not only lots of users asking lots of questions, it requires constant updates to the search algorithm*”.

46 Neste mesmo sentido, as investigações de mercado realizadas pela Comissão Europeia no caso *Microsoft/Yahoo!* indicam que a qualidade do algoritmo e a relevância dos resultados apresentados correspondem ao fator mais importante para atração de usuários a um motor de buscas (COMP/M.5727 - *Microsoft/Yahoo! Search Business*, cit., parágrafo 220).



Cédric Argenton e Jens Prüfer, seguindo nesta mesma linha, ressaltam que a produção de qualidade em resultados de buscas caracteriza-se por uma “*peculiar (intertemporal) type of indirect network externalities*”<sup>47</sup> Conforme estes autores, os efeitos indiretos de rede decorrem da progressiva evolução dos algoritmos de pesquisas que proporcionam resultados de maior qualidade diretamente perceptíveis aos usuários. Assim, um motor de buscas que tenha uma maior demanda de buscas do que seus concorrentes tende a apresentar resultados de maior qualidade do que esses concorrentes, fator que, por sua vez, leva a uma demanda ainda maior para os seus serviços no período subsequente, criando-se um círculo virtuoso.

Em outras palavras, a qualidade dos resultados de pesquisa oferecidos corresponde a um efeito de rede porque advém da utilização de um motor de buscas por uma rede de usuários: quanto maior a rede, maior será a qualidade dos resultados de pesquisa e o valor que o motor de buscas, como um produto, *acquire*<sup>48,49</sup>.

Neste contexto, o grande volume de dados relativos às pesquisas anteriores acumulado pela Google consiste em uma vantagem considerável frente aos seus concorrentes, e a entrada de um novo motor de buscas neste mercado é dificultada pela falta de experiências na absorção das preferências dos usuários como forma de desenvolvimento de um algoritmo de grande valor em termos de relevância de resultados de buscas produzidos.

Por outro lado, também se verificam efeitos de rede na relação entre o lado do mercado dos usuários e o dos anunciantes.

Quanto maior o número de usuários realizando pesquisas no motor de buscas, maior será a exposição dos anúncios publicitários e maior a probabilidade de que recebam acessos. Mais do que isso, a grande base de dados das preferências de usuários relacionadas a esse grande volume de buscas também proporcionam aos anunciantes uma precisão ainda maior no direcionamento dos seus anúncios, tornando a plataforma dessa empresa essencial para tal forma de publicidade.

---

47 Argenton & Prüfer, 2012: 75.

48 Thompson, 2012: 49.

49 A propósito, sustentando a existência de dificuldades na percepção dos usuários acerca da qualidade dos resultados de pesquisa fornecidos pelos motores de buscas, circunstância que consistiria em um entrave para determinar uma opção de troca pelos seus usuários, ver Patterson, 2013: 11-14.

A indispensabilidade da Google no mercado de publicidade em linha, inclusive, foi observada pela Comissão Europeia nas investigações realizadas no caso *Microsoft/Yahoo!*, sendo expresso naquela decisão que “[...] *currently Google enjoys a large competitive advantage compared to other search engines and is perceived as a “must-have” for users*”<sup>50</sup>.

Além disso, as investigações de mercado da Comissão no mesmo caso *Microsoft/Yahoo!* também apontaram que os anunciantes que outros motores de buscas não possuem volume de tráfego suficiente para que sejam considerados como alternativas atraentes à Google<sup>51</sup>.

No mesmo sentido, a *Autorité de la Concurrence* francesa apurou, através de investigações de mercado relativas ao mercado da publicidade em linha, que, naquele país, a plataforma da Google foi reconhecida como essencial e insubstituível pelos anunciantes, especialmente enquanto ela mantiver o fornecimento da maior parte dos resultados de buscas efetuadas na Internet<sup>52</sup>.

Reconhecendo a presença dos efeitos de rede no mercado de buscas e publicidade, Steve Ballmer, diretor executivo da Microsoft, assim afirmou:

“[...] it turns out there’s a feedback loop in the search business, where the most searches you serve, or paid ad searches you serve, the more you learn about what people click on, what’s relevant, and it turns out that scale drives knowledge which then can turn around and redrive innovation and relevance. So, actually even our ability to understand our customers and innovate around that is enhanced by putting the two assets together. It’s not just putting them together, but putting them together in this business, which is unlike other businesses, there is a return to scale from seeing that much more Internet activity than either Yahoo! or Microsoft sees independently.”<sup>53</sup>

---

50 E ainda: “All the advertisers responding to the market investigation consider that Google is a ‘must have’ for search advertising campaigns. Also, all of the advertisers responding to the market investigation highlight the fact that Google’s query volume is one of the main reasons why Google is a ‘must have’” COMP/M.5727 - *Microsoft/Yahoo! Search Business, cit.*, parágrafos 157 e 219.

51 *Ibid.*, parágrafo 153.

52 Conforme o Parecer n.º 10-A -29, de 14 de dezembro de 2010, sobre o funcionamento da publicidade em linha, parágrafos 250-254, disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10a29.pdf> [consultado em: 01.09.2012].

53 Declaração disponível em: <http://www.microsoft.com/presspass/exec/steve/2009/07-29search.msp> [consultado em: 01.09.2012].

Assim, este ciclo positivo de *feedbacks*, que determina um constante aperfeiçoamento dos resultados de pesquisas da Google, acaba tornando a plataforma desta empresa cada vez mais atrativa tanto para usuários como para anunciantes, reduzindo as possibilidades de troca por parte de ambos.

Portanto, tais efeitos de rede consistem em evidentes e fortes entraves à entrada, já que novos concorrentes, com uma menor taxa de experimentação, terão menores possibilidades de fornecer resultados mais precisos e mais próximos daqueles desejados pelos usuários. Com isso, sua capacidade para atrair usuários é mais fraca, o que, na mesma medida, significa uma menor capacidade de obtenção de receitas através da atração de anunciantes.

É importante ressaltar ainda que, como já reconhecido pela Comissão Europeia<sup>54</sup>, o mercado de buscas global exige altos investimentos para entrada, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento e aprimoramento de um algoritmo de buscas. Também representam custos relevantes as despesas com indexação de conteúdo dos sítios da rede, capital humano, equipamentos informáticos, infraestrutura e outros gastos envolvendo o licenciamento de direitos de propriedade intelectual.

Tais investimentos são fundamentais para manter inovações e oferecer aos usuários resultados de pesquisa mais atualizados, precisos e rápidos, o que igualmente proporciona melhores resultados também aos anunciantes no lado do mercado da publicidade em linha. Verifica-se, assim, uma grande quantidade de custos fixos e, em grande parte, irrecuperáveis, fatores estes que também correspondem a um importante entrave de entrada a novos competidores.

Ao mesmo tempo, o custo marginal para atender à consulta de um usuário ou anunciante adicional é praticamente inexistente. Isto indica, portanto, a existência de economias de escala, já que o crescente volume de buscas efetuadas pela Google acompanhado pelo incremento de receitas oriundas dos anúncios publicitários associados à pesquisa diminui diretamente os custos fixos investidos.<sup>55</sup>

A partir do que foi exposto neste capítulo, entendemos que as elevadas quotas de mercado da Google nos mercados de buscas global e de publicidade em linha associada à pesquisa, aliadas à presença de fortes barreiras à entrada, comprovam a sua posição dominante nesses mercados. Considerando-se, ainda, que a Comissão Europeia já reconheceu a soberania da Google nos mercados

---

54 COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, cit., parágrafo 111.

55 Pollock, 2009.

relacionados à publicidade em linha nos casos *Google/DoubleClick e Microsoft/Yahoo!*, é bastante provável que também na hipótese em causa seja reconhecida sua posição dominante.

#### 4. AS SITUAÇÕES IDENTIFICADAS PELA COMISSÃO EUROPEIA COMO POSSÍVEIS PRÁTICAS DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

Ainda que seja constatada pela Comissão Europeia a posição dominante da Google nos mercados em causa, isto não importará, por si só, a caracterização de uma violação do artigo 102.º do TFUE<sup>56</sup>. Entretanto, de acordo com a jurisprudência comunitária, uma empresa dominante tem a especial responsabilidade de não atentar pelo seu comportamento contra uma concorrência efetiva e não falseada no mercado<sup>57</sup>. Portanto, apenas a exploração abusiva de uma posição dominante, através de práticas anticoncorrenciais, é considerada contrária ao artigo 102.º do TFUE.

Como já visto, a Comissão Europeia identificou quatro situações onde as práticas comerciais da Google poderão ser consideradas como abusivas de uma posição dominante:

- tratamento preferencial aos seus próprios serviços de buscas verticais nos resultados de pesquisas naturais em detrimento dos produtos de concorrentes, causando prejuízos concorrenciais aos últimos;
- apropriação não autorizada do conteúdo de sítios de motores de buscas verticais concorrentes para utilização em seus próprios serviços, reduzindo, com isso, os incentivos para criação de conteúdo original para o benefício dos usuários da Internet;
- celebração de acordos de exclusividade com sítios de Internet para os quais fornece espaços publicitários associados à pesquisa em linha para que estes adquiram os seus anúncios, exclusivamente ou em grande parte, apenas da Google, e;
- imposição de restrições contratuais a desenvolvedores de programas de computadores que os impeçam de desenvolver e disponibilizar ferramentas

<sup>56</sup> “ De acordo com a jurisprudência, a posição dominante não é, por si só, ilegal e uma empresa nessa situação tem o direito de concorrer no mercado com base nos seus méritos” – Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, considerando 1.

<sup>57</sup> Acórdão do Tribunal de 9 de novembro de 1983, *Michelin c. Comissão*, Proc. 322/81, Recueil, p. 3461, considerando 57 e Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 7 de outubro de 1999, *Irish Sugar contra Comissão*, Proc. 228/97, Colet. II-02969, considerando 112.

que permitam a portabilidade dos dados de campanhas publicitárias do sistema *Google AdWords* para outras plataformas de publicidade em linha associados à pesquisa concorrentes.

#### 4.1. Favorecimento dos seus próprios serviços de buscas verticais nos resultados de pesquisa naturais

A primeira prática identificada pela Comissão Europeia como possível abuso de posição dominante refere-se a um suposto favorecimento pela Google dos seus próprios serviços relacionados às buscas verticais nos resultados orgânicos do seu motor de buscas global<sup>58</sup>.

Neste sentido, sustenta-se que a Google poderia beneficiar seus próprios serviços de pesquisa vertical exibindo seus conteúdos em posição destacada nas páginas de resultados naturais, prejudicando, dessa forma, os concorrentes no mercado de buscas verticais.

Em sua defesa, a Google nega qualquer manipulação dos resultados de busca, sustentando que é natural que alguns sítios de Internet se sintam prejudicados por não figurarem no topo das listas de resultados, mas que isso se deve a menor qualidade ou relevância desses sítios.<sup>59</sup> Além disso, a empresa também alega que não seria do seu interesse a manipulação de resultados, já que os usuários perceberiam facilmente mudanças artificiais no critério de relevância e, assim, buscariam outros motores de buscas mais confiáveis<sup>60</sup>.

Com efeito, a Google possui uma série de motores de buscas verticais. Citamos alguns dos mais conhecidos: *Google Maps*, *Google Books*, *Google Acadêmico (Google Scholar)*, *Google Notícias (Google News)*, *Google Flights*, *Google Hotel Finder*, *Google Shopping*.

A partir de 2007, a Google passou a incluir em sua lista de resultados orgânicos uma mistura de outros resultados especializados através de um

58 A prática de favorecer ou privilegiar certos tipos de conteúdos pelos motores de buscas na Internet é tratada por alguns autores pelo termo *search bias*. Neste sentido, por exemplo, Goldman, 2005 e Edelman & Lockwood, 2011.

59 "It's important to remember that we built Google to delight our users—not necessarily website owners. Given that not every website can be at the top of the results, or even appear on the first page of our results, it's not surprising that some less relevant, lower-quality websites will be unhappy with their rankings. Some might say that an alphabetical listing or a perfectly randomized list would be most "fair"—but that would clearly be pretty useless for users", conforme "Competition in a instant", disponível em: <http://googlepublicpolicy.blogspot.pt/2010/09/competition-in-instant.html> [consultado em: 01.09.2012].

60 Conforme a *Autorité de la Concurrence*, Parecer n.º 10-A -29, de 14 de dezembro de 2010, sobre o funcionamento da publicidade em linha, parágrafo 319.

sistema que denomina de *Universal Search*<sup>61</sup>. Com esta alteração, os resultados apresentados aos usuários em resposta às suas consultas passaram a conter não apenas endereços de sítios de Internet, mas também notícias, imagens, mapas, vídeos, livros e outros conteúdos.

Segundo a *Foundem*<sup>62</sup>, a Google utiliza o sistema *Universal Search* para alocar seus próprios produtos dentro dos resultados orgânicos de buscas independentemente do seu algoritmo de pesquisa universal. Esta prática conferiria à Google grande vantagem contra seus concorrentes nos mercados relacionados de buscas verticais, em razão da sua dominância nas suas buscas globais. A empresa britânica ilustra suas alegações através de exemplos como o da empresa norte-americana *Map Quest*, que teria perdido sua posição de liderança no mercado de mapas em linha nos Estados Unidos a partir do posicionamento do *Google Maps* no topo das listas de resultados de pesquisa universal da Google.

Com efeito, sítios especializados em buscas verticais como, entre outros, *Expedia*, *eDreams*, *Booking.com* e *GoogleMaps*, dependem, em grande parte, da sua exposição nos resultados de pesquisas naturais da Google para atrair usuários aos seus serviços, sobretudo em razão do papel essencial que tal motor de buscas representa como ponto de entrada à navegação em linha. Alguém procurando hotéis em Lisboa, por exemplo, muito provavelmente realizará uma prévia busca no Google (ou outro motor de buscas) com os termos “hotel” e “Lisboa” antes de acessar diretamente um sítio especializado, a menos que este já tenha alcançado um elevado nível de reputação (como a *Amazon* ou o *Ebay* para compras, por exemplo).

Os sítios apresentados nas primeiras posições nas listas de resultados das pesquisas orgânicas tendem a receber mais acessos, tornam-se mais populares, e com isso, aumentam seu tráfego de usuários, o que possibilita a atração de um maior número de consumidores e de anunciantes<sup>63</sup>. Da mesma forma,

---

61 Uma descrição acerca do funcionamento do sistema *Universal Search* pode ser encontrada em: <http://googleblog.blogspot.pt/2007/05/universal-search-best-answer-is-still.html> [consultado em: 01.09.2012].

62 Conforme comentários enviados pela *Foundem* à *Federal Communications Commission-FCC* norte-americana relativos à proposta de regulamentação denominada *Preserving the Open Internet*, disponível em: [http://www.foundem.co.uk/FCC\\_Comments.pdf](http://www.foundem.co.uk/FCC_Comments.pdf) [consultado em: 01.09.2012].

63 Neste sentido, pesquisas indicam que as três primeiras posições nos resultados de pesquisas naturais efetuados na Google recebem em torno de 50% de todos os cliques, bem como apontam que poucos usuários chegam a verificar os resultados além da primeira página apresentada pela Google. Veja-se, por exemplo, os resultados apresentados em: <http://searchenginewatch.com/article/2049695/Top-Google-Result-Gets-36.4-of-Clicks-Study> [consultado em: 01.09.2012].

considerando-se que os primeiros sítios apresentados nas listas de resultados recebem um maior número de acessos do que os demais, isto automaticamente contribui para que esses mesmos sítios tornem-se mais relevantes para os algoritmos utilizados pelos motores de buscas. Assim, caso a Google beneficie um dos seus sítios de buscas vertical na sua lista de resultados orgânicos, este sítio também acabará por alcançar uma melhor posição nas listas de resultados naturais de outros motores de buscas globais como o *Yahoo!* ou o *Bing*.

Portanto, o possível tratamento preferencial da Google dos seus próprios serviços nas primeiras posições ou em posições destacadas nos resultados de buscas naturais apresentados tem como efeito uma drástica diminuição do tráfego de usuários aos serviços de buscas verticais concorrentes. Nestas circunstâncias, são dificultadas a manutenção das empresas já estabelecidas nesses mercados e o acesso de novos competidores, uma vez que essa redução do fluxo de usuários afeta substancialmente a capacidade desses sítios em atrair anunciantes e consumidores para os seus serviços.

Neste contexto, este possível favorecimento dos próprios serviços de buscas verticais da Google no seu motor de buscas global poderá ser caracterizado como uma prática de exclusão, por força do risco de eliminação da concorrência no mercado de buscas verticais inerente a tal conduta. Neste caso, a Google, através do exercício de um “efeito de alavanca” (*leveraging*)<sup>64</sup> do seu poder de mercado, utilizaria sua posição dominante no mercado de buscas global para influenciar o mercado de buscas verticais, com o objetivo de excluir a concorrência ou obter uma vantagem concorrencial no segundo.

Tratando-se de mercados distintos, mas também conexos<sup>65</sup>, haveria, assim, uma exploração da relação entre esses mercados pela Google através da extensão do seu poder do mercado onde é dominante para o mercado de buscas verticais, no qual serão produzidos os efeitos da conduta anticoncorrencial que lhe é imputada.

---

64 De acordo com a definição de Giorgio Monti (2007: 186), “[l]everaging is a general term that encompasses a variety of strategies that a firm might use to extend its market power from one market to another, for instance, by tying, rebates or predatory pricing”.

65 Miguel Moura e Silva (2010: 59), tratando dos abusos por conexão de mercados, aponta que “[e]ssa conexão poderá resultar da sua articulação vertical, como o mercado da produção e o mercado da distribuição de um determinado bem; ou poderá resultar da complementaridade entre os dois produtos ou serviços em causa. Em casos mais extremos, como sucedeu no processo Tetra Pak II, a conexão resulta da existência de uma procura largamente sobreposta e não de uma complementaridade inerente à utilização dos produtos.”.

Com efeito, o possível tratamento preferencial dos seus serviços nos resultados de pesquisas naturais causa não apenas o enfraquecimento dos concorrentes nos serviços de buscas verticais, como também reforça a posição dos seus próprios serviços de buscas verticais com a majoração do fluxo de usuários e, consequentemente, de anunciantes. Da mesma forma, tal prática pode ter como efeito a redução dos incentivos para que competidores desenvolvam novos serviços de buscas verticais, causando inegável prejuízo aos consumidores.

Este encerramento do mercado por meio de práticas anticoncorrencias terá como efeito necessário um impacto direto nos consumidores decorrente da exclusão de motores de buscas verticais, reduzindo as opções dos usuários da Internet de escolha, impedindo o desenvolvimento de novos serviços de buscas verticais e, ainda, elevando os preços para os anunciantes.

A Comissão poderá seguir aqui o entendimento exposto pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos casos *Commercial Solvents*<sup>66</sup> e *CBEM*<sup>67</sup>, no sentido de que o comportamento abusivo de uma empresa no mercado dominado com repercussões restritivas da concorrência em outro mercado distinto não dominado possibilita a aplicação do artigo 102 do TFUE. Ainda que a presente hipótese não trate de uma recusa de vendas em um mercado conexo, a posição da Google neste caso pode ser equiparada a da *Commercial Solvents* e a da *CLT* (esta no caso *CBEM*) no sentido de controlar um serviço indispensável para as atividades de outra empresa num mercado relacionado, afinal os serviços de buscas verticais dependem da presença nos resultados de pesquisas naturais da Google para atrair usuários aos seus serviços. Ao beneficiar seus próprios produtos em detrimento dos demais no mercado em que é dominante, a Google utilizaria tal posição para eliminar a concorrência em outro mercado onde pretende operar ou já opera, obtendo uma vantagem concorrencial de forma a reforçar sua posição no mercado de buscas vertical.

Por outro lado, as condutas da Google também podem estar direcionadas a uma estratégia de “efeito de alavanca defensivo” (*defensive leveraging*<sup>68</sup>), ou seja, uma ação no sentido de estender seu poder e eliminar a concorrência no

---

66 Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de março de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Comissão das Comunidades Europeias*, processos apensos 6 e 7/73, Colet. 1974, n.º 22.

67 Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 3 de outubro de 1985, *SA Centre belge d'études de marché – télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB)*, proc. 311/84, Colet. 1985 03261.

68 Ver, a propósito, Feldman, 1999.



mercado de buscas verticais com o objetivo de proteger ou reforçar sua posição dominante no próprio mercado de buscas global. Isto porque, ao dificultar o acesso dos usuários a outros sítios do mercado de buscas vertical e favorecer o tráfego usuários para os seus próprios serviços, a Google evita que estes sítios se desenvolvam e possam consolidar-se como pontos de acesso alternativos à Internet, reforçando ainda mais sua posição dominante no mercado de buscas global.

Isto é, considerando-se que os motores de buscas verticais promovem uma espécie de fragmentação do mercado de buscas global através da oferta de um serviço complementar e mais especializado, a Google pode tencionar dominar esses mercados como forma de evitar o desenvolvimento de empresas que, adquirindo reputação e experiência na realização de pesquisas com usuários em um mercado relacionado, possam futuramente vir a desafiar sua posição dominante.

A hipótese de utilização de um efeito de alavanca defensivo foi abordada no caso *United States v. Microsoft (Microsoft III)*<sup>69</sup>. Neste caso, a Microsoft buscou a utilização do seu poder dominante no mercado dos sistemas operativos para, através da alavancagem desse poder, excluir a concorrência estabelecida pela Netscape no mercado de programas de navegação na Internet, que ameaçava seu monopólio no primeiro mercado. Isto porque a o aplicativo *Navigator* da Netscape constituía uma plataforma apta a reproduzir outros aplicativos de forma independente aos sistemas operativos, tornando-se uma possível alternativa a esses últimos e enfraquecendo sua importância.

Hipótese similar, inclusive, foi abordada pela Comissão Europeia no caso *Microsoft*, onde reconhecida a existência de um incentivo à Microsoft para expandir seu poder dominante no mercado de sistemas operativos para computadores PC ao mercado de sistemas operativos para servidores em razão de uma estratégia defensiva. A Comissão sustentou que, através da obtenção de uma posição dominante no mercado de sistemas operativos para servidores, a Microsoft garantiria o controle de um elemento estratégico indispensável a possíveis futuros competidores no mercado de sistemas operativos para clientes, os quais necessitariam fornecer produtos interoperáveis com o sistema para servidores dominado pela Microsoft. Assim, fortalecendo sua posição nos

---

69 *U.S. v. Microsoft (Microsoft III)*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

sistemas operativos para servidores, a Microsoft reforçaria as barreiras à entrada no mercado de sistemas operativos para computadores PC<sup>70</sup>.

Além disso, poderão ser invocados outros precedentes jurisprudenciais da Corte Europeia no sentido da imposição às empresas em posição dominante de uma obrigação de adotar uma conduta de não discriminação quanto ao acesso a recursos indispensáveis para o desenvolvimento de uma atividade comercial<sup>71</sup> situação normalmente relacionada à teoria das infraestruturas essenciais (*essential facilities doctrine*) e às práticas de recusa em contratar.

A conduta abusiva da Google aqui não seria, contudo, uma recusa de acesso aos seus competidores à sua plataforma de buscas global, mas sim um tratamento discriminatório quanto ao posicionamento menos favorável em seus resultados de buscas universais de serviços de buscas verticais concorrente, localizados em um mercado distinto, em benefício dos seus próprios produtos.

Em uma situação análoga às hipóteses relacionadas à teoria das infraestruturas essenciais, a Comissão poderá considerar que a presença no serviço de pesquisa global da Google é indispensável à prestação dos serviços de busca vertical, e que o tratamento diferenciado e mais benéfico dos produtos dessa empresa poderá causar, no mínimo, a imposição de uma desvantagem concorrencial aos concorrentes.

Neste contexto, diante dessa indispensabilidade da plataforma de buscas global da Google ao desenvolvimento das atividades dos motores de busca vertical, o entendimento exposto pela Comissão Europeia na decisão do caso *Sea Containers*<sup>72</sup> poderá ser aqui também aplicado, por analogia, em relação ao tratamento preferencial dado pela Google em relação aos seus próprios produtos<sup>73</sup>. Em tal decisão, a Comissão expôs que:

“Uma empresa numa posição dominante não pode discriminar em benefício das suas próprias atividades num mercado conexo. O proprietário de uma infraestrutura essencial que utiliza o seu poder num mercado no intuito de proteger ou reforçar a sua posição noutra mercado conexo, nomeadamente ao recusar o

---

70 Decisão da Comissão Europeia de 24.3.2004, processo COMP/C3/37.792, *Microsoft*, C(2004) 900 final, J.O. L 32, de 6.2.2007, p. 23, parágrafos 769-772.

71 Lianos & Motchenkova, 2013.

72 Decisão da Comissão Europeia, de 21 de dezembro de 1993, (94/19/CE), COMP IV/34.689 – *Sea Containers c. Stena Sealink* (medidas provisórias), Jornal Oficial n.º L 015 de 18/01/1994, p. 8.

73 Wood, 2011.

acesso ao concorrente ou *ao conceder o acesso em condições menos favoráveis do que as dos seus próprios serviços*, impondo assim uma desvantagem competitiva ao mesmo, infringe o artigo 86.<sup>o</sup><sup>74</sup>.

De fato, com base no que já foi exposto neste artigo, acreditamos que a Comissão Europeia deverá considerar o acesso aos resultados de pesquisas naturais da Google como um elemento indispensável à prestação dos serviços de buscas verticais, especialmente diante da função essencial que o seu motor de buscas universal desempenha atualmente como principal ponto de entrada à Internet aos usuários.

No entanto, esse caráter de indispensabilidade necessitará ainda da efetiva comprovação pela Comissão Europeia de que o direcionamento de tráfego de usuários para os sítios de buscas verticais decorra essencialmente dos resultados de pesquisa da Google e que outros meios de divulgação desses serviços, como, por exemplo, através de redes sociais ou publicidade fora de linha, não consistem em alternativas concretas, ainda que menos vantajosas, para viabilizar o acesso de usuários e a prestação dos serviços de buscas verticais<sup>75</sup>.

Finalmente, também será relevante a comprovação da existência ou não de uma manipulação dos resultados orgânicos da Google, tarefa que pode demonstrar-se complexa<sup>76</sup> e talvez imponha à Comissão Europeia a solicitação, para os fins do procedimento, da revelação do funcionamento do seu algoritmo de busca. No entanto, ainda que não se trate de uma manipulação de resultados, mas sim um manifesto tratamento preferencial de forma independente ao funcionamento do algoritmo de buscas, os possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes dessa prática ora expostos também são aptos a atrair a aplicação do artigo 102.<sup>o</sup> do TFUE ao caso.

Com efeito, a eventual alegação de que a promoção dos próprios serviços da Google seria um comportamento admissível no ponto de vista comercial encontraria óbice no entendimento já exposto pela jurisprudência comunitá-

---

74 COMP IV/34.689, *Sea Containers contra Stena Sealink*, *cit.*, parágrafo 66. Grifo nosso.

75 Defendendo a inexistência da indispensabilidade e recusando a aplicação da teoria das infraestruturas essenciais, veja-se Lao, 2012, Crane, 2012 e, sob a perspectiva da Escola de Chicago e do direito antitruste norte-americano, Bork & Sidak, 2012.

76 Sustentando a impossibilidade de uma diferenciação entre resultados de pesquisa relevantes e resultados manipulados, ver Manne & Wright, 2011. Por outro lado, defendendo uma propensão dos motores de busca à manipulação dos seus resultados orgânicos, ver Edelman & Lockwood, 2011.

ria<sup>77</sup> de que uma empresa em posição dominante possui uma responsabilidade especial em não permitir que as suas condutas obstem a uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno.

A proibição da exploração abusiva de uma posição dominante pelo artigo 102.º do TFUE compreende comportamentos que tenham tanto um objetivo como um efeito concorrencial. Além disso, conforme a jurisprudência comunitária, “*para efeitos de aplicação do artigo 82.º CE, a demonstração do objetivo e do efeito anticoncorrencial se confundem*”<sup>78</sup>. Assim, basta a comprovação de que o objetivo prosseguido pelo comportamento da Google seja a restrição da concorrência para que se considere a existência desse efeito. Ainda, para a aplicação do artigo 102.º do TFUE, não é necessário demonstrar a eliminação toda a concorrência no mercado, sendo suficiente a demonstração que o comportamento abusivo da Google cria o risco ou é suscetível de eliminar a concorrência efetiva no mercado<sup>79</sup>.

Logicamente, caso comprovado que o posicionamento dos concorrentes da Google nas suas listas de resultados deve-se à sua pouca relevância ou a deficiências de conteúdo, esta circunstância não será decorrente de uma prática anticoncorrencial, mas fruto do desempenho superior dos demais concorrentes através dos seus próprios méritos<sup>80</sup>.

#### **4.2. Apropriação não autorizada do conteúdo dos sítios de motores de buscas verticais concorrentes**

Neste ponto, a Comissão identifica como uma possível prática anticoncorrencial da Google a apropriação de conteúdos de sítios de buscas verticais concorrentes para disponibilização nos seus próprios serviços. Esses conteúdos seriam, por exemplo, notícias, imagens ou avaliações de usuários sobre

77 Acórdão do Tribunal de 9 de novembro de 1983, *Michelin contra Comissão*, Proc. 322/81, Recueil, p. 3461, considerando 57 e Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 7 de outubro de 1999, *Irish Sugar contra Comissão*, Proc. 228/97, Colet. II-02969, considerando 112.

78 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 30 de setembro de 2003, *Michelin contra Comissão (Michelin II)*, proc. T-203/01, Colet. II-04071, considerando 241.

79 Assim apontam o Acórdão *Michelin II*, proc. T-203/01, *cit.*, considerando 239, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) de 17 de dezembro de 2003, *British Airways plc contra Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-219/99, Colet. 2003 II-05917, considerando 293 e Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Grande Secção), de 17 de setembro de 2007, *Microsoft c. Comissão*, proc. T-201/04, Colet. 2007 II-03601, considerando 563.

80 Neste sentido, o considerando n.º 6 das Orientações da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

determinados serviços ou produtos (*reviews*). Haveria, assim, uma usurpação dos benefícios decorrentes do investimento dos seus competidores, reduzindo o incentivo para que estes invistam na criação de conteúdo original para os usuários da Internet.

Ao que indica a Comissão, a prática anticoncorrencial em causa está relacionada à eliminação dos incentivos à inovação dos concorrentes por força de uma prática parasitária da empresa dominante, em prejuízo dos usuários da Internet. Trata-se, a princípio, de hipótese subsumível à alínea “b” do artigo 102.º TFUE, onde é expressamente referida a limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores como uma prática de exploração de uma posição dominante.

Na mesma medida, esta conduta poderá ser enquadrada como um abuso de exclusão, diante da possibilidade de causar um risco de eliminação da concorrência nos mercados de buscas verticais através da subtração do fluxo de usuários das plataformas que operam nesses mercados, enquanto a Google, ao mesmo tempo, reforça seus próprios serviços de buscas verticais com a incorporação de conteúdo alheio aos seus sítios.

Haveria, portanto, também a caracterização de uma prática da Google tendente a afetar a estrutura de concorrência efetiva no mercado de buscas verticais, circunstância que, nos termos da jurisprudência comunitária, corresponde a um prejuízo indireto aos consumidores que igualmente se enquadra na alínea “b” do artigo 102.º TFUE<sup>81</sup>.

Resta em causa, no entanto, até que ponto esse comportamento parasitário relaciona-se, de fato, com a posição dominante da Google e poderá ser caracterizado como uma prática abusiva dessa posição nos termos do artigo 102.º do TFUE.

Com efeito, ainda que existam elementos que possam indicar um abuso de posição dominante, parece-nos que o comportamento em causa enquadra-se com maior adequação na disciplina da concorrência desleal, nomeadamente no que diz respeito à apropriação de um investimento de terceiros fazendo passar como seu um conteúdo alheio, ou seja, um ato que possa causar confusão aos usuários quanto à origem desse conteúdo com o objetivo de desviar a clientela de um concorrente.

---

81 Neste sentido o Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão*, 85/76, Colet., p. 217, considerando 125, Acórdão *Irish Sugar, cit.*, considerando 232 e Acórdão *Microsoft, cit.*, considerando 664.

De todo o modo, uma possível solução para essa prática já foi enfrentada pela Autoridade Italiana da Concorrência (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) em relação ao caso trazido por uma associação de editores jornalísticos que reclamava a apropriação não autorizada das notícias dos seus sítios pelo serviço Google News. Neste caso, a Google comprometeu-se a possibilitar que os sítios de notícias optem por não ter suas notícias incorporadas no serviço Google News sem que isso importe na sua eliminação dos resultados de pesquisa do motor de buscas geral da Google<sup>82-83</sup>.

#### **4.3. Acordos de exclusividade com sítios parceiros para os quais fornece anúncios publicitários associados à pesquisa em linha**

O terceiro ponto identificado pela Comissão Europeia em que as práticas da Google podem caracterizar-se como um abuso de posição dominante diz respeito à celebração de acordos de exclusividade com sítios de Internet para os quais fornece anúncios publicitários associados à pesquisa em linha.

Através do seu sistema *AdSense*, a Google fornece anúncios publicitários à proprietários de sítios da Internet, repartindo as receitas daí decorrentes. Em alguns casos, tais anúncios originam-se a partir das buscas efetuadas por usuários a partir dos sítios através de caixas de pesquisas personalizadas fornecidas pela Google<sup>84</sup>.

A Comissão alega que a Google estabelece acordos com seus parceiros do sistema *AdSense* para que estes adquiram os anúncios publicitários para os seus sítios, exclusivamente ou em grande parte, apenas da Google. Segundo a Comissão, isto resultaria em uma exclusividade *de facto* capaz de eliminar a concorrência no mercado de intermediação de publicidade associado à pesquisa em linha.

Com efeito, a celebração de acordos com a imposição da aquisição de anúncios de publicidade exclusivamente ou em grande parte da Google tem o efeito de impedir a realização de negócios entre proprietários de sítios e

---

82 Conforme comunicado de imprensa da AGCM de 17 de janeiro de 2011, disponível em: [www.agcm.it/stampa/news/5194-a420-as787-antitrust-accetta-impegni-di-google-e-chiede-al-parlamento-di-adequare-le-normesul-diritto-dautore.html](http://www.agcm.it/stampa/news/5194-a420-as787-antitrust-accetta-impegni-di-google-e-chiede-al-parlamento-di-adequare-le-normesul-diritto-dautore.html) [consultado em: 01.09.2012].

83 Medidas semelhantes foram propostas nos compromissos oferecidos pela Google à Comissão Europeia, vide capítulo 1 *supra*.

84 Nomeadamente através do sistema *AdSense para pesquisas – AFS*. Uma breve descrição do serviço encontra-se disponível em: <http://support.google.com/adsense/bin/answer.py?hl=pt-BR&answer=9879> [consultado em: 30.07.2012].

outros intermediários de publicidade associada à pesquisa em linha. Portanto, é bastante provável que esta prática seja reconhecida pela Comissão como uma hipótese de exploração abusiva de uma posição dominante destinada a encerrar a concorrência neste mercado de intermediação.

Cumpra registrar que este abuso poderá ser considerado tanto a partir de uma possível posição de dominância da Google no mercado de intermediação de publicidade associada à pesquisa em linha – a ser verificada pela Comissão Europeia através das investigações de mercados –, como também a partir da sua posição dominante no mercado de publicidade associada à pesquisa em linha. Neste último caso, mesmo que no mercado de intermediação não se verifique uma dominância da Google, a Comissão poderá seguir a linha adotada no caso *Tetra Pak II* para aplicação do artigo 102.º do TFUE, no sentido que, tratando-se de mercados distintos, mas com estreitos elos de conexão – tal qual na hipótese em causa –, a vantagem conferida pela posição dominante no mercado dominado permite a empresa colocar-se numa “*situação equiparável à detenção de uma posição dominante no conjunto dos mercados em causa*”<sup>85</sup>. Assim, mesmo que a prática abusiva seja realizada em um mercado distinto do dominado, produzindo efeitos apenas nesse último mercado, a estreita conexão dos mercados permitirá a caracterização de um abuso de posição dominante.

A propósito da caracterização de um abuso de posição dominante através da celebração de acordos exclusivos, assim afirmou o Tribunal de Justiça da União Europeia:

“Constitui uma exploração abusiva de uma posição dominante, na acepção do artigo 86.º do Tratado, o facto de uma empresa que se encontra em posição dominante num mercado, vincular – embora a seu pedido – compradores através de uma obrigação ou promessa de se abastecerem exclusivamente, relativamente à totalidade ou a uma parte considerável das suas necessidades, junto da referida empresa, quer a obrigação em questão”<sup>86</sup>.

A prática em análise também poderá ser enquadrada como abusiva sob a perspetiva das diretrizes estabelecidas nas Orientações Interpretativas da Comissão Orientação sobre abusos de exclusão por empresas em posição

85 Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de novembro de 1996, *Tetra Pak c. Comissão (Tetra Pak II)*, Proc. C-333/94 P, Colet., p. I-5951, considerando 31.

86 Acórdão *Hoffmann-La Roche, cit.*, considerando 89.

dominante<sup>87</sup>. Isto porque a posição de dominância da Google na publicidade relacionada à pesquisa em linha leva a que seus serviços sejam considerados indispensáveis aos proprietários de sítios que desejam receber anúncios publicitários dessa espécie. Assim, o fato da Google ser um parceiro comercial obrigatório de todos ou de parte significativa dos clientes indica que o acordo de fornecimento de anúncios de forma exclusiva terá como efeito, potencialmente, um encerramento anticoncorrencial neste mercado<sup>88</sup>.

Por outro lado, esta prática pode também consistir em um obstáculo à entrada e à expansão dos concorrentes no mercado de buscas global destinada a fortalecer o domínio da Google em tal mercado<sup>89</sup>. Isto porque um dos possíveis efeitos decorrentes desses acordos de exclusividade é que, ao eliminar a concorrência no mercado de intermediação de publicidade associado à pesquisa em linha, os concorrentes do mercado de buscas global também sejam atingidos, já que igualmente dependem das receitas oriundas do mercado de intermediação de publicidade associado à pesquisa em linha para sua manutenção. O encerramento de uma importante parte do mercado publicitário em linha para essas empresas certamente contribui para uma redução da sua capacidade de concorrência através da redução de receitas e elevação dos seus custos, restringindo seu crescimento no mercado de buscas global<sup>90</sup>.

Além disso, considerando-se que o fornecimento dos anúncios relacionados à pesquisa em linha do sistema *AdSense* é acompanhado de uma disponibilização de caixas de pesquisa personalizadas para utilização nos sítios parceiros, a exclusividade imposta pela Google impossibilita que motores de buscas concorrentes distribuam suas próprias caixas de pesquisas para esses sítios, reduzindo-se, com isso, seus meios de atração de usuários para os seus serviços de buscas. Como consequência, menos consultas são realizadas pelos motores de buscas concorrentes, o que impede o desenvolvimento dos seus algoritmos

---

87 Comunicação da Comissão 2009/C 45/02 – Orientações da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

88 *Ibid.*, parágrafo 35.

89 Aqui também será relevante a verificação da posição de dominância da Google no mercado de intermediação com base as investigações da Comissão. A propósito, tratando-se de um comportamento abusivo que ocorre num mercado não dominado, mas que produz efeitos no mercado dominado, ver Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 6 de abril de 1995, *BPB Industries plc e British Gypsum Ltd contra Comissão*, Proc. C-310/93, Colet., p. I-00865 e Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 3 de julho de 1991, *AKZO Chemie BV contra Comissão*, Proc. C-62/86, Colet., p. I-03359.

90 Lianos & Motchenkova, 2013.



de pesquisa em critérios de relevância de resultados e, portanto, inviabiliza a manutenção dessas empresas em um patamar competitivo<sup>91-92</sup>.

Assim, ainda que nem sempre a celebração de um acordo exclusivo traga efeitos anticoncorrenciais, na hipótese em causa evidenciam-se potenciais riscos de eliminação da concorrência nos termos acima expostos, o que indica um provável reconhecimento da exploração de um abuso de posição dominante pela Comissão Europeia.

Ademais, não vislumbramos, *a priori*, elementos que possam sustentar uma possível alegação da Google da necessidade objetiva do seu comportamento ou de ganho de eficiências substanciais como que possam compensar os riscos de prejuízo à concorrência causados a nível dos consumidores.

#### **4.4. Restrições à portabilidade dos dados relacionados à publicidade em linha**

A última prática identificada pela Comissão Europeia como possível abuso de posição dominante diz respeito à imposição de restrições à portabilidade de dados de campanhas publicitárias em linha do sistema *AdWords* para plataformas de publicidade concorrentes.

Neste sentido, alega-se que a Google impõe restrições contratuais a desenvolvedores de programas de computadores que utilizam os recursos de interoperabilidade do seu sistema *AdWords*, proibindo-lhes a disponibilização de ferramentas que permitam aos anunciantes a transferência de dados de campanhas publicitárias desse sistema para plataformas concorrentes, tais como a *AdCenter* da Yahoo!.

Como efeito desta restrição de portabilidade, os anunciantes são obrigados a configurar separadamente suas campanhas destinadas a plataformas de publicidade distintas do sistema *AdWords* da Google. Esta circunstância prejudica a comparação de performances entre plataformas diferentes e o acompanhamento do retorno dos investimentos, o que dificulta a administração das campanhas publicitárias em linha pelos anunciantes. Deve-se considerar

91 Lianos & Motchenkova, 2013.

92 No mesmo sentido, ver Autoridade Francesa da Concorrência, Parecer n.º 10-A-29, de 14 de dezembro de 2010, sobre o funcionamento da publicidade em linha, parágrafo 310: *Ces clauses d'exclusivité pourraient favoriser le réseau de Google par rapport aux autres réseaux d'intermédiation (puisque les publicités du réseau Google ont une position privilégiée ou exclusive selon les cas) et rendre plus difficile pour un concurrent la constitution d'un réseau de sites partenaires. A cet égard, il convient de souligner que, pour un moteur de recherche, le développement d'un réseau de sites partenaires génère un volume de requêtes effectuées par les internautes plus important et, dès lors, des recettes supplémentaires.*

também que campanhas publicitárias em linha baseiam-se em complexas combinações de palavras-chaves, lances por cliques e outros fatores relacionados com a pesquisa em linha. Diante disso, já que todos os ajustes devem ser realizados manualmente e separadamente para as plataformas distintas do sistema *AdWords*, aumentam-se os custos e o tempo necessário para manutenção e otimização de campanhas separadas. No caso de um anunciante que necessita realizar ajustes ou alterações diárias nas suas campanhas, por exemplo, a transposição manual de dados da plataforma da Google para outras causa uma maior consumo de tempo e é suscetível a erros que seriam evitáveis através de uma transferência automática de dados<sup>93</sup>.

Todas essas dificuldades para manutenção de campanhas separadas do sistema *AdWords* tendem a ocasionar uma concentração das campanhas publicitárias em linha em uma só plataforma, sobretudo no que concerne a pequenos e médios anunciantes que não tenham orçamento suficiente para arcar com uma elevação de custos necessária à transposição manual de dados entre plataformas.

Em razão da posição dominante da Google no mercado de publicidade em linha associada à pesquisa e da sua importância para os anunciantes, é bastante provável que estes privilegiem a plataforma *AdWords* para realização das suas campanhas publicitárias em detrimento das plataformas relacionadas a motores de buscas concorrentes.

Neste contexto, motores de buscas concorrentes da Google passam a receber menos anunciantes em suas plataformas de publicidade associada à pesquisa em linha associadas, reduzindo as suas receitas e, portanto, sofrendo fortes prejuízos concorrenciais.

Assim, a conduta da Google em restringir a portabilidade dos dados de campanhas publicitárias do seu sistema *AdWords* poderá ser equiparada a uma criação de obstáculos artificiais à entrada nos mercados de buscas e de publicidade associada à pesquisa em linha tendentes à eliminação da concorrência e ao reforço da sua posição dominante, e, portanto, uma conduta abusiva proibida pelo artigo 102.º do TFUE.

A propósito, no caso *Microsoft*, a Comissão Europeia sustentou que a recusa injustificada em conceder acesso à informação necessária para garantir a interoperabilidade entre o sistema operacional usado em computadores pessoais e o sistema utilizado em servidores garantia à empresa dominante uma

---

93 Edelman, 2008.

vantagem concorrencial artificial correspondente à construção de uma barreira tecnológica à entrada no mercado de sistemas operacionais para computadores pessoais<sup>94</sup>. A hipótese ora em análise não trata de um dever de dar acesso a informações protegidas por direitos de propriedade intelectual como no caso *Microsoft*, mas aqui o comportamento da Google em restringir a portabilidade de dados de anunciantes para outras plataformas concorrentes também poderá ser visto como uma imposição de obstáculos de acesso a informações indispensáveis aos anunciantes, evidenciando uma prática destinada a criar barreiras técnicas artificiais à entrada e à expansão de concorrentes no mercado de buscas global e de publicidade associada à pesquisa em linha.

Cumpra ressaltar, no entanto, que a exata avaliação dessa conduta dependerá da análise dos dados empíricos obtidos através das investigações de mercado que eventualmente comprovem que, em razão da restrição da portabilidade de dados, há, de fato, um relevante aumento de custos aos anunciantes que lhes dificulte a realização de campanhas publicitárias em plataformas concorrentes.

## CONCLUSÕES

A Comissão Europeia nas manifestações públicas que realizou acerca do andamento das investigações sobre o caso tratado neste artigo já forneceu suficientes indicativos de que reconhecerá a posição de dominância da Google no mercado de buscas em linha e demais mercados relacionados.

Ao longo deste artigo, expusemos diversos aspectos que poderão ser utilizados pela Comissão para embasar esta conclusão, sobretudo a existência de significativos efeitos de rede, fatores comportamentais dos usuários, altos custos fixos e economias de escala que representam fortes barreiras à entrada nos mercados de buscas e publicidade em linha, e que, portanto, afastam a falaciosa afirmação de que a “competição está apenas a um clique de distância”.

No entanto, previamente à definição dessa posição dominante, a exata delimitação dos mercados de produtos ou serviços relevantes relacionados às práticas comerciais investigadas será fundamental para o deslinde do caso e, para tanto, dependerá em grande medida dos dados empíricos recolhidos pela Comissão nas suas investigações de mercado. Do mesmo modo, as informações oriundas das análises de mercado anteriores nos casos *Google/DoubleClick*<sup>95</sup> e

---

94 COMP/C3/37.792 - *Microsoft*, cit., parágrafo 524.

95 COMP/M.4731 *Google/DoubleClick*, cit.

*Microsoft/Yahoo! Search Business*<sup>96</sup> serão indispensáveis para a delimitação dos mercados relevantes.

Em contrapartida, a constante evolução dos serviços pesquisa em linha e o abrandamento das fronteiras entre os serviços prestados pelos motores de buscas e por outras plataformas de serviços em rede poderão dificultar a tarefa de delimitação dos mercados de produtos ou serviços. Neste contexto, outras plataformas como, por exemplo, as redes sociais *Facebook*<sup>97</sup> e *Twitter*, poderão oferecer serviços de buscas global dentro dos seus serviços e, assim, consistir em substitutos e concorrentes aos motores de buscas universais<sup>98</sup>.

De todo o modo, com base nas características dos mercados bilaterais onde a Google desenvolve suas atividades comerciais analisadas no Capítulo 2 deste artigo, bem como nas decisões anteriores da Comissão Europeia envolvendo mercados similares, entendemos que serão definidos como mercados relevantes os mercados de pesquisa global e de publicidade associada à pesquisa em linha, e, ainda, em função das práticas investigadas, o merca de buscas verticais e de intermediação de publicidade associada a pesquisa em linha.

Diante do reconhecimento da posição dominante da Google nos mercados de buscas global e de publicidade associada à pesquisa em linha, as práticas comerciais identificadas pela Comissão Europeia deverão ser consideradas contrárias ao artigo 102.º do TFUE em razão do risco de eliminação da concorrência que representam. Da mesma forma, na trilha dos precedentes jurisprudenciais do Tribunal de Justiça da União Europeia que reconhecem as práticas destinadas à projeção do poder de mercado de uma empresa para eliminação da concorrência ou obtenção de uma vantagem concorrencial em um mercado conexo como contrárias ao artigo 102.º do TFUE, as condutas anticoncorrenciais relacionadas aos demais mercados de buscas verticais e de intermediação também deverão ser consideradas abusivas.

Com efeito, todas as práticas comerciais em análise são suscetíveis de serem consideradas abusivas e contrárias ao artigo 102.º do TFUE em razão dos

---

96 COMP/M.5727 - *Microsoft/Yahoo! Search Business*, cit.

97 Noticia-se que a *Facebook* tem realizado vultosos investimentos no desenvolvimento de um serviço de buscas próprio. Neste sentido, Revista Businessweek, "Facebook Delves Deeper Into Search", Março de 2012, disponível em: <http://www.businessweek.com/articles/2012-03-28/facebook-delves-deeper-into-search> [consultado em: 05.07.2013]

98 A propósito, ver Evans, 2013, onde o autor, partindo de uma análise do comportamento dos usuários da Internet nos Estados Unidos nos últimos dez anos, defende a existência de uma concorrência pela atração da atenção dos usuários entre as plataformas em linha, independentemente das características dos serviços por elas prestados.

seus potenciais efeitos anticoncorrenciais no mercado de buscas global e em outros mercados conexos ou relacionados. Além disso, verificou-se que todas essas práticas têm como possível efeito não apenas um risco de eliminação da concorrência em mercados específicos como o de buscas vertical ou o de intermediação de publicidade associada à pesquisa em linha, mas também o reforço e a manutenção da posição dominante ostentada pela Google nos mercados de buscas global e de publicidade em linha associada à pesquisa.

Em relação a maior parte dessas práticas as possíveis soluções de conduta necessárias para cessar às infrações identificadas parecem elementares e, inclusive, foram objeto dos compromissos propostos à Comissão pela Google.

Relativamente aos acordos exclusivos, a solução será a supressão das provisões de exclusividade, *de iure* ou *de facto*, nos acordos celebrados entre a Google e seus parceiros comerciais, enquanto no que diz respeito à prática de apropriação não autorizada de conteúdos alheios – ressalvada nossa consideração de que este ponto enquadra-se com maior adequação na disciplina da concorrência desleal –, a solução mais evidente será a retirada desses conteúdos dos serviços da Google sem, contudo, eliminar os respectivos sítios dos resultados de pesquisas naturais. A restrição à portabilidade também poderá ser superada mediante a eliminação das cláusulas restritivas nos acordos celebrados entre a Google e desenvolvedores de programas de computador, o que dependerá, porém, da análise de eventuais questões técnicas ou, de forma menos provável, de direitos de propriedade intelectual. Todas essas medidas foram contempladas pelos compromissos propostos pela Google ora submetidos ao teste de mercado.

A questão que suscita maiores questionamentos é o possível favorecimento da Google aos seus produtos e serviços de busca vertical nos seus resultados naturais de pesquisa. Enquanto o posicionamento preferencial de serviços próprios em locais destacados na página de resultados de buscas é uma prática que pode ser facilmente eliminada ou atenuada através de diversas medidas, conforme demonstrado pela própria empresa investigada nas propostas encaminhadas à Comissão Europeia, uma interferência nos critérios utilizados pelos algoritmos de buscas da Google mostra-se mais complexa. A imposição de uma neutralidade nos resultados de pesquisa não nos parece adequada, já que poderia afetar diretamente a relevância dos resultados apresentados, circunstância esta que equivaleria a uma redução da qualidade dos serviços de busca aos usuários da Internet e uma forma de desestimular a inovação. Assim, para solução desta prática restritiva, entendemos que será necessário que a Comissão Europeia busque soluções técnicas adequadas que permitam

controlar eventuais manipulações de resultados de pesquisa para favorecimento dos próprios produtos da Google ou sugerir mecanismos pelos quais esta conduta seja neutralizada, sem com isso, contudo, afetar a qualidade das pesquisas em linha (relevância dos resultados) disponibilizadas aos usuários da Internet.

A adequação das propostas apresentadas pela Google à Comissão Europeia para resolução dos quatro pontos identificados como passíveis de caracterizarem um abuso de sua posição dominante ainda dependerá das conclusões alcançadas após o teste de mercado realizado. No entanto, as notícias indicam que a Comissão Europeia ainda exigirá da empresa outras medidas para pôr um termo ao caso investigado<sup>99</sup>.

Finalmente, o restabelecimento de uma concorrência efetiva e pelo mérito, com respeito ao artigo 102.º do TFUE, é fundamental para que se mantenham os incentivos à inovação pelas empresas que atuam nesses mercados de pesquisas em linha, sejam motores de buscas gerais ou especializadas, e, da mesma forma, para que se garanta a permanência da prestação eficiente dessa espécie de serviços aos usuários da Internet.

---

99 Conforme notícia do jornal norte-americano *The New York Times*, “*Europe Warns Google It Could Face Further Concessions*”, 28 de maio de 2013, disponível em: [http://www.nytimes.com/2013/05/29/business/global/european-union-to-press-google-for-new-concessions.html?\\_r=1&](http://www.nytimes.com/2013/05/29/business/global/european-union-to-press-google-for-new-concessions.html?_r=1&) [consultado em: 05.07.2013].

**BIBLIOGRAFIA**

- AHLBORN, Christian, EVANS, David S. & PADILLA, Atilano Jorge  
 2001 “Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?”, in *European Competition Law Review*, vol. 22, n.º 5, pp. 156-167.
- ARGENTON, Cédric; PRUFER, Jens  
 2012 “Search Engine Competition with Network Externalities”, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 8, n.º 1, pp. 73-105.
- BORK, Robert H. & SIDAQ, J. Gregory  
 2012 “What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?”, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 8, n.º 4, pp. 663-700.
- BRAUN, W. David & RITTER, Lennart  
 2004 *European Competition Law: A Practitioner’s Guide*, 3.ª ed., Haia: Kluwer Law International.
- CAVE, Martin & WILLIAMS, Howard Peter  
 2011 *Google and European Competition Law*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1992974> [consultado em: 01.09.2012].
- CRANE, Daniel A.  
 2012 “Search Neutrality and Referral Dominance”, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 8, n.º 3, pp. 459-468.
- EDELMAN, Benjamin & LOCKWOOD, Benjamin  
 2011 *Measuring Bias in “Organic” Web Search*, disponível em: <http://www.benedelman.org/searchbias/> [consultado em: 01.09.2012].
- EDELMAN, Benjamin  
 2008 *PPC Platform Competition and Google’s “May Not Copy” Restriction*, disponível em: <http://www.benedelman.org/news/062708-1.html> [consultado em: 01.09.2012].
- EVANS, David S.  
 2002 *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=332022> [consultado em: 01.09.2012].  
 2008 “The Economics of the Online Advertising Industry”, in *Review of Network Economics*, vol. 7, n.º 3, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1086473> [consultado em: 01.09.2012].  
 2013 “Attention Rivalry Among Online Platforms”, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 9, n.º 2, pp. 313-357.

FELDMAN, Robin Cooper

1999 “Defensive Leveraging in Antitrust”, in *Georgetown Law Journal*, vol. 87, pp.2079-2115.

GOLDMAN, Eric

2005 “Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism”, in *Yale Journal of Law & Technology*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=893892> [consultado em: 01.09.2012].

LAO, Marina L.

2012 *Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2128613> [consultado em: 01.09.2012].

LIANOS, Ioannis & MOTCHENKOVA, Evgenia

2013 “Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market” in *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 9, n.º 2, pp. 419-455.

MANNE, Geoffrey A. & WRIGHT, Joshua D.

2011 “If Search Neutrality is the Answer, What’s the Question?”, in *George Mason Law & Economics Research Paper N.º 11-37*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1807951> [consultado em: 01.09.2012].

MONTI, Giorgio

2007 *EC Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

MOURA E SILVA, Miguel

2008 *Direito da concorrência. Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

2010 *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Coimbra: Almedina.

PATTERSON, Mark R.

2013 “Google and Search Engine Market Power”, in *Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series*, disponível em: <http://jolt.law.harvard.edu/antitrust/articles/Patterson.pdf> [consultado em: 02 de agosto de 2013].

POLLOCK, Rufus

2009 *Is Google the Next Microsoft? Competition, Welfare and Regulation in Internet Search*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1265521> [consultado em: 01.09.2012].

ROCHET, Jean-Charles & TIROLE, Jean

2003 “Platform Competition in Two-Sided Markets”, in *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, n.º 4, pp. 990-1029.

STUCKE, Maurice E.

2012 “Behavioral Antitrust and Monopolization”, in *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 8, n.º 3, pp. 545-574.



THOMPSON, Marcelo

2012 “In Search of Alterity: On Google, Neutrality, and Otherness”, in Aurelio Lopez-Tarruella, (org), *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business*, vol. 22, Haia: T.M.C. Asser Press.

VANBERG, Aysem Diker

2012 “From Archie to Google -Search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law” in *European Journal for Law and Technology*, vol. 3, n.º 1, disponível em: <http://ejlt.org/article/viewFile/115/199> [consultado em: 01.09.2012].

VAN LOON, Sophie

2012 “The Power of Google: First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position?” in Aurelio Lopez-Tarruella, (org), *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business. Models*, Vol. 22, Haia: T.M.C. Asser Press.

WOOD, David

2011 “EU Competition Law and the Internet: Present and Past Cases”, in *Competition Law International*, vol. 7, n.º 1.

## JURISPRUDÊNCIA

### União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de março de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation* contra *Comissão das Comunidades Europeias*, processos apensos 6 e 7/73, Colet. 1974, p.119.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG* contra *Comissão das Comunidades Europeias*, Proc. 85/76, Colet. 1979/ 00217.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de novembro de 1996, *Tetra Pak c. Comissão*, Proc. C-333/94 P, Colet., p. I-5951.

Acórdão do Tribunal de 9 de novembro de 1983, *Michelin* contra *Comissão*, Proc. 322/81, Recueil, p. 3461.

Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 3 de outubro de 1985, *SA Centre belge d'études de marché – télémarketing (CBEM)* contra *SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB)*, proc. 311/84, Colet. 1985 03261.

Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 3 de julho de 1991, *AKZO Chemie BV* contra *Comissão*, Proc. C-62/86, Colet., p. I-03359.

Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 6 de abril de 1995, *BPB Industries plc e British Gypsum Ltd* contra *Comissão*, Proc. C-310/93, Colet., p. I-00865.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 7 de outubro de 1999, *Irish Sugar contra Comissão*, Proc. 228/97, Colet. II-02969.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 30 de setembro de 2003, *Michelin c. Comissão*, proc. T-203/01, Colet. II-04071.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) de 17 de dezembro de 2003, *British Airways plc contra Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-219/99, Colet., p. II-05917.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Grande Secção), de 17 de setembro de 2007, *Microsoft c. Comissão*, proc. T-201/04, Colet., p. II-03601.

### **Estados Unidos**

*U.S. v. Microsoft* (Microsoft III), 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

### **DECISÕES DA COMISSÃO EUROPEIA**

Decisão da Comissão Europeia, de 11 de março de 2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*.

Decisão da Comissão Europeia, de 18 de fevereiro de 2010, COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

Decisão da Comissão Europeia de 24.3.2004, processo COMP/C3/37.792 – *Microsoft*, C(2004) 900 final, J.O. L 32, de 6.2.2007, p. 23.

Decisão da Comissão Europeia, de 21 de dezembro de 1993, COMP IV/34.689 *Sea Containers contra Stena Sealink* (medidas provisórias), J. O. L 015 de 18/01/1994, p. 8.

# A GOVERNAÇÃO DA INTERNET E O POSICIONAMENTO DE PORTUGAL

*Manuel da Costa Cabral*<sup>1</sup>

*ABSTRACT: Given the political, social and economic importance of the Internet, its Governance remains an open issue that is being vividly discussed in several international fora. Who controls the Internet? Who owns the information? Who may access to it? What is the role of Governments? Which is the best approach to implement the multistakeholder model? These are fundamental questions which remain unanswered. In this critical moment for the Internet Governance, the Author identifies the main controversial topics, describes how some of these topics are being addressed in Portugal and provides examples of alternative arrangements in other EU countries. Finally, the Author suggests a framework to address the Internet Governance in Portugal in a more effective and coherent manner and reflects about the role that Portugal can play in the international arena.*

SUMÁRIO: I. Introdução; II. O quadro global da Governação da Internet: identificação das grandes questões; 1. Considerações prévias; 2. Custos de acesso; 3. Qualidade de serviço e neutralidade de rede; 4. Domain Name System – DNS – Sistema de nomes de domínios; 5. Numeração e endereços IP; 6. Segurança e Privacidade; III. O debate institucional em torno da Governação da Internet; 1. Entidades de Direito privado; 2. Organizações internacionais; IV. Portugal e a Governação da Internet; 1. Situação Atual; 2. O confronto com outros países europeus; 3. Perspetivas de evolução em Portugal e algumas propostas; V. Notas conclusivas.

## I. INTRODUÇÃO

Quem controla a Internet? Quem é “dono” da informação? Quem a pode aceder? Qual o papel dos Governos? Qual a melhor solução para implementar

---

<sup>1</sup> Direção das Relações Exteriores da ANACOM. O presente artigo reflete opiniões pessoais, comprometendo em exclusivo o seu autor. Twitter: M\_CostaCabral

o modelo *multistakeholder*? Estas são questões fundamentais para as quais não existem respostas óbvias.

No *Global Agenda Outlook 2013*<sup>2</sup>, publicado no início de 2013 pela *World Economic Forum*, a Governação da Internet<sup>3</sup> é apontado como um dos quinze assuntos cuja resolução é mais urgente a nível global, num *ranking* liderado pela “instabilidade da economia mundial” e pela “fragilidade da zona euro”.

A Agenda de Tunis para a Sociedade de Informação<sup>4-5</sup> define Governação da Internet como “o desenvolvimento e aplicação de princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão, que moldam a evolução e o uso da Internet, por parte dos Governos, setor privado e sociedade civil, no âmbito das suas competências”. Lê-se ainda na Agenda de Tunis que “a Governação da Internet deve ser multilateral, transparente e democrática, compreendendo o total envolvimento de Governos, setor privado, sociedade civil e organizações internacionais. Deve assegurar uma distribuição de recursos equitativa, facilitar o acesso para todos e assegurar um funcionamento estável e seguro da Internet, tendo em consideração o multilinguismo”.

Está, pois, consagrado que a Governação da Internet assenta no modelo de *multistakeholder*, no qual entidades públicas e privadas cooperam para atingir os objetivos identificados.

Em termos práticos, poderemos ver a Governação da Internet de duas formas distintas: num contexto mais restrito, que aponta a Governação da Internet como a gestão de um conjunto de componentes técnicos que permitem a Internet funcionar; num contexto mais lato, onde, para além dos aspetos técnicos, se inclui um conjunto de fatores que moldam as políticas em torno da Internet, como os custos de acesso, a privacidade, liberdade de expressão ou segurança. É este segundo contexto que mais nos interessa, porque é nele que se desenvolve o debate em torno da Internet nos variados fóruns internacionais que abordam o tema.

---

2 World Economic Forum, *Global Agenda Outlook 2013*, 2013, disponível em: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GAC\\_GlobalAgendaOutlook\\_2013.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC_GlobalAgendaOutlook_2013.pdf) [consultado em outubro de 2013].

3 Não existindo tradução óbvia da expressão anglo-saxónica “Internet Governance”, o autor opta por usar uma expressão frequente nos textos em Português: “Governação da Internet”.

4 Declaração consensual emanada da *World Summit on Information Society (WSIS)*, e adotada em novembro de 2005, em Tunis, Tunísia. Mais detalhes no capítulo III do presente artigo.

5 *Tunis Agenda for the Information Society*, 2005, disponível em <http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.html> [consultado em outubro de 2013].

Com base na análise feita sugerimos, por fim, um posicionamento para a atuação de Portugal nesta matéria.

## II. O QUADRO GLOBAL DA GOVERNAÇÃO DA INTERNET: IDENTIFICAÇÃO DAS GRANDES QUESTÕES

### 1. Considerações prévias

A urgência do debate da Governação da Internet não é alheia ao papel vital que a mesma assume nas sociedades atuais, nem à enorme controvérsia que o assunto tem vindo a suscitar, nomeadamente em fóruns internacionais como a União Internacional de Telecomunicações (UIT), agência das Nações Unidas para as Telecomunicações. Diversos países, nomeadamente Rússia, China, e alguns Estados Árabes, têm demonstrado desconfiança em relação ao *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), instituição que desempenha funções na gestão de recursos de numeração, nomes e endereçamento IPs. Para um conjunto de países, num cenário ideal, as funções do ICANN deveriam ser assumidas por um organismo de direito internacional, como a própria UIT. Não sendo tal cenário facilmente realizável, atendendo à oposição dos EUA, e seus aliados, tem vindo a ser exigido o reforço do poder dos Governos nestas matérias e em concreto no processo de tomada de decisão do ICANN. Por outro lado, Estados Unidos, diversos países da Europa e outros aliados, como Canadá, Austrália ou Japão consideram que algumas das exigências de reforma das instituições que controlam a Internet têm objetivos não confessáveis que passam pelo reforço das medidas de controlo e/ou barramento das comunicações, ou por outras palavras, pelo reforço da possibilidade de vigilância e censura. Consideram, assim, que as propostas de alguns Estados-Membros põem em causa a Internet livre e aberta que conhecemos. Os EUA garantem ainda que não dispõem de instrumentos para influenciar as decisões vitais do ICANN.

É neste cenário, de profunda divisão, que há quem sugira que nos encontramos perante uma Guerra Fria digital<sup>6</sup>.

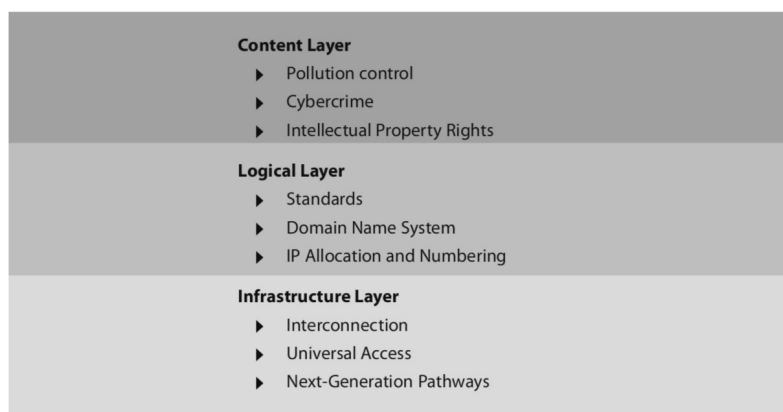
Mas a Governação da Internet está longe de se circunscrever a disputas entre países. O tema suscita debate entre Governos e Sociedade Civil; operadores

---

6 "Internet Regulation – A Digital Cold War?", *The Economist*, 14 dezembro de 2012, disponível em <http://www.economist.com/blogs/babbage/2012/12/internet-regulation> [consultado em dezembro de 2012].

tradicionais e prestadores *over-the-top* (OTT)<sup>7</sup>; ou entre a liberdade individual e a segurança nacional.

Procuraremos aprofundar o que está em causa nesse debate, sendo certo que dada a definição abrangente consagrada na Agenda de Tunis, a Governação da Internet respeita a um leque muito variado de assuntos. Akash Kapur<sup>8</sup> dividiu o tema da Governação da Internet em três níveis: Infraestrutura, lógico e conteúdo.



Consideramos que a sistematização em três níveis oferecida por Kapur continua útil, se bem que naturalmente, com o transcurso do tempo, a caracterização dos tópicos relevantes em cada um dos níveis se tenha vindo a alterar.

No presente artigo, exploraremos alguns dos tópicos mais controversos na atualidade a nível internacional, a saber:

- Custos de acesso (nível de infraestrutura);
- Qualidade de serviço e neutralidade de rede (nível de infraestrutura);
- *Domain Name System – DNS – Sistema de nomes de domínios (nível lógico)*;
- Numeração e endereçamento (nível lógico);
- Segurança (transversal a todos os níveis);

7 Prestadores de serviço/aplicações acessíveis através da Internet (eg. Google, Facebook e Skype).

8 kapur, 2005.

## 2. Custos de acesso

A *International Internet Connectivity* pode ser definida como o acesso internacional ao conjunto de meios através do qual um país pode aceder ao *backbone* da Internet Global. Este conjunto de meios inclui satélites e cabos de fibra ótica (terrestres ou submarinos).

O custo de acesso à Internet tem sido um tópico crucial para os países em desenvolvimento, em particular, em África e América do Sul, regiões onde os custos de acesso são elevados em comparação com outras regiões, o que condiciona o acesso à Internet pelas populações. Na verdade, o modelo em que assenta a Internet, a que alguns designam como “*receiver pays*” (no qual os *Internet Service Providers* – ISPs – que recebem a informação pagam o circuito internacional por completo), contribui para estes custos acrescidos. Uma vez que os conteúdos estão alojados fundamentalmente em países desenvolvidos, os países em desenvolvimento alegam estarem mais dependentes da largura de banda internacional<sup>9</sup>. Por isso mesmo, têm defendido, nos diversos fóruns internacionais, a revisão da fórmula para a repartição dos custos.

De notar contudo que a propagação de *Internet exchange points (IXPs)*, infraestruturas que permitem que diversos *players* se interliguem diretamente entre si, tem contribuído para melhorar a qualidade de serviço e reduzir custos de transmissão. Os IXPs contribuíram para um desenvolvimento da Internet na América do Norte, Europa e Ásia e têm gradualmente vindo a ser implementados nas regiões mais desfavorecidas de África ou América Latina<sup>10</sup>, muitas vezes com o apoio técnico e financeiro proporcionado por programas de desenvolvimento. A propagação de IXPs tem contribuído para diminuir os custos de acesso nos países em desenvolvimento, embora haja ainda um largo percurso a percorrer até porque se trata de uma infraestruturas que exige elevados investimentos e conhecimentos técnicos, que não estão ao alcance de grande parte desses países.

Esta questão parece ser, de resto, crucial para o desenvolvimento futuro da Internet, atendendo a que o crescimento mais acelerado de produção de conteúdos e de volume tráfego se verificará precisamente nos países em desenvolvimento.

---

9 “When an end user in Kenya sends E-Mail to a correspondent in the USA it is the Kenyan ISP who is bearing the cost of the International connectivity from Kenya to the USA. Conversely when an American end user sends E-Mail to Kenya, it is still the Kenyan ISP who is bearing the cost of the International connectivity, and ultimately the Kenyan end user who bears the brunt by paying higher subscriptions”: Bell, , 2002.

10 Mapa com a localização de IXPs no globo <http://www.datacentermap.com/ixps.html> [consultado em outubro de 2013].

### 3. Qualidade de serviço e neutralidade de rede

A qualidade de serviço e a neutralidade de rede expõem uma tensão crescente entre os operadores de telecomunicações tradicionais e os prestadores *over-the-top* (OTT).

Os operadores tradicionais de telecomunicações, e em particular a *European Telecommunications Network Operators' Association* (ETNO)<sup>11</sup>, têm defendido que o atual modelo de Internet resulta num desequilíbrio entre o esforço de investimento e a receita gerada. Assim, alegam que enquanto os operadores de telecomunicações investem na proliferação e melhoria das redes, têm sido os prestadores OTT a beneficiar desse investimento, dado que obtêm elevadas receitas pela prestação de serviços/aplicações que “correm” sobre as redes construídas por terceiros.

No processo de preparação para a *World Conference on International Communication* (WCIT-12), organizada pela UIT e realizada em dezembro de 2012, com o intuito de rever o Regulamento das Telecomunicações Internacionais<sup>12</sup>, os operadores tradicionais apresentaram propostas para diminuir o alegado desequilíbrio entre investimento e receitas. As propostas dos operadores apontavam para a criação de um novo ecossistema para a interligação IP, o que facilitaria a que paralelamente a uma qualidade de serviço baseada no princípio *best-effort*<sup>13</sup>, subsistisse uma qualidade de serviço *end-to-end*<sup>14</sup>. Com base no princípio *end-to-end* seria exequível estabelecer uma política de interligação que diferenciasse a qualidade de serviço de acordo com o tipo de serviço e tráfego. No fundo, os operadores defendem que se um OTT pretende assegurar a “entrega” de um serviço/aplicação com um determinado nível de qualidade de serviço assegurado, terá de pagar um *fee* para o efeito. Deste modo, os operadores poderiam aumentar receitas e fazer face às exigências de investimento, nomeadamente em redes de nova geração. De notar, contudo, que estas propostas não mereceram o apoio da WCIT-12.

Ainda assim, as exigências dos operadores tradicionais têm-se feito ouvir não apenas no âmbito da UIT, mas também a nível europeu. Neste contexto, parece

11 A ETNO é a associação que reúne os operadores incumbentes europeus ([www.etno.be](http://www.etno.be)).

12 Site da WCIT-12 disponível em <http://www.itu.int/WCIT>. Mais detalhes no capítulo III do presente artigo.

13 A Internet tem vindo sobretudo a funcionar segundo o princípio do *best-effort*, segundo o qual as informações transmitidas serão entregues no destino caso existam recursos para tal, não existindo absoluta garantia de entrega.

14 Princípio que permite que um determinado nível de qualidade de serviço seja assegurado de ponto-a-ponto.



ser de particular relevância a proposta de regulação “*Connected Continent*” recentemente tornada pública pela Comissão Europeia<sup>15</sup>. No seu art.º 23 (“*Freedom to provide and avail of open internet access, and reasonable traffic management*”), a Comissão pretende consagrar a proibição de os operadores bloquearem, tornarem mais lento ou degradarem determinado tipo de conteúdo, aplicações ou serviços (art.º 23.º § 5). Por outro lado, a Comissão estabelece a possibilidade de os prestadores de conteúdo, aplicações e serviços acordarem com os operadores de telecomunicações a transmissão de determinado tipo de tráfego com uma qualidade de serviço pré-definida, ou com capacidade dedicada (art.º 23.º § 2). Salvo melhor opinião, a Comissão parecia abrir assim a porta às pretensões dos operadores, reforçando a legitimidade do princípio da qualidade de serviço garantida *end-to-end* na prestação de serviços de Internet.

Neste sentido, a proposta da Comissão para a revisão do enquadramento regulatório tem o mérito de inovar pois alarga o seu âmbito aos prestadores OTT.

No entanto, as discussões no Conselho Europeu (no qual têm assento países que adotaram legislação proibitiva de práticas que possam pôr em causa o princípio da neutralidade de rede, como a Holanda, Luxemburgo ou Eslovénia<sup>16</sup>), e especialmente no Parlamento Europeu<sup>17</sup> fazem prever que se deverão manter restrições à aplicação de um modelo baseado numa qualidade de serviço *end-to-end*.

Aguarda-se, assim, com expectativa o resultado de todas estas negociações.

#### **4. Domain Name System – DNS – Sistema de nomes de domínios**

No topo de uma pirâmide que gere os recursos críticos de Internet encontra-se o ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*). O ICANN é uma organização norte-americana de direito privado, que se orgulha de atuar de acordo com o modelo *multistakeholder*, segundo o qual Governos,

15 “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, and amending Directives 2002/20/EC, 2002/21/EC and 2002/22/EC and Regulations (EC) No 1211/2009 and (EU) No 531/2012”, 11 de setembro de 2013 <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/regulation-european-parliament-and-council-laying-down-measures-concerning-european-single>.

16 Olmos & Castro, 2013.

17 Ver Relatório aprovado pelo Comité de Indústria, Investigação e Energia (ITRE) do Parlamento Europeu sobre “Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures concerning European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, and amending Directives 2002/20/EC, 2002/21/EC and 2002/22/EC and Regulations (EC) No 1211/2009 and (EU) No 531/2012”, 1 de abril 2014 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARG+PE-522.762+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>.

setor privado, academia e sociedade civil têm a possibilidade de fazer ouvir os seus pontos de vista e contribuir para a tomada de decisão.

Na sequência de um memorando assinado entre o Departamento de Comércio (DoC) dos EUA e o ICANN em Novembro de 1998, a gestão do *Domain Name System – DNS* (Sistema de nomes de domínios) passou para o controlo do ICANN<sup>18</sup>. Este Memorando teve precisamente por objetivo libertar estas funções do controlo governamental dos EUA. Salienta-se contudo que o DoC dos EUA mantém a autoridade de alterar o detentor do poder de gestão do DNS, significando que em casos extremos o DoC poderia não renovar o contrato com o ICANN, o que na prática determinaria o fim desta organização. Por outro lado, o DoC tem o poder de aprovar modificações ao chamado *root zone file* (*Root Zone* refere-se ao nível mais elevado da estrutura do DNS, que contém a informação necessária ao funcionamento de todos os domínios de topo), pelo que a adição de novos domínios de topo passa também pela aprovação do DoC.

A influência dos EUA na Internet tem naturalmente uma razão histórica relevante: A Internet foi inventada pelos norte-americanos. É, assim, natural que as instituições que gerem alguns dos seus recursos críticos sejam o legado desse facto histórico.

De qualquer forma, a autoridade que os EUA detêm sobre o ICANN acaba por descredibilizar a ideia defendida pelos norte-americanos segundo a qual o seu poder de influência sobre o ICANN não se sobrepõe ao de outros Estados, sendo, por isso, crescente a pressão para que esse poder seja efetivamente reduzido

Foi neste contexto, sintomática, a Declaração de Montevideu, assinada por diversas entidades relevantes na comunidade da Internet, incluindo o próprio ICANN, em outubro de 2013, apelando, nomeadamente, a uma globalização do ICANN, subentendendo-se um apelo a um menor controlo dos EUA sobre o ICANN<sup>19</sup>.

---

18 No que respeita ao DNS, o ICANN é responsável pela gestão do conjunto dos domínios alfanuméricos (o chamado *Domain Name System - DNS*), funções que passam nomeadamente pela designação dos operadores dos domínios de topo (*top-level domains*, TLD). De relevar que os domínios de topo estão agrupados em duas grandes famílias Generic (gTLD. Exemplo: .com ou .net) e country code (ccTLD. Exemplo: .pt). O ICANN é responsável por contratualizar com *Registries* a coordenação de cada gTLD. No caso dos ccTLD, o ICANN atribui a competência de gestão, registo e manutenção dos domínios a uma entidade em cada país, através de uma delegação técnica.

19 Declaração de Montevideu, disponível em <https://www.icann.org/en/news/announcements/announcement-07oct13-en.htm> [consultado em janeiro 2014].

Adicionalmente, conforme indicado anteriormente um conjunto alargado de países, incluindo alguns BRICS<sup>20</sup>, acredita que num cenário ideal, as funções do ICANN deveriam ser assumidas por um organismo de direito internacional, como a própria UIT. No lado oposto, EUA e diversos aliados opõem-se vivamente a todas as iniciativas que procurem dotar a UIT de poderes na gestão do DNS, considerando que o caráter dinâmico e inovador da Internet ficaria fortemente ameaçado se as decisões sobre a gestão dos seus recursos críticos passassem a ser tomadas por uma agência das Nações Unidas, cujos processos de tomadas de decisões alguns consideram lentos e pouco ágeis.

Atendendo à difícil concretização de reformas mais profundas, diversos países exigem, pelo menos, o reforço do poder dos Governos nestas matérias e em concreto no processo de tomada de decisão do ICANN. Neste contexto, têm sido particularmente audíveis as exigências de reforma do *Governmental Advisory Committee* (GAC)<sup>21</sup> do ICANN, organismo no qual se fazem representar os Governos, e cujas opiniões sobre políticas públicas deverão ser tomadas em consideração pelo *Board* do ICANN. Deste modo, tem vindo a ser pugnado um reforço dos poderes do GAC de modo a que os seus pareceres adquiram uma natureza tendencialmente vinculativa, pretendendo-se que o *Board* do ICANN<sup>22</sup> tenha uma menor margem de manobra para atuar ao arrepio dos pareceres do GAC. Na realidade, este grupo de países, do qual o Brasil se tem assumido como um dos líderes, considera que o GAC é um órgão fraco, que não garante as condições necessárias à efetiva participação dos governos nos processos de tomada de decisão.

Todo este contexto de pressão internacional terá seguramente contribuído para que os EUA, em março de 2014, tenham emitido uma declaração na qual convidam o ICANN a reunir os diversos *stakeholders* com o intuito de formular uma proposta de transferência das atuais funções dos EUA na coordenação do *Domain Name System* – DNS<sup>23</sup>.

É importante realçar, contudo, que muitos pontos de interrogação se levantam com esta declaração, desconhecendo-se, nomeadamente, quem assumirá

---

20 Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

21 <https://gacweb.icann.org/>.

22 <http://www.icann.org/en/groups/board>.

23 “NTIA Announces Intent to Transition Key Internet Domain Name Functions”, 2014, disponível em <http://www.ntia.doc.gov/press-release/2014/ntia-announces-intent-transition-key-internet-domain-name-functions> [consultado em março de 2014].

as funções de coordenação do DNS e quais são exatamente as funções a que os EUA se referem.

De qualquer modo, este parece ser um marco relevante, que abre a porta a que importantes desenvolvimentos venham a ocorrer na forma como o ICANN e em concreto a coordenação do DNS são organizados.

*a) Caso prático: A tensão em torno dos novos gTLDs*

A aprovação dos novos domínios genéricos de topo (ex: .hotel; .site; .nyc)<sup>24</sup> surge como uma das faces visíveis dos antagonismos patentes no processo de tomada de decisão do ICANN. O processo de criação destes novos domínios foi controverso desde a sua origem (2005), suscitando muitas reservas, nomeadamente por parte do GAC, quanto a questões de segurança, proteção de consumidores e defesa da propriedade industrial<sup>25</sup>. Paradigmático foi o caso dos novos domínios de topo “.Amazon” ou “.wine”/“.vin”. Em função das pressões do Brasil e de outros países daquela região, o GAC opôs-se à criação do “.Amazon”, que havia sido solicitada pela *Amazon*, empresa de vendas online. Na base da oposição do Brasil, esteve o facto de a Amazônia ser uma região do Brasil e de outros países sul-americanos, pelo que o uso desse domínio de topo deveria ser vedado a uma empresa privada. De notar que neste processo apenas os EUA apoiaram a pretensão da criação do “.Amazon” pela empresa Amazon. A decisão final sobre o domínio de topo “.Amazon” ainda está pendente, apesar do parecer do GAC, uma vez que o *Board* do ICANN ainda não tomou a decisão final.

Com base em argumentos similares, a Comissão Europeia contestou a possibilidade de virem a ser criados os domínios de topo “.wine” e “.vin”. Em carta remetida a Fadi Chehadé, Presidente e CEO do ICANN, em setembro de 2013, Nellie Kroes, Vice-presidente da Comissão, declarava “*under no circumstance can we agree having .wine and .vin and on the internet, without sufficient safeguards which efficiently protect the rights and interest of both Geographic Indicator right holders and consumers and wine and wine products*”<sup>26</sup>.

O ICANN ainda não tomou uma decisão sobre os domínios “.wine” e “.vin” devendo fazê-lo proximamente.

24 ICANN sobre os novos domínios de topo <http://newgtlds.icann.org/en/>.

25 Kruger, 2013.

26 Kroes, 2013.

Poderá dizer-se, para sintetizar, que os diferendos em torno da questão da gestão dos domínios têm uma dimensão política na qual alguns os governos procuram ter um maior poder no processo de tomada de decisão. Não se pode, porém, negligenciar uma dimensão económica: só por si a empresa Amazon terá investido cerca de 14 milhões de dólares em processos de candidatura de novos domínios de topo<sup>27</sup>.

## 5. Numeração e endereços IP

Cada equipamento conectado à Internet é identificado por um endereço IP. Estes endereços, que são usados para encaminhar os pacotes de dados, são um recurso finito. O ICANN, através da IANA (*Internet Assigned Names Authority*)<sup>28</sup>, tem também a função de gerir a alocação de endereços IP. Assim, o ICANN distribui as moradas IP a cinco *Regional Internet Registries* (RIRs) que por sua vez atribui os endereços aos ISPs ou diretamente a empresas que necessitem dos endereços IP para o desenvolvimento das suas redes internas. Na Europa, a função de RIR está atribuída à *Réseaux IP Européens Network Coordination Centre (RIPE NCC)*<sup>29</sup>.

Atualmente a maior parte dos equipamentos utiliza o chamado IPv4 (exemplo de endereço IPv4: 192.0.2.235), que permite em teoria gerar um conjunto de 4 mil milhões de endereços<sup>30</sup>. No entanto, devido ao crescimento galopante do número de equipamentos ligados à Internet, os endereços IPv4 acabaram por escassear, pelo que foi desenvolvido uma nova versão de endereços IP, o IPv6 (exemplo de endereço IPv6: 2001:0db8:85a3:0000:0000:08a2e:0370:7334) que permitirá gerar, em teoria, um número praticamente inesgotável de endereços IP.

A exaustão de recursos IPv4 disponíveis e a migração para o IPv6 tem servido de pretexto para exigências de reforma na Governação dos endereços IP. Estas reformas podem ser sistematizadas em dois níveis: operacional e institucional.

---

27 "Amazon Just Spent Millions Applying For Domain Names. Why?", 2012, Revista Forbes, disponível em <http://www.forbes.com/sites/chrisbarth/2012/06/13/amazon-just-spent-millions-applying-for-domain-names-why/> [consultado em outubro de 2013].

28 <http://www.iana.org/>.

29 <http://www.ripe.net/>.

30 Este número contudo não é estático, porque na prática a maior parte dos equipamentos estão ligados à Internet através de redes privadas que atribuem endereços IP de forma dinâmica.

No plano operacional, nos fóruns internacionais tem-se vindo a discutir a forma de alocação dos endereços IPv6. Alguns países sustentam que a política de alocação deve ser similar à realizada no IPv4, isto é, com base no “*first come, first serve*”, tendo como pressuposto uma necessidade demonstrável. Contudo, outro conjunto de países advoga que o princípio utilizado no IPv4 levou uma rápida ocupação de recursos finitos, pelo que se for novamente utilizado na distribuição de endereços IPv6, os países que procurem mais tardiamente tais recursos endereços IPv6, tipicamente os países em desenvolvimento, sairão prejudicados. Para estes países a alocação de endereços IPv4 não decorreu de forma eficiente, argumentando que existe uma proporção muito significativa de endereços que nunca foram usados, apesar de já terem sido atribuídos a diversas organizações<sup>31</sup>.

No plano institucional, enquanto alguns países advogam uma transformação profunda do modelo institucional, sugerindo, por exemplo, que a própria UIT atue como um RIR, ficando responsável pela atribuição de endereços, outros países referem que uma melhoria dos processos das atuais instituições será suficiente para garantir uma eficiente migração para o IPv6. Para este último grupo, a intervenção da UIT neste processo teria consequências negativas, uma vez que o iria tornar necessariamente mais pesado e burocrático.

## 6. Segurança e Privacidade

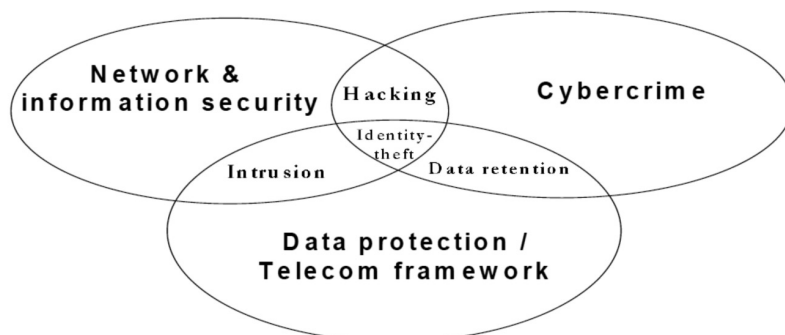
As questões de segurança e privacidade são para muitos o problema central da Governação da Internet. Assuntos como a recolha e retenção da vida de cada um de nós, o poder das corporações que armazenam tais dados, o papel e a eficácia do legislador para combater práticas abusivas, o combate ao cibercrime, e as ações de espionagem são incontornáveis na discussão da Governação da Internet.

De acordo com a Comissão Europeia, as questões de segurança podem ser sumarizadas no diagrama da página seguinte.

Considera-se que os três vetores são aplicáveis quando se discutem questões de segurança na Internet. No entanto será de realçar que, na sua maioria, os países desenvolvidos procuram limitar o âmbito da discussão da Governação da Internet ao vetor da “Network and Information Security”, alegando que as restantes dimensões alargariam o âmbito da Governação da Internet para

---

31 Algumas estimativas apontam para que a percentagem de endereços já atribuídos e não utilizados ronde os 30% do total dos endereços IPv4. Ver Asghari, 2012.



Fonte: Comissão Europeia<sup>32</sup>

assuntos como os de foro criminal. No entanto, os três vetores são, na prática, abordados nos principais fóruns internacionais, como a UIT ou o *Internet Governance Forum* (IGF), pelo que daremos breve nota de alguns aspetos que têm gerado polémica.

#### • “Network and Information Security”

A Comissão Europeia define: “*Network and information security can be understood as the ability of a network or an information system to resist, at a given level of confidence, accidental events or malicious actions. Such events or actions could compromise the availability, authenticity, integrity and confidentiality of stored or transmitted data as well as related services offered via these networks and systems*”.

Neste vetor de Segurança de redes e de Informação realça-se a importância de se construir redes resilientes e robustas, o que acaba por ser do interesse geral.

#### • Cybercrime

Esta é uma área que em geral os países desenvolvidos querem ver afastada dos fóruns de Governança da Internet, alegando que a mesma deverá ser tratada ao nível da cooperação judicial.

Um leque alargado de países desenvolvidos são subscritores da Convenção de Budapeste sobre Cybercrime, tratado internacional acordado no âmbito do Conselho da Europa para definir os crimes praticados por meio da Internet

32 “Network and Information Security: Proposal for A European Policy Approach”, Communication from the Commission to the Council, The European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2001, disponível em [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001\\_0298en01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0298en01.pdf) [consultado em outubro de 2013].

e agilizar a cooperação para identificar e localizar os autores dos mesmos. Embora se trate de um texto acordado no âmbito de uma instituição europeia, países não europeus, como o Canadá, Japão, Estados Unidos e África do Sul, são igualmente signatários do Tratado. No total, 29 países, entre os quais Portugal, já ratificaram a Convenção de Budapeste, enquanto que outros 17 países já assinaram, mas ainda não ratificaram. Há, no entanto, Membros do Conselho da Europa que ainda não assinaram a adesão ao Tratado, destacando-se neste grupo Rússia e Turquia<sup>33</sup>.

Em Portugal, a Convenção sobre Cibercrime é concretizada na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

Apesar de poder ser considerado um assunto que ultrapassa o âmbito da Governação da Internet, diversos países, tipicamente os não signatários da Convenção de Budapeste, insistem para que algumas questões de cibercrime sejam analisadas em fóruns como a UIT, atendendo a que consideram que a prevenção de alguns crimes passa por ações de cariz técnico. Assim, são, por exemplo, frequentes debates em torno de temas como a *child online protection*, discutindo-se soluções técnicas e formas de cooperação que, por exemplo, impossibilitem o acesso a determinados conteúdos por crianças.

#### • Proteção de dados/Privacidade

Conforme referimos anteriormente Estados Unidos e diversos aliados consideram que as exigências de reforma da Governação da Internet constituem uma ameaça séria a uma Internet livre e aberta que hoje conhecemos, pois encobrem o desejo de um maior controlo dos conteúdos que são transmitidos pela Internet. Neste contexto, podemos dizer que o assunto da segurança sempre foi debatido nestes fóruns e que na base desse debate esteve latente uma desconfiança, ou uma suspeita, que determinados conteúdos pudessem ser, ou vir a ser, monitorizados por um determinado Estado-Membro.

A este propósito, as notícias sobre violações da privacidade por parte da *National Security Agency* (NSA), que denunciaram um programa de espionagem de larga escala (PRISM) visando comunicações estabelecidas através da Internet, deram ampla visibilidade pública a temas que têm vindo a ser debatidos em diversos fóruns mundiais, nomeadamente, na UIT. Contudo,

---

33 Lista de países aderentes da Convenção de Budapeste disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=8&DF=02/06/2010&CL=ENG> [consultado em novembro de 2013].



estas denúncias parecem ter alterado a forma de encarar o tema da vigilância e de a discutir nestes fóruns internacionais.

Assim, as revelações em torno do PRISM serviram de pretexto para que o debate em torno da espionagem de comunicações deixasse de estar dissimulado em considerações técnicas ou jurídicas. Os relatos<sup>34</sup> que surgem do IGF de 2013, que se realizou em outubro, na Indonésia, são eloquentes quanto à forma clara e incisiva como o tema da espionagem foi tratado nesse fórum. Adicionalmente, estas denúncias contribuíram para reforçar o caráter político e de alto nível das discussões em torno da Governação da Internet, a ponto de Dilma Rousseff, Presidente do Brasil, ter transformado o assunto na sua principal bandeira, no seu recente discurso na 68.<sup>a</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>35-36</sup>.

Finalmente, e não menos importante, estas revelações poderão estar a contribuir para alterar o xadrez geopolítico. A este propósito, saliente-se a proposta de resolução conjunta que Brasil e Alemanha apresentaram à Assembleia Geral da ONU, sobre o direito à privacidade na era digital<sup>37</sup>, e que viria a ser aprovada por unanimidade por aquela Assembleia em dezembro de 2013.

Na Europa, o debate sobre a privacidade das comunicações e em particular dos dados armazenados na Internet, também parece estar a ser influenciado com a revelação do caso PRISM. A Comissão Europeia, por intermédio da Comissária para os Assuntos de Justiça, Viviane Reding, havia apresentado uma proposta de reforma das regras de proteção de dados<sup>38</sup> em janeiro de

---

34 "Surveillance: the hot topic at Internet Governance Forum", 2013, Talking New Media, <http://www.talkingnewmedia.com/2013/10/25/surveillance-the-hot-topic-at-internet-governance-forum/> [consultado em outubro de 2013].

35 Rousseff, 2013.

36 A Presidente do Brasil pretende ainda aprovar um novo pacote legislativo, o designado "Marco Civil", o qual deverá estipular que "o armazenamento de dados de personalidades físicas ou jurídicas brasileiras por parte de fornecedores de aplicações de Internet que exerçam essa atividade de forma organizada, profissional e com finalidades económicas no país deve ser feito em território nacional", significando isto, caso esta redação seja aprovada, que OTTs globais como o Facebook ou Google terão de armazenar os dados que dispõem sobre cidadãos ou organizações brasileiras em território brasileiro.

37 Proposta de Resolução conjunta do Brasil e Alemanha, 2013, disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/brasil-e-alemanha-apresentam-a-assembleia-geral-da-onu-projeto-de-resolucao-sobre-o-direito-a-privacidade-na-era-digital> [consultado em novembro de 2013].

38 Commission proposes a comprehensive reform of the data protection rules, 25 janeiro 2012, disponível em [http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm) [consultado em setembro de 2013].

2012. Esta proposta revelou-se, porém, muito controversa, com a Comissão a ser acusada, por alguns Estados-Membros, de ser demasiado exigente com determinados prestadores, incluindo os OTT.

As primeiras revelações de Edward Snowden, em maio de 2013, parecem ter contribuído para uma alteração das vontades políticas, o que tem sido aproveitado pela Comissão Europeia para dar novo fôlego à proposta sobre as regras para a proteção de dados. Referindo que, de acordo com algumas estimativas, as revelações sobre o PRISM poderão custar à indústria da *cloud computing* norte-americana, entre \$22 a \$35 mil milhões de dólares de receita nos próximos 3 anos, Viviane Reding<sup>39</sup> assumiu a necessidade de reforçar a confiança dos cidadãos na “economia digital”.

Concretizando o apoio político à reforma proposta pela Comissão, o Conselho Europeu de 24 e 25 de outubro de 2013, declarou que a mesma “é essencial para a realização do mercado único digital até 2015”<sup>40</sup>

Adicionalmente, em março de 2014 o Parlamento Europeu votou favoravelmente à reforma da legislação sobre proteção de dados, que assenta em 4 pilares fundamentais:

- Primeiro pilar: Um continente, uma Lei. Para ajudar a concretizar este pilar, a reforma aprovada pelo Parlamento Europeu compreende um regulamento e uma diretiva sobre o assunto. Sendo o regulamento de aplicação direta pelos Estados-Membros, não requerendo transposição, a harmonização legislativa é mais facilmente concretizável;
- Segundo Pilar: As empresas não europeias que operem na União Europeia, vão ter de obedecer às regras comunitárias;
- Terceiro Pilar: Consagração do direito a ser esquecido, isto é, sempre que um utilizador desejar que os seus dados pessoais não continuem a ser armazenados por um qualquer prestador de serviço, tais dados deverão ser removidos, desde que não existam razões legítimas que justifiquem o contrário;
- Quarta Pilar: Criação de um “One-stop-shop” para empresas e cidadãos, no sentido de facilitar a apresentação de denúncias contra uma empresa sediada noutro país.

---

39 R2013.

40 Conclusões do Conselho Europeu de 24 a 25 de outubro de 2013, disponível em [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/pt/ec/139221.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/ec/139221.pdf) [consultado em outubro de 2013].

A reforma aprovada pelo Parlamento terá ainda de ser adotada pelo Conselho da União Europeia.

### III. O DEBATE INSTITUCIONAL EM TORNO DA GOVERNAÇÃO DA INTERNET

Uma vez identificados alguns dos principais assuntos da Governação da Internet, importa indicar os mais relevantes fóruns de direito privado e direito internacional em que esta matéria é debatida internacionalmente e na qual os Governos têm vindo a participar ativamente.

#### 1. Entidades de direito privado

São de mencionar as seguintes:

- *GAC do ICANN*: Entidade a que nos referimos no ponto anterior;
- *Internet Society (ISOC)*<sup>41</sup>: Entidade que reúne milhares de membros, entre os quais os principais OTT, e que persegue diversos objetivos, como o desenvolvimento de normas, protocolos e infraestrutura técnica para a Internet;  
A ISOC procura ainda a criação de comunidades para a discussão de políticas nacionais e internacionais para o desenvolvimento da Internet. Esta função é atualmente distribuída por 90 comunidades nacionais, designadas “chapters”<sup>42</sup>;
- *The Internet Engineering Task Force (IETF)*: é uma das ramificações do ISOC, de particular relevância na área da normalização para a Internet, tendo desenvolvido, por exemplo, o IPv6.

#### 2. Organizações internacionais

Sistematizaremos as organizações internacionais que têm a Governação da Internet na sua agenda em três grupos: Nações Unidas, OCDE, e União Europeia.

##### a) Nações Unidas

A Assembleia Geral da ONU tem sido palco de variados debates e decisões sobre o Governação da Internet. Entre as decisões relevantes conta-se a criação

---

41 Internet Society em <http://www.internetsociety.org/>.

42 Portugal Chapter em <http://isoc.pt/>.

da *World Summit on Information Society* e a renovação do mandato do *Internet Governance Forum* (ver adiante Fóruns Internacionais).

Adicionalmente esta matéria é discutida em diversas agências das Nações Unidas, destacando-se, neste particular a:

- *União Internacional das Telecomunicações (UIT)* – como vimos anteriormente alguns Estados-Membros reclamam que esta organização assuma as principais funções do ICANN e/ou que assuma o papel de RIR, isto é, o papel de distribuição dos endereços IP aos ISPs. A UIT organiza como veremos seguidamente diversos fóruns relevantes para a Governação da Internet.
- *United Nations Education, Science and Cultural Organisation (UNESCO)* – a participação desta organização visa potenciar a Internet como catalizador do desenvolvimento humano, contribuindo para a consolidação de sociedades democráticas através da livre circulação de informação e ideias.
- *World Intellectual Property Organization (WIPO)* – Esta agência tem tido particular relevo no registo de novos domínios genéricos de topo, cujo processo tem levantado problemas de direitos de autor.

Ainda no âmbito das Nações Unidas saliente-se ainda o *High-level UN Group on Information Society (UNGIS)*, que tem por missão assegurar a coordenação das diversas agências da ONU.

Vários fóruns são organizados sob a égide das Nações Unidas:

- *World Summit on Information Society (WSIS)*: A WSIS consistiu de dois eventos sobre a Sociedade da Informação que ocorreram em 2003 em Genebra e em 2005 em Túnis (da qual resultou a Agenda de Tunis, referida no Capítulo da Introdução do presente *paper*). Esta Cimeira foi o resultado de uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2001, que atribuiu à UIT o papel de organizador do evento, em coordenação com outras agências das Nações Unidas.
- *World Conference on International Telecommunication (WCIT-12)*: A WCIT-12, organizada pela UIT, decorreu de 3 a 14 de dezembro de 2012, no Dubai, Emirados Árabes Unidos e reuniu 151 Estados-Membros, acabou por ser um marco importante para expor as fortes divergências que existem a nível global face à Governação da Internet. Na realidade, a Conferência foi agendada com intuito de rever o Regulamento das Telecomunicações Internacionais que estabelece princípios gerais para a prestação e operacionalização das telecomunicações inter-

nacionais, mas acabou por se centrar em larga medida no debate sobre o controlo da Internet e o peso dos Governos nessa matéria.

A divisão patente nessa Conferência, resultou em Atos Finais<sup>43</sup>, que não foram assinados pelos países da União Europeia, bem como pela maioria dos países desenvolvidos.

- *Internet Governance Forum (IGF)*: Estabelecido na WSIS de 2005, o IGF tem como objectivo a criação de um fórum *multistakeholder* em que Governos, Academia e Sociedade Civil debatem matérias da Governação da Internet. Por decisão de dezembro de 2010, da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi renovado o mandato do IGF até 2015. Pela mesma decisão, a Comissão das Nações Unidas para a Ciência e Tecnologia (CSTD) foi mandatada a desenvolver propostas visando a melhoria do IGF, tendo sido criado, no âmbito desse mandato, um Grupo de Trabalho, no qual têm vindo a participar 22 Governos.

O IGF 2013, que se realizou em Outubro, na Indonésia, foi dominado pelas questões de segurança e privacidade.

*b) Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)*

Esta organização tem dado importantes contributos para abordagem de questões económicas da Internet. Em junho de 2011, a OCDE aprovou os Princípios para a Política para a Internet<sup>44</sup>, os quais pretendem contribuir para uma Internet propulsora da Inovação e do Crescimento.

*c) Europa e União Europeia*

Na Europa, devemos desde logo destacar a *European Conference of Postal and Telecommunications Administrations (CEPT)*, que integra 48 países da Europa, e que, entre outras competências, define a posição Europeia na UIT.

A União Europeia tem vindo a debater naturalmente matérias relacionadas com a Governação da Internet. Destaque-se, neste ponto, o *High-Level Group on Internet Governance (HLIG)*, que é presidido pela Comissão Europeia, no qual participam os Estados-Membros da UE, Noruega e Suíça, e onde se discute a posição da UE para fóruns como o GAC do ICANN ou o IGF.

---

43 Atos Finais da WCIT-12 disponíveis em <http://www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12.pdf> [consultado em janeiro 2013].

44 Princípios para a Política para a Internet, 2011, OECD, disponíveis em <http://www.oecd.org/internet/innovation/48289796.pdf> [consultado em abril de 2013].

Refira-se que em maio de 2013, a Comissão Europeia anunciou a criação da *Global Internet Policy Observatory (GIPO)*, que pretende ser uma plataforma *on-line* com vista a melhorar a participação de todos os *stakeholders* nos debates e decisões sobre política de Internet. O GIPO foi desenvolvido em ligação com países como o Brasil e a Suíça, e organizações como a União Africana e a *Internet Society*.

#### IV. PORTUGAL E A GOVERNAÇÃO DA INTERNET

##### 1. Situação atual

Procuraremos em cada uma das matérias tratadas anteriormente, identificar a entidade ou entidades com responsabilidade de acompanhamento/deliberação sobre as mesmas.

A questão dos *custos de acesso* é uma questão da responsabilidade do regulador setorial das comunicações, a ANACOM. Desde logo, a Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, conforme revista pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro (Lei das Comunicações Eletrónicas), confere à ANACOM a incumbência de “Eliminar os obstáculos existentes à oferta de redes de comunicações eletrónicas<sup>45</sup>, de recursos e serviços conexos e de serviços de comunicações eletrónicas a nível europeu” (conforme n.º 3 alínea a) do art 5.ª).

As questões de “*Qualidade de serviço e de neutralidade de rede*” estão igualmente sob a alçada do regulador das comunicações. Conforme referido anteriormente a proposta para nova revisão do enquadramento regulamentar europeu parece indicar que estas matérias tornar-se-ão ainda mais relevantes para as ARNs europeias.

No que concerne ao *Domain Name System*, a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 55/2013 de 17 de abril<sup>46</sup>, procedeu à extinção da FCCN, tendo as funções dessa entidade respeitante à gestão do domínio de topo “.pt”

45 «Rede de comunicações eletrónicas» são definidas na Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, como “os sistemas de transmissão e, se for o caso, os equipamentos de comutação ou encaminhamento e os demais recursos, nomeadamente elementos de rede que não se encontrem activos, que permitem o envio de sinais por cabo, meios radioelétricos, meios ópticos, ou por outros meios electromagnéticos, incluindo as redes de satélites, as redes terrestres fixas (com comutação de circuitos ou de pacotes, incluindo a Internet) e móveis, os sistemas de cabos de electricidade, na medida em que sejam utilizados para a transmissão de sinais, as redes de radiodifusão sonora e televisiva e as redes de televisão por cabo, independentemente do tipo de informação transmitida” (sublinhado nosso).

46 Decreto-Lei n.º 55/2013, de 17 de abril, disponível em [http://alfa.fct.mctes.pt/documentos/Lei\\_Organica\\_2013.pdf](http://alfa.fct.mctes.pt/documentos/Lei_Organica_2013.pdf) [consultado em outubro de 2013].

transitado para a Associação DNS.PT<sup>47</sup>, associação privada sem fins lucrativos, formalmente criada a 9 de maio de 2013. Assim, nos termos desse diploma, os direitos e obrigações até então por prosseguidos pela FCCN, no âmbito da delegação efetuada pela IANA a 30 de junho de 1988 (RFC 1032, 1033, 1034 e 1591), foram transmitidos para a Associação DNS.PT<sup>48</sup>. A Associação DNS.PT, tem como fundadores a Fundação para a Ciência e a Tecnologia, IP (FCT)<sup>49</sup>, Associação do Comércio Eletrónico e Publicidade Interativa (ACEPI), Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor (DECO) e o representante designado pela IANA como responsável pela delegação do ccTLD.pt. A Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) é uma das entidades que integra o Conselho Consultivo da DNS.PT. Note-se ainda que com a extinção da FCCN todas as suas restantes funções foram transferidas para a FCT.

Ao nível da *Numeração e endereços IP (nível lógico)* as entidades nacionais têm reduzida margem para intervenção, uma vez que o processo está centralizado na RIPE NCC, que assume as funções de RIR na Europa e que atribui diretamente estes recursos aos ISPs.

Nas questões de *segurança e privacidade*, as responsabilidades estão partilhadas por diversas entidades. A Lei das Comunicações Eletrónicas atribui à ANACOM a incumbência de “assegurar que seja mantida a integridade e a segurança das redes de comunicações públicas” e confere à mesma entidade a responsabilidade de “Contribuir para garantir um elevado nível de proteção dos dados pessoais e da privacidade”. Em matéria de privacidade, destaque-se ainda a Comissão Nacional da Proteção de Dados que tem missão controlar e fiscalizar o processamento de dados pessoais, em respeito pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição e na lei, devendo para o efeito cooperar com as autoridades de controlo de proteção de dados de outros Estados, nomeadamente na defesa e no exercício dos direitos de pessoas residentes no estrangeiro.

Na vertente do *Cibercrime*, realce-se o Gabinete de Coordenação da Atividade do Ministério Público na área da Cibercriminalidade (Gabinete

---

47 Associação DNS em <https://www.dns.pt/home> [consultado em outubro de 2013].

48 Ver art. 21.º do Decreto-Lei n.º 55/2013, de 17 de abril.

49 Fundação para a Ciência e a Tecnologia, IP, disponível em <http://www.fct.pt> [consultado em outubro de 2013].

Cibercrime)<sup>50</sup> que tem sede na Procuradoria-Geral da República, de que é diretamente dependente. Este Gabinete tem por missão assegurar a coordenação interna do Ministério Público, nesta área da criminalidade, garantir a formação específica e estabelecer canais de comunicação com fornecedores de serviço de acesso às redes de comunicação, que permitam facilitar a sua colaboração na investigação criminal.

De destacar ainda alguns projetos que resultam de parcerias de diversas entidades que pretendem contribuir para uma Internet mais segura. Neste âmbito, destacamos o Projeto InternetSegura<sup>51</sup>. Trata-se de uma iniciativa que nasce de consórcio coordenado pela FCT e que envolve, nomeadamente, o Ministério da Educação e a Microsoft Portugal. Este Projeto tem como principais objetivos o combate a conteúdos ilegais; a promoção de uma utilização segura da Internet; e a consciencialização da sociedade para os riscos associados à utilização da Internet.

A representação internacional é, em larga medida, assegurada pela FCT, que acompanha o GAC do ICANN, o IGF e a nível da União Europeia, o *HLIG*, e a ANACOM que acompanha a UIT e a CEPT.

## **2. O confronto com outros países europeus**

Em outros países da Europa, as questões de custos de acesso, qualidade de serviço e neutralidade de rede são em grande medida da responsabilidade das ARNs, até porque tal função decorre das Diretivas Europeias para o setor das comunicações eletrónicas.

A situação é bem mais complexa nas questões de segurança e privacidade<sup>52</sup>, uma vez que entre os países europeus convivem diferentes arranjos para tratar destas matérias. Se existe um traço comum entre os países europeus é o da multiplicidade de organismos com responsabilidades nestas áreas e a preocupação em criar mecanismos de coordenação entre os mesmos. Se alguns países atribuem à ARN uma responsabilidade central em matérias de segurança (como a Dinamarca, Finlândia, Suécia, Chipre ou Bulgária), a maioria dos países tende a atribuir esta responsabilidade a departamentos ministeriais

---

50 Gabinete Cibercrime da Procuradoria Geral da República <http://cibercrime.pgr.pt/index.html> [consultado em novembro de 2013].

51 Projeto InternetSegura, disponível em <http://www.internetsegura.pt/>.

52 "Country reports", 2011, European Union Agency for Network and Information Security (ENISA), disponível em <http://www.enisa.europa.eu/activities/stakeholder-relations/country-reports> [consultado em outubro de 2013].



(Reino Unido, Alemanha, França ou Espanha). Outra solução frequente entre os países europeus passa pela criação de plataformas ou grupos de trabalho interministeriais com o único objetivo de coordenar das entidades públicas e privadas relevantes (França, Irlanda, República Checa ou Bélgica).

No que respeita às questões de numeração, nomes e endereços, também subsiste uma considerável diferença na forma de acompanhamento destes assuntos.

Em alguns países a opção passou por atribuir aos reguladores de comunicações responsabilidades na gestão destes recursos críticos da Internet nos seus respetivos países.

Na Finlândia, a ARN (Ficora) tem um papel de regulação do domínio “.fi”. Neste contexto, incumbe à ARN: (i) submeter anualmente ao Governo uma proposta com o valor das tarifas dos domínios “.fi”; (ii) supervisionar os cerca de 1000 *registrars* (entidades que vendem os domínios aos utilizadores finais).

A PTS, regulador da Suécia, assume responsabilidades nesta matéria. A PTS é responsável pela coordenação de um Grupo de Trabalho para a Governação da Internet, que reúne aproximadamente 20 organizações suecas (Ministérios das Comunicações, da Justiça e dos Negócios de estrangeiros, ISOC-SE, Academia e algumas empresas).

A BIPT, Bélgica, é igualmente uma ARN com responsabilidades pelo acompanhamento de aspetos relativos aos recursos críticos da Internet (números, nomes, e endereços). No seu Relatório Anual de 2012 pode ler-se que está entre as preocupações da BIPT a escassez dos endereços IPv4 e as suas implicações ao nível da segurança<sup>53</sup>.

A RRT, Lituânia, assume as funções de gestão e supervisão dos recursos de numeração tradicionais e de outros “identificadores de rede”, o que inclui os recursos de nomes e endereçamento.

Fora da União Europeia, destaque-se também para a Ofcom, da Suíça, como outro caso em que a ARN é o principal interlocutor nacional para as questões da Governação da Internet, no seu conjunto.

Em todos os casos descritos, as ARNs garantem o acompanhamento dos principais fóruns de Governação Internet, como sejam o GAC do ICANN, IGF ou a UIT.

---

53 Relatório Anual da BIPT, 2012, disponível em <http://www.bipt.be/flash/AnnualReport2012/en/content/IBPT-13-12752-RapportAnnuel2012-EN-af-260813-web.pdf> [consultado em outubro de 2013].

### 3. Perspetivas de evolução em Portugal: algumas propostas

Não obstante a indefinição a nível internacional sobre o melhor modelo a adotar na Governação da Internet, estamos em crer que, a nível nacional, é possível aperfeiçoar, desde já, o modelo organizativo existente, de modo a adaptar o mesmo à realidade atual e a reforçar a coordenação e as sinergias das competências neste domínio.

Assim, para que a posição de Portugal se fortaleça a nível internacional, consideramos necessário um aprofundamento dos mecanismos de coordenação, entre entidades públicas, setor privado, academia ou representantes da sociedade civil com responsabilidade/interesse nas matérias identificadas no capítulo II do presente artigo. Deste modo, à semelhança do que se verifica noutros países poder-se-á enveredar pela constituição de plataformas/grupos de trabalho que permitam agilizar procedimentos de partilha de conhecimentos entre as entidades interessadas.

No fundo, propõe-se que, à escala nacional, sejam desenvolvidos mecanismos que permitam dar um impulso adicional ao modelo *multistakeholder*.

Em tese, poder-se-á equacionar ainda a evolução do modelo de regulador ‘tradicional’ de telecomunicações, para um regulador setorial que atue num ambiente convergente, com responsabilidades acrescidas em algumas das matérias identificadas.

Uma vez criadas as condições internas para abordar a Governação da Internet de forma mais abrangente e consistente, Portugal estará em melhores condições para fazer passar o seu posicionamento na matéria, a nível internacional. Na realidade, conforme se avançou no início deste trabalho, as cisões em torno da Governação da Internet são comparadas a uma Guerra Fria Digital, o que, no limite, poderá levar a que alguns países, não confiantes nas atuais instâncias de governação da Internet, avancem para a construção de um rede alternativa, que não passe por essas entidades. Ora, isto seria a fragmentação da Internet, com efeitos negativos para todos os países, e naturalmente também para Portugal.

As posições de Portugal nos diferentes fóruns deverão ser coordenadas a nível europeu, tanto a nível da União Europeia, como da CEPT. Nas organizações europeias, entendemos que Portugal deverá trabalhar ativamente no sentido de reforçar a sua capacidade de influência sobre as orientações estratégicas europeias. Noutro plano, Portugal deverá intensificar a sua atuação junto da CPLP no sentido de procurar harmonizar posições, identificando pontos de concordância e eventual discordância.

Nestes diferentes contextos, Portugal deverá defender alguns princípios fundamentais, a saber:

- O modelo *multistakeholder*, no qual Governos, sociedade civil, setor privado, organizações internacionais e academia participam e têm a oportunidade de se fazer ouvir.
- Uma abordagem *light touch*. O dinamismo e a capacidade de inovação que tem caracterizado tudo aquilo que rodeia a Internet não podem ser constrangidos por desnecessárias intervenções regulatórias, embora em determinados casos se admita como necessária uma regulação mais ativa (*vide* escassez de endereços IPv4, em parte explicada por recursos que não são usados).

Na defesa destes princípios, Portugal deve ter presente a importância histórica que os Estados Unidos tiveram na criação da Internet e que é dos Estados Unidos que continuam a surgir muitas das mais inovadoras aplicações que fazem com que a Internet seja um bem indispensável nos nossos dias, ao ponto de as Nações Unidas terem decretado o Acesso à Internet como parte integrante dos Direitos Humanos<sup>54</sup>.

Mas devemos ter também presente que é a universalização da Internet que faz da mesma aquilo que é hoje. O valor da Internet reside sobretudo nos cerca de 2,7 mil milhões de utilizadores em todo o mundo<sup>55</sup>. E esta universalização torna compreensível que vários países peçam mais poder de influência nas decisões que afetam a rede das redes, porque no fundo sentem que a Internet também é sua. Neste sentido, defendemos que deverão ser apoiadas as reformas que permitam a criação de um modelo institucional que melhor capte e traduza esta universalização, e que ao mesmo tempo deem garantias de salvaguarda do caráter livre, aberto, dinâmico e inovador da Internet.

Para sintetizar, consideramos que Portugal deverá ter como objetivo a mitigação dos fortes atritos que hoje ocorrem em torno da Governação da Internet e a criação de pontes entre os diferentes intervenientes.

Importa, por fim, não desprezar a influência que Portugal pode ter. Logicamente que não somos potência mundial, ou sequer potência regional. Mas Portugal é um país desenvolvido, da União Europeia e da OCDE, ao mesmo tempo que tem fortes ligações históricas, quer com o Brasil, já hoje um líder

---

54 La Rue2011.

55 UIT Stats, disponível em [http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/statistics/2013/ITU\\_Key\\_2005-2013\\_ICT\\_data.xls](http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/statistics/2013/ITU_Key_2005-2013_ICT_data.xls) [consultado em outubro de 2013].

global, e particularmente ativo nas questões da Governação da Internet, quer com vários países em desenvolvimento, de África, Ásia e demais América Latina. E, acima de tudo, não se pode negligenciar o facto de o Português ser a 5.<sup>a</sup> língua mais utilizada na Internet<sup>56</sup>.

## V. NOTAS CONCLUSIVAS

A análise constante do presente artigo suporta a ideia de que a Governação da Internet está longe de estar confinada à gestão técnica de recursos críticos da Internet, como os nomes e endereços IP. A Governação da Internet passa também pelo desenvolvimento de infraestruturas e acesso às mesmas, passa pela qualidade de serviço e pela polémica questão da neutralidade de rede, e passa necessariamente pelas cruciais questões de segurança e privacidade. Outros temas não aprofundados no presente artigo, como direitos de autor ou a liberdade de expressão, fazem igualmente parte do âmbito da Governação da Internet.

Ficou também patente que apesar de a Internet fazer, há largos anos, parte do dia-a-dia dos cidadãos, ainda subsiste uma indefinição a nível internacional, e inevitavelmente a nível nacional, sobre o papel dos Governos nesta matéria. Consideramos que na base dessa indefinição está precisamente a importância política, social e económica da Internet, o que faz com que qualquer eventual reforma na sua Governação seja analisada à luz de múltiplos interesses e critérios. Neste contexto, sublinhámos que a Governação da Internet suscita divergências não apenas entre países, mas também entre Governos e Sociedade Civil; operadores tradicionais e prestadores *over-the-top* (OTT); a liberdade individual e a segurança nacional.

Com base em exemplos de outros países da União Europeia, procurámos demonstrar que, a nível nacional, há espaço para aperfeiçoar o modelo organizativo existente em Portugal, através do reforço dos mecanismos de coordenação entre os *stakeholders* interessados, melhorando a eficácia e coordenação da intervenção nacional.

Para finalizar, reflectimos sobre o papel que Portugal pode assumir a nível internacional nesta matéria e estabelecemos aquele que deverá ser o desígnio último do posicionamento de Portugal: evitar a indesejável fragmentação da Internet e contribuir para a procura de soluções de compromisso e o aproximar de posições entre diferentes intervenientes, de diferentes latitudes. No fundo, julgamos que Portugal deverá fazer simplesmente aquilo que melhor sabe fazer.

---

56 Internet World Stats, disponível em <http://www.internetworldstats.com/stats7.htm> [consultado em outubro de 2013].

## BIBLIOGRAFIA

ASGHARI, Hadi

2012 “Thirty percent of IPv4 space is still unused”, Delft University of Technology, disponível em <http://www.internetgovernance.org/2012/08/17/thirty-percent-of-ipv4-space-is-still-unused/>.

BELL, Richard

2002 “The Halfway Proposition - Background Paper on Reverse Subsidy of G8 Countries by African ISPs,” disponível em [http://afx.afridns.org/technicaltraining/T1/AFRISPA\\_Halfway%20Proposition.pdf](http://afx.afridns.org/technicaltraining/T1/AFRISPA_Halfway%20Proposition.pdf) [consultado em outubro de 2013].

KAPUR, Akash

2005 “Internet Governance: A primer”, New Delhi: United Nations Development Programme–Asia-Pacific Development Information Programme (UNDP–APDIP), disponível em <http://www.unapcict.org/ecohub/resources/internet-governance-a-primer> [consultado em outubro de 2013].

KROES, Nellie

2013 *Carta da Vice-Presidente da Comissão Europeia a Fadi Chehadé, Presidente e CEO do ICANN*, disponível em <http://www.icann.org/en/news/correspondence/kroes-to-chehadé-crocker-12sep13-en.pdf> [consultado em outubro de 2013].

KRUGER, Lennard

2013 “Internet Governance and the Domain Name System: issues for Congress”, disponível em <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42351.pdf> [consultado em outubro de 2013].

LA RUE, Frank

2011 “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression”, UN General Assembly, Human Rights Council, disponível em <http://documents.latimes.com/un-report-internet-rights/> [consultado em novembro 2013].

OLMOS, Ana & CASTRO, Jorge

2013 OpenForum Academy, “*Net Neutrality in the EU – Country Factsheets*”, disponível em <http://www.openforumacademy.org/library/ofa-research/OFA%20Net%20Neutrality%20in%20the%20EU%20%20Country%20Factsheets%2020130905.pdf> [consultado em outubro de 2013].

REDING, Viviane

2013 “Data protection reform: restoring trust and building the digital single market”, 4th Annual European Data Protection Conference, disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-720\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-720_en.htm?locale=en) [consultado em setembro de 2013].

ROUSSEFF, Dilma

2013 Discurso na 68.<sup>a</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas, disponível em <http://www2.planalto.gov.br/imprensa/discursos/discurso-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-na-abertura-do-debate-geral-da-68a-assembleia-geral-das-nacoes-unidas-nova-iorque-eua> [consultado em setembro de 2013].

## LISTA DE ACRÓNIMOS

UIT – União Internacional de Telecomunicações

BRICS – Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul

ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*

IP – Internet Protocol

OTT – over-the-top

DNS – Domain Name System

IXPs – Internet exchange points

ISP – Internet Service Providers

ETNO – European Telecommunications Network Operators’ Association

WCIT-12 – World Conference on International Telecommunications 2012

DoC – Departamento de Comércio dos EUA

gTLD – Generic Top Level Domain

ccTLD – Country code Top Level Domain

GAC – Governmental Advisory Committee

IANA – Internet Assigned Names Authority

RIRs – Regional Internet Registries

RIPE NCC – Réseaux IP Européens Network Coordination Centre

IPv4 – Internet Protocol version 4

IPv6 – Internet Protocol version 6

IGF – Internet Governance Forum

NSA – National Security Agency

PRISM – Programa de vigilância

ISOC – Internet Society

IETF – The Internet Engineering Task Force

UNESCO – United Nations Education, Science and Cultural Organisation

WIPO – World Intellectual Property Organization

UNGIS – High-level UN Group on Information Society

WSIS – World Summit on Information Society

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

CEPT – European Conference of Postal and Telecommunications Administrations

HLIG – High-Level Group on Internet Governance

GIPO – Global Internet Policy Observatory

FCCN – Fundação para a Computação Científica Nacional

FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia

ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações

Ficora – *Finnish Communications Regulatory Authority*

PTS – Swedish Post and Telecom Authority

BIPT – Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie

RRT – Communications Regulatory Authority of the Republic of Lithuania

Ofcom – Federal Office of Communications, Switzerland

CPLP – Comunidade dos Países de Língua Portuguesa





# PERSPETIVA SOBRE OS 25 ANOS DA INTERNET EM .PT

Marta Moreira Dias<sup>1</sup>

*ABSTRACT: Throughout this text it is our aim to discuss the internet. However, our ambition is purposely framed in time and by the specific scope of this study. We shall try to demystify and, if possible, to clarify some basic concepts to be used in our analysis. Then, we will navigate back in time revisiting the 25 years of the Internet in .pt. Let's rewind to 1988, the year the IANA (Internet Assigned Names Authority) delegates to the Foundation for National Scientific Computing, FCCN, the responsibility for the management, registration and maintenance of ccTLD.PT (the country code top level domain corresponding to Portugal) and then going forward until 2013, up to what we boldly call the epistemological break: the startling extinction of FCCN by the Decree-Law Nr. 55/2013 and the constitution of the Association DNS.PT. It was in this turbulent sea that .pt sailed this past year.*

SUMÁRIO: I. Introdução. II. O ccTLD.PT: 1. Enquadramento; 2. Natureza jurídica de um domínio; 3. O papel da FCCN: 25 anos de gestão. III. O corte epistemológico: 1. O impacto da integração da FCCN na FCT; 2. A criação da Associação DNS.PT; 3. Associação DNS.PT: a adoção do modelo *multistakeholder*. IV. Conclusão.

## I. INTRODUÇÃO

Fazer uma análise perspetiva sobre os 25 anos da Internet em .pt pouco teria de desafiante, não fossem os acontecimentos que marcaram 2013. Referimo-nos em concreto ao novo modelo organizacional e de gestão sobre o qual assenta hoje o registo e manutenção do ccTLD.pt. Não queremos com isto relegar para segundo plano tudo o que, no espaço temporal de 25 anos, se fez a nível nacional, numa tentativa – diga-se, conseguida – para fazer crescer de forma sustentada o que apelidamos aqui de Internet em .pt. O nosso especial enfoque

---

<sup>1</sup> Assessora Legal, Comunicação e Relações Externas do DNS.PT. O presente artigo pretende refletir uma perspetiva exclusivamente pessoal sobre os 25 anos da Internet em .pt.

irá, porém, retroagir a um passado recente marcado pela implementação de um inovador modelo *multistakeholder* de gestão do .pt.

Contudo, para chegarmos ao momento que identificamos como o corte epistemológico, há que fazer um percurso de um quarto de século, onde a Fundação para a Computação Científica Nacional, FCCN<sup>2</sup>, figura como o principal ator. Efetivamente, o ccTLD.PT foi delegado, técnica e administrativamente, à FCCN, em 30 de junho de 1988, pese embora o primeiro servidor de DNS tenha estado completamente operacional apenas em 1991. Refira-se que o primeiro domínio de .pt – www.dns.pt – foi registado neste mesmo ano<sup>3</sup>. Assim, até ao dia 9 de maio de 2013, coube à FCCN, no âmbito da delegação efetuada pela IANA (RFC 1032/3/<sup>4</sup>), a responsabilidade pela gestão, registo e manutenção de domínios sob o ccTLD.PT, domínio de topo correspondente a Portugal.

Nesta análise procuraremos ainda clarificar os conceitos cuja compreensão nos parece fundamental para navegar com a necessária tranquilidade intelectual neste mundo que é a Internet. Na base está o conceito de *country code Top-Level Domain* (ccTLD<sup>5</sup>), o domínio de topo de código de país, o qual está reservado para um país ou um território, de acordo com o código ISO 3166-1<sup>6</sup>. Os identificadores ccTLD têm duas letras, no caso Português o .pt. Cada ccTLD tem um *Registry* (entidade responsável pela referida gestão técnica e administrativa) cuja delegação é efetuada pela IANA – *Internet Assigned Numbers Authority*. Outro conceito fundamental é o de DNS, acrónimo de *Domain Name System*. Escusando-nos a definições mais técnicas, o DNS é uma aplicação infraestrutural da Internet que está embebida em todas as aplicações que usam notação de domínios como mecanismo de identificação

---

2 [www.fccn.pt](http://www.fccn.pt).

3 <http://25anos.pt/Historia> [consultado em janeiro de 2014].

4 <http://www.ietf.org/rfc/rfc1032.txt>; <http://www.ietf.org/rfc/rfc1033.txt>; <http://www.ietf.org/rfc/rfc1034.txt> [consultado em janeiro de 2014].

5 Não nos iremos debruçar neste estudo sobre o conceito de gTLD's (generic Top Level Domain), apenas aqui o referimos por se tratar, tal como no conceito de ccTLD, de um domínio de primeiro nível, a título de exemplo: .com; .org; .int. Conceito em: <http://www.icann.org/en/about/learning/glossary> [consultado em janeiro de 2014]. Em 2008, foi aprovado o novo Programa de gTLD e, em resultado, estima-se um elevado crescimento da raiz de primeiro nível de 22 para cerca de 1400 novos nomes, tais como: .email; .ceo; .berlim; .paris. Mais informação em: <http://newgtlds.icann.org/en/program-status/delegated-strings> [Consultado em janeiro de 2014]. No dia 21 de janeiro, o ICANN anunciou estarem já delegados 100 novos gTLD's, in: <http://www.icann.org/en/news/announcements/announcement-2-21jan14-en.htm>.

6 [http://www.iso.org/iso/iso-3166-1\\_decoding\\_table.html](http://www.iso.org/iso/iso-3166-1_decoding_table.html) [consultado em janeiro de 2014].

(*naming*). Por exemplo, quando usamos um qualquer motor de pesquisa ou simplesmente enviamos um email, se o sufixo do nome termina em .pt, então, o DNS.pt está, direta ou indiretamente, envolvido. O conceito de nome de domínio deve ser igualmente trazido à colação enquanto série de caracteres que compõem uma parte de um endereço Internet. Numa visão simples, mas muito clara, é a morada de um *site* na Internet<sup>7</sup>. Muito brevemente faremos, neste âmbito, uma referência à natureza jurídica de um domínio sobre a qual a doutrina já se tem pronunciado em diferentes momentos.

Outros conceitos com cariz menos técnico serão explorados e desenvolvidos ao longo desta nossa análise que culminará na devida contextualização e identificação daquilo que foi a passagem da gestão do Serviço DNS da FCCN para uma associação privada sem fins lucrativos – a Associação DNS.PT<sup>8</sup> – seguindo um modelo *multistakeholder* de governação. Este modelo tem em vista a gestão eficiente e flexível do domínio de topo de Portugal e a garantia de participação dos diversos atores interessados, instituições nacionais e supranacionais, organizações não-governamentais, pequenos e grandes operadores privados e a apelidada “comunidade Internet”, composta pelos utilizadores, produtores de conteúdos e consumidores em geral. Enfim, um modelo que tenta espelhar aquilo que são hoje os princípios gerais que sufragamos como presidindo à Governação da Internet em geral: desenvolvimento harmonioso, livre, aberto, sem discriminação, mas seguro, da Internet a nível nacional.

Concluindo, não podemos deixar de destacar a visão esclarecida demonstrada pelo Estado Português, ao fazer garantir que a gestão do .pt fosse efetuada por uma entidade autónoma da estrutura governamental, e que se revelasse capaz de assegurar a gestão do ccTLD nacional de forma independente, transparente, eficaz, participada e financeiramente auto sustentada. Assim nasceu a Associação DNS.PT.

## II. O ccTLD.pt

### 1. Enquadramento

Como dito, o ccTLD.PT foi delegado, técnica e administrativamente, à Fundação para a Computação Científica Nacional, FCCN, no final dos anos 80. No âmbito desta delegação, foi esta entidade que geriu o ccTLD.pt

<sup>7</sup> Andrade, 2004:13.

<sup>8</sup> <https://www.dns.pt/about> [consultado em janeiro de 2014].

nos passados 25 anos. Desde o dia 9 de maio de 2013, a Associação DNS.PT assumiu formalmente o estatuto de *Registry* do ccTLD.pt, processo sobre o qual nos debruçaremos à frente. O sistema DNS tem a sua arquitetura baseada numa estrutura hierárquica onde se destacam dois níveis: servidores *root* que não são tecnicamente visíveis ao utilizador comum, mas que asseguram a distribuição de informação crítica e, num segundo nível, servidores de domínios de topo, TLDs, estes últimos sintática e semanticamente visíveis pelos utilizadores, sendo o componente mais à direita de um nome de domínio e têm um dado significado. Os TLDs estão classificados como: gTLD, generic Top Level Domain, a título de exemplo, .com, .org, net, .biz; ccTLD, country code Top Level Domain, como .pt, .es,.fr; e sTLD, sponsored Top Level Domain, como .museum, .aero, .tel, .cat.<sup>9</sup> Em regra, cada TLD é gerido por um *Registry*, o qual gere o ficheiro de zona em causa e garante a sua permanente disponibilização na Internet. A integração da infraestrutura de cada *Registry* com a dos restantes *Registries* é garantida em articulação com o ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*<sup>10</sup>, através da distribuição periódica de ficheiros entre os servidores de *root*, ora referidos, e os *Registries* de todos os TLDs. Parece-nos relevante nesta sede reproduzir o conceito de sistema DNS que é dado pelo próprio *Registry* nacional: “O *Domain Name System (DNS)*, criado em 1984, é uma das ferramentas fundamentais para o funcionamento da Internet que efetua a resolução de nomes de domínios em endereços IP (sejam eles IPv4 ou IPv6) e vice-versa. Este Sistema garante dois objetivos essenciais: A possibilidade que dá ao ser humano de se abstrair de endereços de rede (endereços IP) cuja memorização é complexa, ao mesmo tempo que permite alterações desses endereços IP sem que o utilizador tenha que conhecer essa alteração para continuar a usar um serviço; A garantia que as máquinas e os seus nomes sejam geridos de forma hierárquica e distribuída com o Root Server mundial no topo da hierarquia e com a informação distribuída por milhares de servidores de nomes existentes na Internet, pressuposto do seu sucesso enquanto rede global – não sendo necessário contactar uma entidade

9 <http://www.icann.org/en/about/learning/glossary> [consultado em janeiro de 2014].

10 <http://www.icann.org/en/about> [consultado em janeiro de 2014]. O ICANN é a organização internacional responsável pela alocação de espaços de endereços IP e pela designação de identificações de protocolo, pelo controle do sistema de nomes de domínios de primeiro nível com códigos genéricos (gTLD) e de países (ccTLD) e com funções de administração central da rede de servidores. Mais informação em [www.icann.org](http://www.icann.org). O DNS.PT está representado num dos grupos de trabalho que fazem parte da estrutura formal do ICANN, o ccNSO (*country code Names Supporting Organization*). Portugal está representado no ICANN em dois dos seus órgãos: no GAC (*Government Advisory Committee*) pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia e no ccNSO (*country code Name Supporting Organisation*) pela Associação DNS.PT.

*central sempre que se efetue uma alteração ou uma adição de novos dispositivos na Internet*<sup>11</sup>.” Fazemos aqui um pequeno parêntese explicando sumariamente como nasceu o ICANN e qual o seu papel no processo sobre o qual agora nos debruçamos. Em 25 de Novembro de 1998, o Departamento de Comércio dos Estados Unidos, em representação do Governo dos Estados Unidos, firmou um Memorando de Entendimento com o então recém-criado ICANN. Em termos gerais, este MoU encerrava um objetivo fundamental, o de efetivar a transferência da gestão do Sistema de Nomes de Domínio (DNS – *Domain Names System*) para o sector privado – leia-se entidade sem fins lucrativos –, libertando-o das supostas amarras do Governo dos EUA. Depois de uma série de adendas a este MoU, só em 2006 foi assinado o *Joint Project Agreement* (JPA), que reafirmava o conjunto de responsabilidades do ICANN no que concerne às metas inicialmente traçadas, onde se destaca o desenvolvimento de esforços no sentido de estabelecer a concorrência nos serviços de registo de nomes de domínio para gTLDs (*Generic Top Level Domain System*), incluindo a implementação de novos TLDs (*Top Level Domains* – Domínios de Alto Nível); a implementação de uma política para Resolução de Disputas e litígios no âmbito do processo de registo de TLD's (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*); o estabelecimento de acordos formais com as entidades responsáveis pela gestão dos diferentes TLD's; a implementação de uma estratégia financeira capaz de garantir a sustentabilidade da própria organização; e, com especial enfoque, a gestão técnica do DNS, onde o ICANN opera em conjunto com a IANA (*Internet Assigned Numbers Authority*). Volvidos onze anos sobre o início do processo, é assinado, a 30 de Setembro de 2009, o *Affirmation of Commitments* (AoC). Nesta data, tida como histórica no âmbito da governação da Internet, são formalizados vários princípios: a gestão da Internet deve caber a uma entidade privada sem fins lucrativos, seguindo o modelo “bottom-up” de uma estrutura *multistakeholder* aberta, transparente e independente<sup>12</sup>.

Este é o ICANN como hoje o conhecemos, mantendo a sua função primordialmente técnica de “governação do DNS<sup>13</sup>”. Às críticas, cada vez mais comuns, de que o ICANN tem procurado ter uma posição de soberania e

---

11 Informação disponível em: <https://www.dns.pt/o-sistema-dns;jsessionid=CA7BB889968AF8F4CD001BBF2790D7C9.jvm1>.

12 Disponível para consulta em: <http://www.icann.org/en/about/agreements/aoc/affirmation-of-commitments-30sep09-en.htm>.

13 Komatis, 2010:42.

controle relativamente à Internet, vêm respostas, do nosso ponto de vista esclarecidas, como a defendida publicamente por Demi Getschko<sup>14</sup> e que nos permitimos reproduzir: “*Não. Ninguém controla a Internet. Ela é uma rede colaborativa onde os participantes (sistemas autônomos) concordam em seguir protocolos e padrões abertos, que são discutidos no IETF (Internet Engineering Task Force), um fórum aberto que se reúne três vezes por ano, desde os anos 90. O ICANN apenas cuida da raiz de nomes da rede (onde estão os domínios de nível mais alto – uma espécie de raiz das diversas “listas telefônicas”) e da distribuição da numeração IP, tanto na versão 4 como 6.*”<sup>15</sup>

Voltamos ao conceito de TLD, socorrendo-nos da noção dada pelo ICANN e que aqui reproduzimos: “*TLDs are the names at the top of the DNS naming hierarchy. They appear in domain names as the string of letters following the last (rightmost) “.”, such as “net” in “www.example.net”. The administrator for a TLD controls what second-level names are recognized in that TLD. The administrators of the “root domain” or “root zone” control what TLDs are recognized by the DNS. Commonly used TLDs include .com, .net, .edu, .jp, .de, etc.*”<sup>16</sup>. Um TLD é assim o nível superior do DNS e, segundo a qualificação dada em 1994 por Jon Postel no RFC 1591<sup>17</sup>, pode ser de dois tipos principais: ccTLD<sup>18</sup> e gTLD. Veja-se que na presente análise fizemos já referência ao sTLD, *sponsored Top Level Domain*, porém estes só foram lançados pelo ICANN em 2003<sup>19</sup>.

Como dito, o DNS é uma das ferramentas essenciais para o funcionamento da Internet como hoje a conhecemos. Tal como acontece com os telefones, cada computador tem o seu endereço numérico, o chamado endereço IP (*Internet Protocol*). Acontece que os endereços IP apresentam dez dígitos, obviamente de difícil memorização, e o que o DNS garante ao utilizador final é uma quase mnemónica, na medida que permite a possibilidade de utilização de um nome de domínio em alternativa à utilização de uma sequência de números de cada

14 <https://www.icann.org/en/groups/board/getschko.htm>.

15 <http://www.teletime.com.br/11/07/2013/seguranca-ninguem-controla-a-internet-diz-demi-getschko-do-cgibr/tt/347160/news.aspx> [consultado em janeiro de 2014].

16 [http://www.icann.org/en/about/learning/glossary/t?language=%2A%2A%2ACURRENT\\_LANGUAGE%2A%2A%2A](http://www.icann.org/en/about/learning/glossary/t?language=%2A%2A%2ACURRENT_LANGUAGE%2A%2A%2A) [consultado em janeiro de 2014].

17 <http://www.ietf.org/rfc/rfc1591.txt> [consultado em janeiro de 2014].

18 A chamada *root “A”* inclui hoje uma lista de mais de 260 ccTLD existentes e respetivos *Registries*, disponível para consulta em: <http://www.iana.org/domains/root/db>.

19 <http://archive.icann.org/en/tlds/new-stld-rfp/new-stld-application-part-15dec03.htm> [consultado em janeiro de 2014].

vez que queremos consultar um *site* na Internet. Assim sendo, ao invés de digitarmos 216.239.32.10, basta introduzirmos o endereço, ou levantando já uma ponta do véu, o nome de domínio `www.google.pt` e, a partir daí, navegar até ao limite da nossa imaginação. Veja-se como, por exemplo, 1600 Amphitheatre Parkway, Mountain View, CA 940-43 USA, nada tem para nós de familiar e, a verdade, é que estamos a falar do endereço da sede social da Google que todos conhecemos e a cujos serviços diária e exaustivamente recorremos.

Ora, percorridos que estão conceitos como o de ccTLD, *Registry(ies)*, ICANN e DNS, parece óbvio que esta análise, mantendo a sua essência, seja agora canalizada para um conceito que nos é particularmente querido: referimo-nos à questão de saber o que é, afinal, o nome de domínio e, em particular, qual a sua natureza jurídica.

### 1. Natureza jurídica do nome de domínio

Propomo-nos agora lançar mão ao exemplo a que acima recorremos, o nome de domínio da Google. Olhemos, pois, para a anatomia do `www.google.pt`: o “.pt” é, como sabemos, o *Top Level Domain* (TLD), ou domínio de primeiro nível, “google”, por sua vez, é o domínio de segundo nível. Neste endereço Internet, a composição de caracteres que forma a palavra “google” é o nome do domínio. Socorrendo-nos de novo dos ensinamentos disponibilizados na página *web* do *Registry* do ccTLD.pt<sup>20</sup>, “*um domínio é um nome de fácil memorização e que serve para localizar e identificar computadores na Internet. Quando se visita um sítio web ou se envia um e-mail, o nosso computador precisa de saber a localização do servidor em que a página ou a caixa de e-mail de destino se encontram armazenados para nos poder mostrar a informação que desejamos ver (o conteúdo da página ou o relatório de entrega do e-mail). A informação da localização destes servidores está noutra servidor (chamado servidor de nomes) que assegura a indicação do endereço certo para a entrega dos pedidos enviados pelo nosso computador para a Internet. Essa tarefa é operada através da conversão do nome de domínio indicado pelo nosso computador (ex: `www.dns.pt`) num endereço IP, que identifica a localização dos computadores na Internet.*”

Não parecem restar dúvidas sobre o alcance ou significado do conceito “nome de domínio”, contudo esta nossa análise pretende ser mais ambiciosa e focalizar-se na particular questão de identificar a sua possível natureza jurídica. Admitamos, não se trata de um assunto novo ou sequer inovador. Reduzir o

---

20 [www.dns.pt](http://www.dns.pt).

conceito a um novo paradigma ou a uma qualquer realidade emergente sobre a qual o legislador ou a doutrina ainda não se pronunciou é esquecer o muito que já tem sido escrito a este respeito. Senão vejamos, quando alguém regista um domínio em .pt, celebra um contrato que se consubstancia legalmente num contrato de adesão, conforme as regras aceites<sup>21</sup> aquando do respetivo registo. “*A existência de um domínio pressupõe meramente a existência de uma direção da Internet, pelo que a titularidade de um domínio confere apenas o direito exclusivo de uso, ao titular do site, do endereço em causa*”<sup>22</sup>. Nesta perspetiva, ao registar um domínio .pt, a Associação DNS.PT “(...) *está a conferir ao requerente a mera faculdade técnica de usar tal domínio*”<sup>23</sup>. Reforçam os autores citados que “*O registo de um domínio de Internet consiste num processo destinado à obtenção de um direito de uso de um endereço (traduzido nominalmente) de Internet*”<sup>24</sup>. Temos pois aqui uma primeira perspetiva que, mais uma vez, vai para além do conceito de “*the human-friendly form of Internet addresses*”<sup>25</sup>. Visão diferente é defendida por Miguel Pupo Correia quando, do nosso ponto de vista perigosamente<sup>26</sup>, reduz o nome de domínio a um sinal distintivo de comércio, defendendo que “*O nome de domínio (domain name) é um sinal distintivo nominativo que identifica de forma universal e unívoca um computador que oferece informação na Internet (site) e que se presume facilitar a identificação e memorização dos endereços e, destarte, a generalização do uso da Internet. Nesta perspetiva, formam a imagem da empresa os seus sinais distintivos, tais como a sua firma ou denominação social, o nome e a insígnia de estabelecimento, o seu logótipo, as marcas dos seus produtos ou serviços, os seus nomes de domínio da Internet, para enumerar os principais*”<sup>27</sup>. Em sentido próximo, F. Carbajo Cascón entende que “(...) *los nombres de dominio pasan por una “transmutación de su naturaleza técnica originaria convirtiéndose*

21 “Regras de registo de nomes de domínio de .pt”, depósito legal com o n.º 340473/12, acessível para consulta em: <https://www.dns.pt/regras-de-dominios>.

22 Martins, Marques & Dias 2004: 176 a 178.

23 *Idem*.

24 *Idem*.

25 *The management of internet names and addresses: intellectual property issues*, Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process, April 30, 1999, acessível em: <http://www.wipo.int/amc/en/processes/process1/report/finalreport.html>

26 O nome de domínio extrava o conceito de sinal distintivo, desde logo porque, em regra, na sua génese tem um único requisito para existir: estar disponível, na aceção de não ter sido anteriormente objeto de registo por terceiro. É a chamada regra do *first-come first-served*.

27 Correia, 2005.



*en importantes identificadores comerciales o personales, incluso genéricos (...) los nombres de dominio se han revelado, pues, como el principal signo identificativo y diferenciador o distintivo en el nuevo medio digital de comunicación (Internet), adquiriendo especial trascendencia en el mercado electrónico que se desarrolla en el mismo*<sup>28</sup>. Ainda em Espanha, o conceito de domínio é subsumido a um “(...) recurso público de numeración (...)”<sup>29</sup>. Luísa Lopes Gueifão, atual presidente da Associação DNS.PT, defende estarmos perante um “*direito emergente de natureza atípica e que se realiza com a interação de várias fontes legais*”<sup>30</sup>, tendo mais recentemente<sup>31</sup> sufragado estarmos em presença de “*um direito de uso, imaterial e autónomo que confere ao seu titular a exclusividade de utilização do mesmo, permitindo-lhe ainda a possibilidade de autorizar essa utilização por terceiros.*” Deste carácter sui-generis fala também Komatis, que vai mais longe qualificando o nome de domínio de *e-property right*<sup>32</sup>. O Código Civil, não definindo direito de propriedade, no seu artigo 1305.º caracteriza-o estabelecendo que “*o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas*”. No mundo *on-line* é justamente algo como isto que o titular de um domínio pode reclamar para si.

Não havendo uniformidade de entendimento quanto à natureza jurídica de um domínio, veja-se que o próprio legislador nacional tem-se mantido silencioso na matéria<sup>33</sup>. Tenderíamos a considerar como doutrina prevalecente aquela que defende a atipicidade deste direito que se afigura como multidimensional, reforçando, por isso mesmo, esta qualificação. Recorrendo de novo aos preciosos ensinamentos de Komatis<sup>34</sup>, no nome do domínio destacam-se, pelo menos, três dimensões diferentes que nos merecem particular nota: técnica,

28 Carbajo Cascón, 2002: 69 e 70.

29 Pérez Gómez, 2003.

30 Gueifão, 2002.

31 In seminário PROJEP, Direito das Comunicações, apresentação realizada a 27 de setembro, na Fundação das Comunicações, em Lisboa.

32 Komatis, ???63

33 Com exceção da Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/97, publicada em 10 de Abril de 1997, através da qual o Ministro da Ciência e da Tecnologia foi mandatado para preparar as medidas legais tendentes à regulamentação do registo e gestão dos nomes de domínios da Internet para Portugal assim como para dirimir todas as divergências que possam vir a existir entre a FCCN e os requerentes ou beneficiários dos ditos domínios.

34 Komatis, 2010: \_ 171.

económica e jurídica. Se quanto à dimensão jurídica já tivemos oportunidade de defender o nosso entendimento, cabe-nos agora valorar as outras duas dimensões. Do ponto de vista técnico, é nos nomes de domínios que acaba por assentar o funcionamento da Internet, uma vez que é através deles que diariamente milhões de utilizadores<sup>35</sup> acedem à Internet. Esta circunstância tem um natural impacto económico, sendo que hoje não restam dúvidas sobre o valor económico do nome de um domínio. Falamos de valor e não de preço e esta diferença não pode deixar de ser aqui tida em consideração. Se hoje conseguimos adquirir um domínio sob os TLD's .com ou .pt por um preço que oscila entre os dez e os vinte e dois euros, tal não significa que esse venha a ser depois o valor de mercado dos domínios em causa. Entende-se também como o domínio business.com foi vendido por mais de 7 milhões de dólares e outros domínios sob o mesmo TLD não apresentam qualquer valor de mercado. O caso português merece-nos aqui uma nota. Desde 2007 que o *Registry* de .pt tem sido notificado pelas entidades judiciais competentes no sentido de penhorar nomes de domínios, ou seja, é claramente atribuído ao nome de domínio um valor económico. Nestes casos, o Tribunal indica expressamente quem deve passar a gerir técnica e administrativamente o domínio em causa<sup>36</sup>.

Voltando à ideia que sufragámos inicialmente, a questão da natureza jurídica de um domínio não sendo nova, não reúne unanimidade interpretativa. Porém, é nosso entendimento que estando nós a falar de Internet devemos manter este conceito como aberto, neutro, dinâmico e por isso permeável à realidade e aos paradigmas que ainda hoje, sendo difíceis de perceberem, estão em evolução permanente.

## **2. O papel da FCCN: 25 anos de gestão**

Em Portugal, como em muitos países, as redes de investigação e ensino foram pioneiras na operação e gestão do DNS. A FCCN foi constituída sob a forma de instituição privada sem fins lucrativos a 26 de Dezembro de 1986, pelo Instituto Nacional de Investigação Científica, pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, pelo Conselho de Reitores das Universida-

---

35 Em estudo publicado recentemente pela ACEPI, Associação do Comércio Electrónico e Publicidade Interactiva, em: <http://www.acepi.pt/downloads.php?idCategoria=62>, há 2.5 mil milhões de internautas no mundo.

36 Entre 2010 e 2013 o *Registry* nacional rececionou 34 notificações de penhora.

des Portuguesas e pelo Laboratório Nacional de Engenharia Civil<sup>37</sup>, tendo como principais atribuições: planear, gerir e operar a rede de investigação e ensino nacional, Rede de Ciência, Tecnologia e Sociedade, RCTS; apoiar as estruturas governamentais para projetos nacionais destinados à comunidade de ensino e I&D, na área da Sociedade da Informação e do Conhecimento e operar o GigaPIX<sup>38</sup>. Como dito, nos finais dos anos 80 a FCCN passa também a gerir o serviço de registo de domínios de .pt (DNS.PT). Assim, constata-se que a referida delegação técnica não se encontrava espelhada no leque de atribuições e competências da FCCN, que se encontravam formalmente vertidas nos seus Estatutos, os quais eram omissos no que respeita à gestão do domínio de .PT. A gestão do registo de domínios de .pt pela FCCN constitui-se, pois, como uma situação de facto e não de direito. Refira-se que só em 1997 é que, na sequência da publicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/97, a FCCN é expressamente identificada na lei como sendo o *Registry* nacional, ainda aí indiretamente e recorrendo a algum esforço interpretativo. Efetivamente, este diploma apenas refere o facto do Ministro da Ciência e da Tecnologia ficar mandatado para preparar as medidas legais tendentes à regulamentação do registo e gestão dos nomes de domínios da Internet para Portugal, assim como para dirimir todas as divergências que possam vir a existir entre a FCCN e os requerentes ou beneficiários dos ditos domínios. Citando Pedro Gonçalves<sup>39</sup>: “(...) *pode dizer-se que, desde 1997, o Governo reconhece oficialmente a FCCN como gestor nacional do domínio .pt.*”

Não parecem, portanto, restar dúvidas quanto à legitimidade da FCCN para se assumir como *Registry* nacional até meados de 2013. Porém, e recorrendo de novo aos ensinamentos de Pedro Gonçalves<sup>40</sup>, a FCCN aparece “(...) *a gerir o serviço de registo de domínios internet para Portugal sem base legal e na falta de uma delegação expressa do Governo português ou de qualquer outra instância da Administração Pública.*” Assim, a questão seguinte só poderá ser a de saber em

---

37 A FCCN foi reconhecida por Portaria publicada no D.R n.º 76, II Série, de 1 de Abril de 1987 e tem os seus Estatutos publicados no Diário da República III Série, n.º 75/96, de 28 de Março, com as alterações publicadas no Diário da República III Série, n.º 272, de 24 de Novembro de 2000. Esta Fundação foi declarada de utilidade pública por despacho do Primeiro-ministro de 15 de Julho de 1987, publicado no D.R n.º 171, II Série, de 28 de Julho de 1987.

38 Ponto português de troca de tráfego entre redes IP. Informação adicional disponível em: <http://www.fccn.pt/pt/servicos/conectividade-e-infraestrutura/gigapix/>.

39 Gonçalves, 2005: 835.

40 Gonçalves, 2005: 834.

que qualidade é que a FCCN exercia os seus poderes no âmbito da gestão do serviço de registo de domínios de .pt. Da nossa parte, sempre foi entendimento ser esta gestão puramente privada, desde logo porque exercida por uma entidade também ela privada e que nunca se constituiu como, nomeadamente, concessionária de um qualquer serviço público. Por outro lado, devemos ter em conta o facto da regulamentação do registo de nomes de domínios de .pt não ter tido, até à data, tratamento por via legislativa. Efetivamente, é à FCCN que tem estado reservada a regulamentação desta matéria, consubstanciada na fixação de limites e restrições à composição do domínio e à legitimidade dos respetivos requerentes. O primeiro regulamento entrou em vigor em Julho de 1996, altura em que a Internet em Portugal começou a crescer exponencialmente, justificando-se pois a fixação de regras que pudessem servir como forma de reação contra o registo e a utilização abusiva de nomes de domínio. O regulamento do registo de nomes de domínios de .pt, procurando acompanhar o dinamismo da realidade que pretende regular, foi objeto de revisões em 1997, 1998, 1999, 2001, 2003, 2006, 2010 e 2012. Prevê-se, inclusivamente, para breve nova revisão das hoje apelidadas “Regras de registo de domínios de .pt”, desde logo pela necessidade de adaptar formalmente o documento ao novo modelo de gestão do serviço, hoje da responsabilidade da Associação DNS.PT<sup>41</sup>. Ora, opinião diferente é defendida por Pedro Gonçalves<sup>42</sup>(...) *o reconhecimento oficial da FCCN corresponde a uma “delegação” ou, pelo menos, a uma “ratificação nacional da delegação efectuada pela ICANN. Concluímos, assim, no sentido de que a FCCN exerce, na qualidade de entidade oficialmente reconhecida pelo Governo português, funções e poderes públicos de natureza administrativa, incluindo poderes regulamentares (...)*”.

Se em teoria as questões ora levantadas nos parecem ter cabimento na presente análise, a verdade é que a resposta a qualquer uma delas, seja num ou noutro sentido, não parece ter sido relevante nos assinaláveis 25 anos de gestão do DNS.PT por parte da FCCN, que sistematizaremos de seguida.

41 Em <https://www.dns.pt/regras-de-dominios;jsessionid=8020E8BF10842555A8F8AAF11F71EBA1.jvm1>, pode inclusivamente ler-se: “As regras de registo de nomes de domínio de .pt – depósito legal n.º 340473/12 – contêm diversas referências à FCCN, enquanto entidade competente pela gestão do ccTLD.pt até ao passado dia 31 de maio de 2013. Até à revisão deste dispositivo, que se perspetiva para breve, no que seja aplicável, nomeadamente no articulado dos seus oito capítulos e respetivo anexo, onde se lê FCCN deve ler-se Associação DNS.PT.”.

42 Gonçalves, 2005: 835.

Assim, ao longo deste quarto de século, a FCCN orientou a sua atuação para o constante aumento da qualidade do serviço prestado aos seus utilizadores, estando o serviço DNS.PT certificado desde 2007 com a norma NP EN ISO 9001:2000. De forma paralela à procura pela qualidade de serviço, esteve a diminuição progressiva do preço de um nome de domínio, que era em 1996 de 38,00 euros, em 2001 de 29,00 euros, e varia hoje entre os 12,00 e os 22,00 euros. Neste âmbito, procurou-se ainda potenciar o aumento da concorrência, tendo sido introduzido o conceito de agentes de registo<sup>43</sup> (Registrars), à semelhança do que existe a nível internacional. O registo de nomes de domínio é efetuado de forma privilegiada por *Registrars*<sup>44</sup>, que comunicam com o DNS de .PT via Protocolo Registry-Registrar, seguindo as especificações do protocolo EPP (*Extensible Provisioning Protocol*). Estes 25 anos ficaram ainda marcados pela inovação técnica constante: veja-se a introdução, em 2005, da possibilidade de registo de domínios IDN<sup>45</sup> (*Internationalized Domain Names*), com caracteres especiais do alfabeto português, a preparação técnica para a chegada do IPv6 e a assinatura com DNSSEC da zona do ccTLD .pt, com o objetivo de reforçar o serviço em termos de segurança<sup>46</sup>. De forma a tornar o registo de domínios mais simples, rápido e acessível, foi disponibilizado, desde Março de 2006, o registo on-line para todos os domínios. Durante este período, a FCCN assumiu igualmente a gestão e operação dos domínios de países de língua portuguesa, estando esta gestão protocolada com .AO (Angola), .CV (Cabo Verde) e .GW (Guiné Bissau) e encontrando-se fisicamente os servidores primários e/ou secundários destes ccTLDs nas instalações da FCCN. A 14 de fevereiro de 2012 foram aprovadas pelo Conselho Geral da FCCN as regras que vieram liberalizar o registo de domínios em Portugal. O regulamento de registo de domínios foi alterado nesse sentido e, a partir do mês de maio de 2012, foram extintos os domínios classificadores<sup>47</sup> ‘.net.pt’, ‘.int.pt’, ‘.publ.pt’ e ‘.nome.pt’, foi aberto completamente o registo sob .com.pt, apenas se salvaguar-

43 Informação adicional em: <https://www.dns.pt/o-que-e-um-registrar;jsessionid=286AD31CF3BDE241474887E1F5F0E9A8;jvm2>.

44 Atualmente têm o estatuto de *Registrars* de .pt 139 entidades, 41 das quais são estrangeiras.

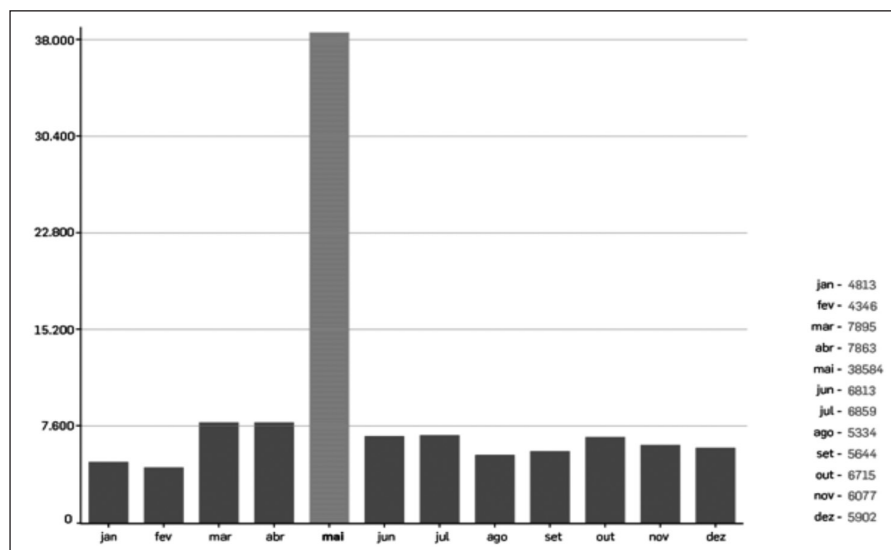
45 A título de exemplo: canção.pt em vez de cancao.pt. Informação adicional em: [www.dns.pt](http://www.dns.pt).

46 Informação adicional em: [www.dnssec.pt](http://www.dnssec.pt).

47 O registo de domínios pode efetuar-se sob “.pt” ou sob um dos domínios classificadores destinados a repartir o espaço de endereços, por forma a facilitar a acomodação dos diferentes tipos de entidades e sectores de atividade. Hoje é possível registar domínios diretamente sob .pt, ou nos classificadores .com.pt, .org.pt; edu.pt e gov.pt, este último gerido pelo CEGER.

dando uma possível monitorização à posteriori, e, podemos dizer, soltaram-se as amarras altamente restritivas associadas ao registo de um domínio .pt até então fortemente burocratizado . A título de curiosidade, veja-se o impacto da liberalização no número de registos de domínios de .pt no ano de 2012:

FIGURA 1 – Domínios .PT registados por mês em 2012



No entanto, a FCCN mostrou aqui cautela e, antecipando o possível aumento de litigância e conflitualidade decorrente da liberalização, considerou deverem ser criados mecanismos eficazes e céleres de resolução de conflitos neste âmbito.

Pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 172/2007, de 6 de novembro, foi criado um Centro de Arbitragem institucionalizada para dirimir litígios em matéria de propriedade industrial, nomes de domínio, firmas e denominações. Pelo Despacho n.º 28519/2008, de 22 de outubro de 2008, do Secretário de Estado da Justiça, publicado na 2.ª Série do Diário da República, n.º 216, de 6 de novembro, foi autorizada a criação do ARBITRARE como Centro de Arbitragem de âmbito nacional, com carácter especializado. Em janeiro de 2009, era constituída uma associação de direito privado, sem fins lucrativos, com vista à resolução de litígios em matéria de propriedade industrial, nomes de domínio de .PT, firmas e denominações, através de informação, mediação,

conciliação ou arbitragem. Em 2009, as regras aplicáveis ao registo de domínios sob .pt ainda não tinham sido liberalizadas, pelo que grande parte dos processos submetidos à resolução do ARBITRARE, através de mediação ou arbitragem, foram antes e apenas relativos a conflitos de propriedade industrial e/ou firmas e denominações. Efetivamente, entre 2009 e 2011, foram apenas submetidos à jurisdição do ARBITRARE dez processos relativo a registo de domínios sob .pt. Este número subiu para vinte e três no ano de 2012 que, no campo do registo de domínios de .pt, ficou marcado pela liberalização ocorrida a 1 de maio. Na verdade, a liberalização do registo de domínios já vinha desde há muito a ser pensada e a sua implementação em 2012 estava de resto em linha com as políticas desenhadas pelos *Registries* homólogos dos principais países europeus. Como era de prever, a liberalização trouxe um aumento de conflitualidade, mas também isso foi acautelado pela FCCN ao garantir uma política de resolução extrajudicial de conflitos com recurso a um Centro de Arbitragem, e tendo, por essa razão, patrocinado e colaborado na implementação do ARBITRARE.

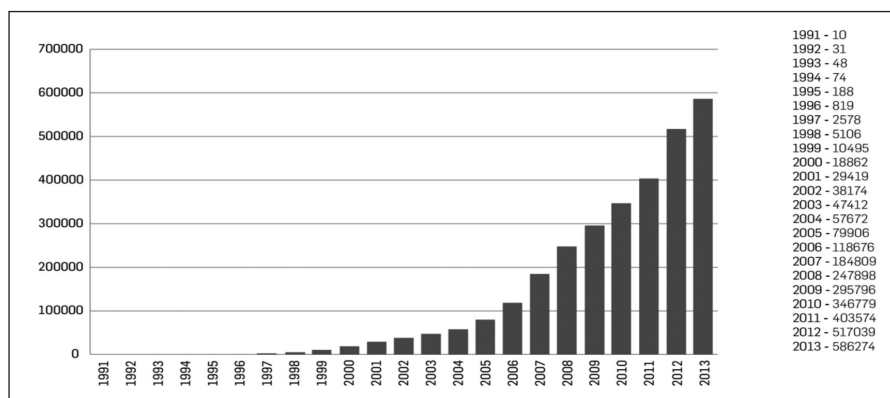
Sempre que o requerente na ação de arbitragem mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a suspensão temporária do nome de domínio em conflito, de forma a assegurar a efetividade do direito ameaçado. É aferido pelo árbitro nomeado pelo tribunal arbitral se o nome de domínio é coincidente, idêntico ou suscetível de gerar confusão com um nome ou designação protegida nos termos de disposição legal em vigor a favor do requerente do processo de arbitragem.

A arbitragem aplica-se a situações de não conformidade relativamente a um nome de domínio e pode ser requerida por qualquer interessado contra o titular do nome de domínio objeto da arbitragem ou contra o *Registry* na sequência de discordância com remoção ou aceitação de registo de um nome de domínio. No caso de a ação ser proposta contra o *Registry*, o árbitro deverá proceder à análise, avaliação e verificação do cumprimento das disposições legais e regulamentares sobre a composição de nomes de domínio que a FCCN efetuou. Esse Tribunal Arbitral também tem poder para atuar de forma cautelar: sempre que o requerente na ação de arbitragem mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a suspensão temporária do nome de domínio em conflito, de forma a assegurar a efetividade do direito ameaçado. A decisão do Tribunal Arbitral que defira a providência cautelar é notificada ao *Registry* que suspenderá o nome de domínio com indicação das razões até decisão final da ação de arbitragem.

Faz-se nota para o facto de em 2013 o número de processos submetido à jurisdição do ARBITRARE ter de novo descido para treze processos, o que, do nosso ponto de vista, torna claro o facto da liberalização não ter forçosamente significado um aumento crescente da conflitualidade ao nível do registo de domínios de .pt.

A Associação DNS.PT é constituída a 9 de maio de 2013 e inicia a sua operação logo no dia 1 de junho. Estas são as datas que marcam o fim da gestão e operação do serviço DNS.PT pela Fundação para a Computação Científica Nacional: dá-se o corte epistemológico.

FIGURA 2 – Evolução do registo de domínios .PT



### III. O CORTE EPISTEMOLÓGICO

#### 1. O impacto da integração da FCCN na FCT

O recurso nesta nossa análise ao conceito de “corte epistemológico”, amplamente desenvolvido na notável obra filosófica de Gaston Bachelard, deve-se tão-somente ao facto de, para nós, se afigurar tarefa particularmente difícil a qualificação de todo o processo que conduziu à integração da instituição privada FCCN no instituto público FCT, Fundação para a Ciência e a Tecnologia. Procurando inspiração no significado de corte epistemológico, também este processo resultou de uma mudança súbita e de uma impercetível rutura com o passado. Todavia, esta não é a sede própria para o estudo da bondade desta decisão do governo português. O nosso objeto de estudo está antes centrado nos 25 anos da Internet em .pt, pelo que a nossa referência prévia só faz



sentido pelo facto da FCCN ter sido aqui, como já enunciado anteriormente, um dos atores principais. Vamos ainda um pouco mais longe chamando de “corte epistemológico” àquilo que foi o processo de criação da Associação DNS.PT quando se perspectivou como certa a integração da gestão do ccTLD .pt na estrutura formal da FCT, juntamente com as restantes competências e atribuições da FCCN. Ora, parece-nos que este circunstancialismo revela, de per si, um “descontínuismo” face ao *status quo* que se adivinhava.

Vejam os então como, a partir daqui, decorreu o processo. Em reunião de Conselho de Ministros de 11 de dezembro de 2012, foi aprovada a integração da missão e das atribuições da FCCN na Fundação para a Ciência e Tecnologia, FCT, IP. Pelo Decreto-Lei n.º 266-G/2012, de 31 de dezembro, foi aprovada a Lei Orgânica do Ministério da Educação e Ciência (MEC), e devidamente enunciadas as competências da FCCN a transferir na sua plenitude para a esfera da FCT, IP. Não obstante este diploma não encerrar qualquer referência concreta à gestão do domínio .pt, também não a afastava.

O futuro do ccTLD.pt era incerto e na mesa estavam apenas duas soluções alternativas: ou o Estado português assumia, via FCT, o papel de gestor do domínio de topo nacional, diga-se ao arrepio do panorama internacional congénere, ou era criada uma entidade privada, autónoma, para o efeito. Muitas vezes se levantaram em uníssono entre a comunidade Internet nacional, defendendo, na sua essência, o pressuposto base de que a gestão, operação e manutenção de um ccTLD não pode ser descontextualizada da gestão da Internet, cuja governação participativa, autónoma e não-governamental se constitui como pedra basilar a nível internacional. Efetivamente, e do nosso ponto de vista contra aquilo que eram as expectativas mais realistas, o governo português acabou por reconhecer a pertinência e razoabilidade inerentes à solução de tornar independente a gestão do .pt, facto que veio a ser formalmente confirmado com a publicação da nova Lei Orgânica da FCT. O Decreto-Lei n.º 55/2013, de 17 de abril, procedeu assim à integração na FCT da missão e atribuições da FCCN, com exceção da gestão, operação e manutenção do registo do domínio de topo correspondente a Portugal que transitaria para uma associação de direito privado a constituir com a sua participação. Esta matéria, dada a sua relevância, foi inclusivamente regulada em artigo autónomo sob a epígrafe “Domínio de topo” (Artigo 21.<sup>o48</sup>) que, na sua essência, previa que estas competências fossem atribuídas a uma associação de direito privado, a

---

48 Diploma disponível na versão integral em: [https://www.fct.pt/documentos/Lei\\_Organica\\_2013.pdf](https://www.fct.pt/documentos/Lei_Organica_2013.pdf).

constituir pela FCT, I.P., e outros eventuais associados no prazo de 90 dias e, por último, e que era dever da FCT, I.P. concorrer para o património social da dita associação com o direito à sua quota-parte que reverte a seu favor no âmbito da liquidação da FCCN até ao limite de 1,9 milhões de euros.

É neste contexto que o Estado português entende como relevante ser a gestão do domínio de .pt efetuada por uma entidade autónoma da estrutura governamental e que se revele capaz de assegurar a gestão do ccTLD nacional de forma independente, transparente, eficaz, participada e financeiramente auto sustentada. É sobre este pano de fundo que, no dia 9 de maio de 2013, é formalmente constituída a Associação DNS.PT<sup>49</sup>.

## 2. A criação da Associação DNS.PT

À semelhança do que acontece hoje na maioria dos ccTLD's mundiais, a gestão do domínio de topo de Portugal foi desde sempre competência de uma entidade privada. A constituição da Associação DNS.PT veio não só garantir a continuidade desse modelo, mas também o reforço do mesmo, já que a gestão do domínio de .pt passou a ser efetuada por uma entidade completamente autónoma da estrutura governamental e com uma estrutura organizacional participada capaz de assegurar a gestão do ccTLD nacional de forma independente, transparente, eficaz, participada e financeiramente auto sustentada.

Recorrendo à letra do Artigo 21.º da Lei Orgânica da FCT, cujo excerto passamos a citar, “(...) *associação de direito privado, a constituir pela FCT, I.P., e outros eventuais associados (...)*”, permitimo-nos constatar que o Estado português, reconhecendo que a gestão do ccTLD.PT não é matéria da sua esfera exclusiva de intervenção não devendo por isso ser regulada nem objeto de ingerência de natureza pública, não deixa com esta medida de manter como pressuposto o facto da gestão do .pt, enquanto domínio de topo correspondente a Portugal, dever ser acompanhada por forma a garantir o cumprimento das regras técnicas, administrativas e legais aplicáveis, assim como dos princípios gerais que norteiam o funcionamento da Internet. É ainda aberta a porta a outros associados, tendo-se nessa medida encontrado um conjunto de entidades que, não obstante a sua natureza intrinsecamente privada, exercem uma atividade orientada para um fim geral, altruísta e não comercial. São associados fundadores da Associação DNS.PT a FCT, IP, Fundação para a Ciência e a

---

49 Processo de redelegação na IANA acessível em: <https://www.iana.org/reports/2013/pt-report-20130808.html>.

Tecnologia, IP, em representação do governo português, a ACEPI, Associação do Comércio Electrónico e Publicidade Interactiva, em representação dos operadores no mercado das comunicações eletrónicas, a DECO, Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, em representação do consumidor e, nessa medida, de parte significativa da comunidade Internet nacional, e o representante designado pela IANA, Internet Assigned Numbers Authority como responsável pela delegação do ccTLD.pt<sup>50</sup>, numa perspetiva mais técnica e de representatividade internacional. A Associação tem como escopo a gestão, operação e manutenção do registo do domínio de topo correspondente a Portugal, .pt, cumprindo para o efeito a lei, os princípios da transparência e publicidade, os respetivos Estatutos<sup>51</sup> e as melhores recomendações nacionais e internacionais a nível técnico, administrativo e estratégico que lhe sejam aplicáveis. Para além desta missão abrangente, à Associação estão cometidas outras competências de cariz mais operacional onde se destacam: a gestão técnica e administrativa do espaço de endereços Internet sob .pt com elevados padrões de eficácia, transparência e publicidade; a manutenção da aplicação de uma política de resolução extrajudicial de conflitos com recurso ao ARBITRARE; a atuação de acordo com as boas práticas internacionais ao nível da estabilidade, segurança e resiliência do serviço DNS; e a manutenção da certificação pela norma ISO9001. Merece-nos especial nota o princípio vertido na al. m) do n.º 2 do artigo 2.º dos Estatutos da Associação a ler de forma combinada com a al. h) do n.º 2 do artigo 7.º. Ora, prevê-se na primeira referência estatutária a obrigação formal da Associação apoiar projetos, iniciativas e entidades a que estejam cometidas competências na área do desenvolvimento, promoção e disseminação dos recursos associados à Internet em geral, contribuindo para a dinamização da utilização da Internet em Portugal nas suas inúmeras vertentes. Até aqui, nada de particularmente inovador, não fosse a obrigação do Conselho Diretivo estar vinculado a no final de cada ano de exercício fiscal submeter à apreciação da Assembleia Geral uma proposta de afetação de resultados tendo em vista a operacionalização desta obrigação centrada em muito ao nível da responsabilidade social. Saúda-se, pois, esta opção e espera-se ver resultados já em 2014.

---

50 Todas estas entidades são pessoas coletivas com exceção do representante designado pela IANA – *Internet Assigned Numbers Authority* como responsável pela delegação do ccTLD.pt, neste caso, a Dra. Luisa Lopes Gueifão que assume essa responsabilidade na qualidade de presidente da Associação DNS.PT.

51 Disponíveis para consulta em: <https://www.dns.pt/documents/10156/0/EstatosDNS.PT.pdf>.

Em jeito de balanço a Associação DNS.PT encerra os seus sete primeiros meses de atividade como *Registry* nacional com a notícia divulgada pelo CENTR<sup>52</sup> de que o domínio de topo nacional foi o ccTLD europeu que mais cresceu entre os meses de setembro e novembro<sup>53</sup>.

### 3. Associação DNS.PT: a adoção do modelo *multistakeholder*

A atividade de um ccTLD está orientada à prestação de um serviço à comunidade Internet que, do nosso ponto de vista, deve assentar nas seguintes linhas de atuação: gestão do serviço no seio de uma instituição privada sem fins lucrativos; implementação de mecanismos de grande transparência face à comunidade Internet nacional (Estado, Empresas, Sector das TIC, cidadãos, ONGs, etc); garantia de adoção de elevados padrões de estabilidade e continuidade técnica; participação ativa nos fora internacionais da área; implementação de contributos concretos para a dinamização da Internet a nível nacional.

O modelo organizacional desenhado para a Associação DNS.PT teve em consideração não só a necessidade premente de seguir as ditas linhas de orientação, mas também o panorama internacional das suas congéneres e, não esquecer, do próprio ICANN<sup>54</sup>, organização precursora na adoção do modelo de gestão *multistakeholder*<sup>55</sup>, e que já tivemos aqui oportunidade de analisar, e da própria Internet como um todo<sup>56</sup>. Neste contexto, passou a gestão do domínio de .pt a ser efetuada por uma entidade autónoma da estrutura governamental, e que se revelasse capaz de assegurar a gestão do ccTLD nacional de forma independente, transparente, eficaz, participada e financeiramente auto sustentada. Foi este necessário balanceamento entre os princípios da autono-

52 CENTR - *Council of European National Top Level Domains Registries* é a associação europeia dos ccTLD's, agregando hoje como associados plenos 52 ccTLD's, onde Portugal está incluído. Informação adicional em: <http://www.centr.org/about>

53 Informação disponível em: [http://centr.org/news/Domainwire\\_Stat\\_Report\\_Dec2013](http://centr.org/news/Domainwire_Stat_Report_Dec2013)

54 O ICANN lançou no início deste ano o chamado "Ethos Awards", prémio anual que visa galardoar indivíduos que dentro na comunidade Internet se destacaram pelo seu papel de dinamização e implementação do modelo *multistakeholder*. Informação adicional em: <http://www.icann.org/en/news/announcements/announcement-2-06jan14-en.htm>

55 Outras organizações internacionais que operam na área da Internet são reconhecidas por adotar o modelo *multistakeholder* de governação, por exemplo: O *Internet Governance Forum* (IGF), o ISOC, o IETF, *Internet Engineering Task Force*, os RIRs, *Regional Internet Registries*, etc.

56 "Indeed, you show that the multi-stakeholder model is the right way forward for Internet governance", excerto do discurso de Neelie Kroes, Vice-presidente da Comissão Europeia e responsável pela Agenda Digital, no *European Dialogue on Internet Governance* (EuroDIG) em maio de 2011. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-11-419\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-419_en.htm)

mia e independência da entidade que gere o domínio de topo de Portugal, o .pt, e por outro lado, a necessidade premente de garantir uma supervisão e acompanhamento desta gestão por parte de uma entidade pública, que estiveram na base das opções de governação formalizadas no articulado dos Estatutos da Associação DNS.PT<sup>57</sup>. Ao nível do funcionamento, a montante está a ideia de criar e fazer garantir um modelo participado e democrático de gestão, sendo que a jusante está um princípio de defesa do interesse público na aceção de garantia de adoção de políticas e orientações que vão ao encontro de um interesse nacional, já que é também disso que se trata quando está em causa a gestão de um ccTLD. Reunir associados fundadores como a FCT, a ACEPI, a DECO e o representante na IANA, traduziu uma intenção de fazer participar na gestão do ccTLD.pt quem efetivamente representa a comunidade a quem este se dirige. A crítica de que o modelo escolhido pode pôr em causa a necessária salvaguarda de conflitos de interesses que hipoteticamente não foram acautelados, referimo-nos em concreto ao caso da ACEPI que representa os *Registrars*, com óbvios interesses comerciais no serviço DNS.PT, depressa se desmorona, se considerarmos que todos os associados têm a mesma voz no seio da Associação e a sua representatividade apenas garante que também os seus interesses serão acautelados de forma igualitária e inclusiva. O modelo *multistakeholder* passa justamente pelo envolvimento de todos os atores no processo de decisão. Acresce o facto de os próprios Estatutos da Associação incluírem a existência de um Conselho Consultivo, com funções de consulta, apoio e participação na definição da estratégia de desenvolvimento do objeto da Associação DNS.PT e composto por entidades como o ISOC Portugal Chapter; o INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial; o IRN, I.P - Instituto dos Registos e do Notariado, I.P; a IGAC - Inspeção-Geral das Atividades Culturais; a Sociedade Portuguesa de Autores, que inclusivamente está a presidir este órgão no seu primeiro mandato; a GDA - Gestão dos Direitos dos Artistas, Intérpretes ou Executantes; a ANACOM - Autoridade Nacional de Comunicações, entre outras entidades não menos relevantes mas igualmente representativas de diferentes áreas do tecido económico, social e cultural nacional. Com esta abertura à participação alargada parecem estar criadas as condições para a fluidez de debate, considerando os diferentes pontos de vista em questão.

---

57 Disponíveis para consulta em: <https://www.dns.pt/documents/10156/0/EstatosDNS.PT.pdf>.

Parece-nos clara que na base da criação do novo *Registry* do ccTLD nacional<sup>58</sup> esteve uma preocupação de ver espelhado um modelo *multistakeholder* de gestão. O futuro vai agora ditar se aos associados fundadores se devem juntar outras entidades, públicas ou privadas, por forma a alargar o espectro de participação da comunidade Internet nacional. É esta dialética que também preside ao modelo *multistakeholder*, tal como foi definido em 2005 no replicado ponto 61 da Agenda de Túnis para a Sociedade de Informação aprovada na Cimeira Mundial para a Sociedade de Informação, que passamos a transcrever: “[w]e are convinced that there is a need to initiate, and reinforce, as appropriate, a transparent, democratic, and multilateral process, with the participation of governments, private sector, civil society and international organizations, in their respective roles. This process could envisage creation of a suitable framework or mechanisms, where justified, thus spurring the ongoing and active evolution of the current arrangements in order to synergize the efforts in this regard.”<sup>59</sup>

#### IV. CONCLUSÃO

Hoje pensamos poder afirmar-se que o ccTLD .pt deve entender-se como um símbolo nacional, senão ao lado, perto da bandeira ou da Portuguesa. De facto, trata-se da presença de Portugal na Internet, não será isto relevante?

Procurámos nesta análise transmitir a nossa perspetiva sobre os 25 anos da Internet em .pt, dando especial enfoque ao momento em que se deu aquilo a que chamámos de corte epistemológico. Se por um lado não se pode deixar de assinalar a imagem de credibilidade e confiança deixada pela FCCN neste longo período de gestão do .pt, por outro o desafio de criação de uma entidade com a estrutura e modelo de governação da Associação DNS.PT parece-nos assinalável.

Olhando agora para o futuro, é nosso entendimento que cabe à comunidade Internet nacional, de que todos fazemos parte, avaliar o trabalho que está e vai ser desenvolvido pela Associação DNS.PT. Em linha com esta ideia estão as palavras de Fadi Chehadé, CEO do ICANN, aquando do Fórum Europeu de Governação da Internet, EuroDIG, que decorreu em Lisboa no passado mês de junho, e que não podemos deixar de reproduzir: “(...) *make sure that*

58 A título de nota a Associação DNS.PT foi nomeada juntamente com mais 4 concorrentes representantes de outros ccTLD's, num universo de 45 propostas, para o prémio anual do CENTR na categoria “Contributo do ano”, justamente pela adopção de um modelo *multistakeholder* na sua forma de constituição. In: <https://www.dns.pt/web/guest/content-display?content=2529153#.UuEVhhDFLIU>.

59 Versão integral disponível para consulta em: <http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.html>.

*multistakeholders are part of the DNS.PT organization (...)"<sup>60</sup> (...)Please keep the multistakeholder model open, and one day when DNS.PT is where you want it to be I invite you to come with me to the world and to become ambassadors for the multistakeholder model and to show the world how Portugal has done that.(...)<sup>61</sup>.*

---

60 Versão integral do vídeo de onde foi retirado este extrato disponível em: [http://onlineservices.dns.pt/25anosconcurso/images/modelo\\_multistakeholder.mp4](http://onlineservices.dns.pt/25anosconcurso/images/modelo_multistakeholder.mp4).

61 Versão integral do vídeo de onde foi retirado este extrato disponível em: [http://onlineservices.dns.pt/25anosconcurso/images/pt\\_um\\_exemplo.mp4](http://onlineservices.dns.pt/25anosconcurso/images/pt_um_exemplo.mp4).

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Miguel Almeida

2004 *Nomes de domínio na Internet, a regulamentação dos nomes de domínios sob .pt*, Lisboa: Centro Atlântico.

CARBAJO CASCÓN, Fernando

2002 *Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en internet*, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra: Editorial Aranzadi.

CORREIA, Miguel Pupo

2005 *A utilização das marcas na internet*, acessível para consulta em: [http://www.apdi.pt/pdf/Utiliza%C3%A7%C3%A3o\\_%20marcas\\_%20internet.pdf](http://www.apdi.pt/pdf/Utiliza%C3%A7%C3%A3o_%20marcas_%20internet.pdf).

GÓMEZ, Alberto Pérez

2003 “Nombres de dominio y su regulación en España”, in AAVV, *Derecho de la Sociedad de la Información – Actas del Curso impartido en el Centro de Estudios Judiciales de la Administración de Justicia en mayo de 2003*.

GONÇALVES, Pedro

2005 *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Almedina, 2005.

GUEIFÃO, Luisa Lopes

2002 “Nomes de Domínio – mais um caso de direito atípico”, in *Direito n@ Rede*, [www.oa.pt/direitonarede](http://www.oa.pt/direitonarede), n.º 2 – agosto-setembro 2002.

KOMATIS, Konstantinos

2010 “The Current State of Domain Name Regulation, domain names as second-class citizens in a mark dominated world”, New York: Routledge.

MARTINS, A. G. Lourenço, MARQUES, J.A. Garcia & DIAS, Simões Pedro

2004 *Cyberlaw em Portugal*, Lisboa: Centro Atlântico.

## ACRÓNIMOS

ccTLD – country code Top Level Domain

CENTR – Council of European National Top Level Domains Registries

DNS – Domain Name System

EPP – Extensible Provisioning Protocol

IANA – Internet Assigned Numbers Authority

ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

IDN – Internationalized Domain Names



# DIGITAL PIRACY AND INTELLECTUAL PROPERTY INFRINGEMENT: ROLE, LIABILITY AND OBLIGATIONS OF INTERNET SERVICE PROVIDERS. THE EVOLUTION OF EUROPEAN CASE-LAW

*Victor Castro Rosa*<sup>1</sup>

**ABSTRACT:** *This article represents a critical and comparative review of the recent Case-Law of the ECJ, as well as Court Decisions in Germany, France and the U.K. on the subject of Internet Providers' liability, in relation to Intellectual Property Infringement. Court Decisions are typified according to the solutions given to their respective claims, and categorization of secondary liability is also proposed, inspired by US Case-Law, in terms of Contributory and Vicarious liability, which is compared to the German theory of "StörerHaftung", as this is also a form of objective responsibility measured by the risk generated by economic activity, within the limits of reason, but without endangering such economic activity.*

*The article leads to the conclusion that each of these Member States has followed its own approach, in order to overcome the European prohibition on general monitoring, which makes it difficult to fight against recurrent acts of piracy, and suggests that further attention should be given to Notice & Action procedures as a form of involving ISPs in the battle against piracy.*

**SUMMARY:** I. Introductory remarks. II. Technical issues. III. Types of Decisions. IV. The issue of general monitoring in the European Framework. V. Different solutions (1): The German approach. VI. Different solutions (2): the French approach. VII. Different solutions (3): The U.K. approach. VIII. Contributory Liability and Vicarious Liability. IX. Notice and Take-Down (NTD) or Notice and Action Procedures. X. Conclusions.

## **I. INTRODUCTORY REMARKS**

The invention and widespread use of the Internet represents a revolutionary landmark in History, only comparable to the inventions of writing or the Greek alphabet and, many centuries later, Gutenberg's invention of the printing press.

---

<sup>1</sup> Lawyer. Associate and Director of "Círculo d'Autor Centro de Estudos de Direito de Autor e Conexos" (Civil Association representing the Portuguese branch of ALAI) and Castro Rosa & Associados, Sociedade de Advogados RL.

Email: [vcastrorosa@gmail.com](mailto:vcastrorosa@gmail.com).

Human behaviour has changed forever, now that the World has been transformed into a global village, using Marshall McLuhan's expression<sup>2</sup>. From a historical perspective, it was the absolute need to protect authors and their intellectual creations, that led to the establishment of Copyright, first designed as a monopolistic privilege bestowed upon publishers (in the first half of the XV Century), and only at a later stage granted to authors, by the Statute of Anne, on 10.04.1710.

It seems quite clear that new forms of digital reproduction of works, that enable thousands, or even millions, of people throughout the world to have instantaneous access to digitally perfect samples of any intellectual creation, represent a challenge to reinvent Copyright. In fact, Copyright is essentially based on the privilege of reproduction, whereas a multitude of different ways of accessing a work have now been brought into existence, most, if not all, based upon reproduction, even if this concept is only matched from a purely technical perspective.

An entire new field of discussion has arisen in the European Union, concerning the manner in which to deal with this new reality of global access to almost all intellectual production. Attempts are being made to adapt Intellectual Property Law to the new Digital Age, in order to prevent this from becoming an obstacle to further development of the Knowledge Society. It is therefore extremely important, and enlightening, to compare the approaches adopted in different jurisdictions to implementing the current framework, e.g. the manner in which this issue has been interpreted and applied by the European Court of Justice, and discover the main trends in the higher Courts of three Member States: France, Germany and the U.K..

An extensive (but far from exhaustive) survey of evolution of European Case-Law concerning the issue of Internet Service Providers' liability and functional obligations, in the light of the European legal framework, demonstrates that this has essentially been based upon the principle of protecting ISP's economic activities and investments, by fostering the principle of intermediaries' exemption of liability for any breaches of third party's Copyright or Patent and Trade Marks. This policy, combined with the extreme concern in Europe for the protection of European citizen's Personal Data and related possible uses thereof, leads to a very complicated puzzle, in which it is extremely difficult to find out who is, indeed, responsible for damages caused

---

<sup>2</sup> McLUHAN, 1962: 31 and 2013: 6.

to Intellectual Property and how to enforce liability, in order to compensate the most evident and overwhelming sales-related losses incurred by producers, authors and performers.

The approach adopted by the European Court of Justice has indeed been highly cautious, primarily based on preliminary ruling procedures, paving the way for several jurisdictions at Member State level to preserve national mechanisms of bringing infringements to the actual knowledge of an ISP, if they are not self-evident or manifest, and derive some consequences out of the behaviour adopted by the ISP thenceforth, namely in terms of having to pay monetary fines, but ultimately encompassing liability for damages.

As we know, the basic legal rules on this matter are established by three Directives: the Electronic Commerce Directive<sup>3</sup>, the Copyright and Related Rights in the Information Society Directive<sup>4</sup> and the Enforcement Directive<sup>5</sup>. The ECJ has been called to determine the precise range of some provisions contained therein, mostly in cases where the exclusive right to Trade Marks or Copyrighted works conflicts with unauthorised references or provision of counterfeit samples or digital reproductions, made available to the general public without the knowledge, and much less the permission, of their rightful owners.

## II. TECHNICAL ISSUES

Review of some of the best Court Decisions in relation to these matters can be extremely enlightening, for those with a background in Legal studies, but who may lack some elementary technical tools to understand some of the most practical issues at stake. In fact, the Judges, primarily in the U.K. and Ireland, and in particular in the U.S., are always an inspiring source for “translation” of such technical issues into common language, that can be understood by the layman.

For instance, in the well-known Decision issued by Ireland’s High Court in the case *EMI Records [Ireland] Ltd et alie v. UPC Communications Ireland Ltd*, Judge Charleston gives a very simple and plain explanation of the issues at stake in relation to internet piracy:

---

3 Directive 2000/31/EC of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (“the Electronic Commerce Directive” or “the ECD”).

4 Directive 2001/29/EC of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (“the Copyright Directive”).

5 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (the “Enforcement Directive” or “the ED”).

*“internet piracy is an economic and a moral problem” (...) “the internet allows a dispensation from shame, as internet thieves figure that no one will know what is being done behind the closed doors of internet access. Essentially, that coupled with the failure of internet service providers to act like a responsible cinema or concert venue owner would act, is why the problem is so extreme” (§ 19).*

The following chapters of the above referred Decision on Internet access, Legal and Illegal Peer-to-Peer, Solution I: Detection; Solution II: Global File Registry; Solution III: CopySense (§§ 23-43), deserve to be read, as a sort of introduction to Internet and how all so-called “monitoring”, “filtering” and “blocking” mechanisms may work.

Of particular interest to us is the observation contained in §§ 107 according to which “[d]eep packet inspection, as described in this judgment is not the seeking of information which is in the course of transmission. Instead, it identifies the nature of transmissions, whether encrypted or otherwise, by reference to the ports which they use, and the protocol employed, so as to identify peer-to-peer communication.”(...)“If it suited, they could also easily identify the file # of copyright works and block them or divert the search in aid of theft to a legal site. This is not a general search for information. It is simple use of deep packet inspection technology in aid of proper transmission”.

For example, the High Court of Justice of England and Wales, in the case *20th Century Fox, Universal, Paramount, WB, Disney and Columbia v. BT* (“Newzbin”), dated 28.07.2011, quotes the above explanations by Judge Charleston, of Ireland’s High Court, and teaches that there are three ways to block access to websites that can be employed by ISPs.” (§71):

*“i) DNS name blocking. The Domain Name System (DNS) is the system that associates a domain name (such as www.newzbin.com, colloquially known as a web address) with the Internet Protocol (IP) address (such as 85.112.165.70) that ISPs use to route traffic to the web server that is operating the website in question. ISPs operate DNS servers that their customers’ computers automatically call upon to look up IP addresses corresponding to DNS names. The customers’ computers request these lookups so that they can address their communications to the website in question using its IP address, which is the necessary form of address for their communications to be delivered. DNS name blocking involves an ISP removing or modifying its records of the IP address(es) for a particular DNS name, so that when the ISP’s DNS server is asked by a customer’s computer for the IP address corresponding to the DNS name, the ISP’s system either returns no IP address or points the customer to an IP address defined by the ISP that in actuality does not correspond to the DNS name.”*

“ii) IP address blocking using routers. This is implemented in network devices ISPs operate known as border gateway (edge) routers that send customer communications to their destinations based on the destination IP addresses of the communications. An ISP can configure its routers to discard communications destined for the IP address of the website in question or route them to an IP address defined by the ISP that is different from the actual IP address of the website. This method thus blocks a customer’s communications to a website even if the customer’s computer uses the correct IP address for the website.”

“iii) DPI-based URL blocking using ACLs on network management systems. This mechanism involves configuring the ISP’s network management system to monitor traffic by means of Deep Packet Inspection (DPI) and reset or block a customer’s connection to specific Uniform Resource Locators (URLs) as defined in the network management system’s Access Control Lists. A URL is an IP address, which usually consists of the access protocol (e.g. *http*), the domain name and the resource (i.e. the page). This mechanism can also be used to implement IP address blocking as an alternative to the router method described above. DPI-based URL blocking is necessary in cases where a website to be blocked shares an IP address with other websites which are not to be blocked. Further, this mechanism is necessary to block access to only a portion of a website. For example, blocking only the URL “*www.example.com/home.html*” would block access to the specific page named “*home.html*” on the website “*www.example.com*” while leaving the remainder of the site accessible.”

“DPI may take place at three levels. There may be: (i) a minimal analysis; (ii) summary analysis; or (iii) detailed, invasive analysis of the contents of a data packet.”

Several examples of blocking injunctions can be presented, starting with those which the High Court recalls in the above referred Decision (§ 96):

i) *IFPI Danmark v. Tele 2 A/S* (Copenhagen City Court, 25.10. 2006): order granted on application of the Danish branch of IFPI requiring ISP to block access to *www.allofmymyp3.com*, it appears, by DNS blocking;

ii) *SABAM v. Tiscali SA* (Brussels Court of First Instance, 29.06. 2007): order granted on application of Belgian collecting society requiring ISP to filter and block infringing content;

iii) *IFPI Danmark v. DMT2 A/S* (Frederiksberg Court, 29.10.2008) upheld sub nom *Sonofon A/S v. IFPI* (High Court of Eastern Denmark, 26.11.2008) and sub nom *Telenor v. IFPI* (Danish Supreme Court, 27.05.2010): order granted on application of the Danish branch of IFPI requiring ISP to block access to *www.thepiratebay.org* (“the Pirate Bay”);

*iv) Bergamo Public Prosecutor's Officer v. Kolmisappi (Italian Supreme Court of Cassation, 29.09.2009): order requiring ISPs to block access to the Pirate Bay as part of preventative seizure in criminal proceedings;*

*v) Columbia Pictures Industries Inc v. Portlane AB (Swedish Court of Appeal, 04.05.2010): order granted on the application of the Studios requiring ISP to block access to a tracker website associated with the Pirate Bay;*

*vi) Constantin Film v. UPC (Commercial Court of Austria, 13 May 2011): order granted on application of two film companies requiring ISP to block [www.kino.te](http://www.kino.te) using IP blocking.*

We may therefore conclude that Courts throughout Europe have consistently regarded blocking as a possible effective way to prevent the continuous infringement of third parties' rights, although some Decisions have viewed this as being disproportionate, mostly because of the risk of affecting non illicit items, such as the following:

*a) Nordic Records Norway AS v. Telenor ASA (Borgarting Court of Appeal, 09.02.2010): application for preliminary injunction by various rightholders requiring ISP to cease contributing to infringements committed through the Pirate Bay refused, on account of Article 8(3) of the Information Society Directive not having been specifically implemented;*

*b) GEMA v. Telco, (Landesgericht Hamburg, 12.03.2010: the Court regards DNS blocking as a disproportionate intrusion in the secrecy of Communications, because it would involve knowledge of the content of such communications, and because it would also affect access to legal content;*

*c) Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland (BREIN) v. Ziggo BV (District Court of the Hague, 19.07.2010): interim injunction to block access to the Pirate Bay refused;*

*d) EMI v. UPC (cited above): application by rightholders against ISP for blocking injunction refused by Decision of 10.11.2010, since no equivalent of section 97A CDDPA 1988 implementing Article 8(3) of the Information Society Directive exists.*

### III. TYPES OF DECISIONS

Case-Law provides a very broad typology of approaches, ranging from:

1) Decisions demanding ISPs, namely those providing hosting services, to implement filtering mechanisms, in order to prevent third party exclusive rights from being injured, namely whenever there are higher interests in stake, such as the protection of minors, fair competition, or combat against

racial hatred or anti-Semitism, as in the following Decisions: Cassation Civile 10.02.91 and TGI Paris 22.05.2000 (*Case altern.org v. Yahoo!*); Assoc. v. OLM LLC, (*The Planet.com*), Cassation 19.06.2008; and also “*Cybersky*”, OLG Hamburg, 08.02.2006, where the OLG Hamburg has qualified as compatible with “*StörerHaftung*”, the case of a provider which fosters infringement of third party’s rights and orders the installing of filters, that can allow the acknowledgement of the broadcaster’s signal and prevent it from being decoded and retransmitted without permission (and without payment). The above-referred obligation is particularly strong where the ISP has already voluntarily implemented such filtering mechanisms and, nevertheless, these haven’t impeded new infringements, such as OLG Düsseldorf 23.01.2008 (*GEMA v. Rapidshare*) and OLG Hamburg 14.03.2012 (*Rapidshare “Alone in the Dark”*);

2) Simple ISP acquittal decisions, based upon the fact that they are mere technical intermediaries, thus unaware of the content that their subscribers place at their digital premises, (namely denying their qualification as publishers) unless a highly precise and clear notification takes place to make them become aware of such infringement actions, such as Cour d’ Appel Paris 05.02.2008 (*Syndicat National Edition, Dargaud Lombard, Dupuis, Lucky v. FREE*); or because of ISPs having promptly fulfilled their statutory obligations, such as TGI Paris Civile 3, 15.04.2008 (*Jean- YVES LAFESSE et alie v. OVH*); Cour de Cassation Commerciale, 13.07.2010 (*GIFAM v. Google*); Cour de Cassation Commerciale, 13.07.2010 (*Louis Vouitton Malettier v. Google France*); Cour d’Appel de Paris, 13.10.2010 (*Roland Magdane et alie v. Daily Motion*); Cour de Cassation Criminelle, 11.01.2011 (*Galatée films, Pathé Prod. FND Films, Assoc. Producteurs v. AOL France et alie*); Cour de Cassation Civile, 17.02.2011 (*Daily Motion v UGC Image*); Cour de Cassation Civile, 17.02.2011 (*Kylie X + Olivier Y v. Bloobox-net*); Cour de Cassation Commerciale, 25.09.2012 (*Auto IES v. Google France*); Cour de Cassation Civile, 19.02.2013 (*Pierre X v. Google France*); Court of Appeal of England and Wales, 14.02.2013 (*Payam Tamiz v. Google Inc.*). It should be noticed that in the *Magdane v. Daily Motion* Decision, the Court attached great importance to the General Terms of Use of the Service, according to which the responsibility for content belongs to the users, and to the fact that Daily Motion employs since 2007 some “*fingerprinting*” technologies, such as Audible Magic and Institut National de l’Audiovisuel (INA), which are the basis for partnerships with broadcasters and producers, promoting

their respective *creations* and catalogues. This is, however, not the case in all the decisions, which regard ISPs as being liable for anti-piracy measures, such as those listed below, under 4) namely regarding so-called “*disclaimers*”. These are often qualified by the Courts as being meaningless, contradictory to the real Company policy, and sometimes viewed as an incentive to the practice of infringement (as in the OLG Hamburg Decision of 08.02.2006 (*Cybersky*). The Cour de Cassation Civile attached a great deal of importance to the need to demonstrate acceptance of General Terms in a case of *deep hyperlinking* which was deemed previously authorised (Cour de Cassation Civile, 31.10.2012 -*Société Métropole Télévision v. TV-replay.fr*);

3) Prevention of Domain Name or website blocking, regarded as unreasonable and disproportionate, in view of the fact that legal content may also be stored by the service, such as Landgericht Hamburg, 12.03.2010 (*GEMA v. Deutsche Telecom*);

4) Decisions denying Rightholders’ request for identification of subscribers or users of IP addresses, on account of lack of evidence of infringement or legitimacy as rightholder, or demanding that the infringement be made at a commercial scale, such as Oberlandesgericht München, 17.11.2011 (*Constantin Films v. You Tube*); TGI Paris (3<sup>rd</sup> chamber, 1<sup>st</sup> section) 29.05.2012 (*TF1, LC1 et alie v. You Tube*);

5) Technically elaborated decisions, with an extensive description of the procedures and facilities provided by each feature offered by the ISP to its subscribers - only to determine that such behaviour has clearly exceeded the reasonable limits for a mere neutral intermediary agent of the Internet, and, therefore, it can no longer benefit from the liability exemption provided by the ECD, such as Cour de Cassation Commerciale, 21.10.2008 (*Hôtels Méridien v. Sedo*), High Court of Justice, Chancery Division, 22.05.2009 (*L’ORÉAL et alie v. eBay*), Cour de Cassation, 14.01.2010 (*Dargaud Lombard + Lucky Comics v. Tiscali*), Cour de Cassation Commerciale, 03.05.2012 (*Christian DIOR v. eBay* and *Louis Vuitton Malettier v. eBay*), Cour de Cassation Civile, 12.07.2012 (*Syndicat National de l’édition phonographique v. Google France*); Cour de Cassation Criminelle, 25.09.2012 (*Jean-Louis X, Benoit X v. Mubility*), Landgericht Düsseldorf, 23.01.2008 (*Rapidshare*); Landgericht Hamburg, 28.01.2009 (*Alphaload*), BGH, 15.08.2013 (*Rapidshare*); OLG Hamburg Decision of 08.02.2006 (*Cybersky*);

6) Decisions on jurisdiction issues, namely Cour de Cassation Commerciale, 23.11.2010 (*AXA, Finaxa and Avansur v. Google Inc., Google.de and Google*).



*co.uk*), where the Court establishes the principle according to which the Complainant may choose the jurisdiction of the Defendant or the one where the illicit facts occurred, or even the one where the damage has been produced. In case of counterfeiting actions, unfair competition or deceptive advertising addressed to users in other countries, the jurisdiction of French Courts is to be retained, although the website may be written in other languages, as long as it is accessible from France, and the damage generated by its dissemination is neither virtual nor eventual. In both Decisions taken by the Cour de Cassation Commerciale dated 03.05.2012 (*Christian DIOR v. eBay* and *Louis Vuitton Malettier v. eBay*), the Court went further in this direction, stating that the French Courts are competent, as the site *eBay.fr* incentives French Internet users to broaden their research to *eBay.uk* or to make use of commercial operations to shop online and that there are complementarities between both electronic websites, so the latter is also addressed at the French internet users. The Court excluded from the case *eBay Inc*, a U.S. Company, saying that the “.com” extension cannot be regarded as a generic TLD (Top Level Domain); the Cour de Cassation Civile further grounded the choice of the French jurisdiction, in the Decision *SNEP v. Google*, dated 12.07.2012, based on the Berne Convention provisions, according to which protection should be granted in the country where it is sought;

7) Deferred injunctions, under article 8(3) of the Copyright Directive and art. 11 of the Enforcement Directive, ordering ISPs to immediately provide for the removal of illicit content or, at least, to prevent their subscribers from reaching or accessing websites featuring such content, according to the precise details of the notification given, such as BGH, 12.05.2010 (“*Summer of our lives*”); U.K. High Court of Justice, 29.03.2010 (*Fox, Universal, WB, Paramount, Disney, Columbia v. Newsbin*), U.K. High Court of Justice, 28.07.2011 (*Fox, Universal, WB, Paramount, Disney, Columbia v. BT*); U.K. High Court of Justice, 20.02.2012 (*Dramatico Entertainment Ltd et alie v. BskyB et alie*); U.K. High Court of Justice, 28.02.2013 (*EMI et alie vs BskyB et alie*);

8) Decisions preventing the marketing of software which only serves for infringement practices, such as OLG Hamburg, 08.02.2006, (*Cybersky*);

9) Decisions sanctioning and compelling ISPs to pay fines and daily penalties, as well as compensation for damages, towards those injured parties who have already notified them of their complaints and have successfully demonstrated that their rights have been once again breached such as TGI Paris Civile, 28.06.2007 (*ZADIG Productions v. Google*), Cour d’Appel de Paris,

26.03.2010 (*YouTube v. Roland Magdane + Matex Productions*); Cour d'Appel de Paris, 09.05.2012 (*Dailymotion v. 120 Films SARL et alie*).

10) Decisions establishing the clear duty to identify and demand for damages, in case of a person who is found to be directly responsible for sharing illicit content by operating a website, such as Cour de Cassation Criminelle, 23.03.2010 (*SEVN, SPFF et alie v. Cyril X*);

11) Decisions which establish that cancellation of services by ISPs, as foreseen in the contract, is not a breach of contract nor an abuse of dominant position, such as Cour de Cassation Commerciale, 05.05.2009 (*DWC v. eBay*), Cour de Cassation Commerciale, 16.04.2013 (*E-Kanopi v. Google*);

12) Decisions which amount to the evaluation and determination of a certain degree of objective liability, or risk liability, for the commercial profit of ISPs, as well as their intentional intensification of the easiness with which third party rights are infringed, thanks to software facilities, the constant increase of storage capacity, and the permanent incentive given to subscribers to make more and more content available, such as OLG Düsseldorf 23.01.2008 (*GEMA v. Rapidshare*) and OLG Hamburg 14.03.2012 (*Rapidshare "Alone in the Dark"*);

13) Decisions issuing injunctions, based upon articles 8(3) of the Copyright Directive and 11 of the Enforcement Directive, aimed at ordering ISPs to remove illicit content or prevent access to certain websites, which extend their own effects to *any possible modification of wording or location* for such content, that is, allowing Complainants to periodically add *specific requests* targeted at different filenames or newly appeared URL (acronym for *uniform resource locator*, that is the Internet "address" of uploaded content), such as BGH 11.03.2004, 19.04.2007 and 30.04.2008 (*Internet Auctions I, II and III*), TGI Paris Civile, 28.11.2013 (*APC, FNDF v. France, Auchan, Darty Telecom, Yahoo, Google, etc.*).

The latter decisions represent an attempt to overturn the European approach in relation to the prohibition of filtering, as well as blocking of a whole Domain by the DNS or preventing a subscriber from accessing the Internet, by providing a Court Decision that can be adapted or ascertained from time to time, at the request of the rightholders, without involving the need to ask for another jurisdictional evaluation, which might render it ineffective.

#### IV. THE ISSUE OF GENERAL MONITORING IN THE EUROPEAN FRAMEWORK

The ECJ issued its landmark Decision in 2011<sup>6</sup>, stating that the above referred Directives, “*read together and construed in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, must be interpreted as precluding an injunction made against an internet service provider which requires it to install a system for filtering:*

- *All electronic communications passing via its services, in particular those involving the use of peer-to-peer software;*
- *Which applies indiscriminately to all its customers;*
- *As a preventive measure;*
- *Exclusively at its expense; and*
- *For an unlimited period,*

*Which is capable of identifying on that provider’s network the movement on electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant claims to hold intellectual-property rights, with a view to blocking the transfer of files the sharing of which infringes copyright.”*

The Court also ruled that such a general monitoring obligation would be incompatible with Article 3 of Directive 2004/48/CE (ED) which states that the measures referred to by the directive must be fair and proportionate and must not be excessively costly<sup>7</sup>, and that the said injunction “*could potentially undermine freedom of information since that system might not distinguish adequately between unlawful content and lawful content, with the result that its introduction could lead to the blocking of lawful communications*”.

In a subsequent Decision, of 16.02.2012 (*Sabam v. Netlog NV*), the ECJ resumes the same arguments, this time concerning a social network where all users are offered the opportunity to make use, by means of their profile, of the musical and audio-visual works in SABAM’s repertoire, without SABAM’s consent and without NETLOG paying any fee to SABAM. The ECJ added a special concern for the possibility of NETLOG processing personal data

6 Case C-70/10, 24.11.2011 *Scarlet Extended SA, v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db0202e87af0ad4cd1bf66ed2d06611b81.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKaNr0?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=en&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=1116353> [accessed 25.02.2014]

7 Case C-70/10, 24 November, 2011, §§ 46-53.

without satisfying the provisions of EU law relating to the protection of personal data and the confidentiality of communications<sup>8</sup>.

The strangest thing about this Decision is that SABAM's request was that NETLOG were ordered immediately to cease the unlawful provision of musical or audio-visual works from SABAM's repertoire and to pay a penalty of € 1.000,00 for each day of delay in complying with that order, whereas NETLOG submitted that granting SABAM's injunction would be tantamount to imposing on NETLOG a general obligation to monitor, prohibited by the national provision transposing article 15 (1) ECD.

The ECJ stated that “*the injunction requiring installation of the contested filtering system would involve the identification, systematic analysis and processing of information connected with the profiles created on the social network by its users. The information connected with those profiles is protected personal data because, in principle, it allows those users to be identified (see, by analogy, Scarlet Extended, paragraph 51...)*”<sup>9</sup>.

These Decisions, adopted with such a wide scope, seem, at first reading, to have suddenly forgotten and discarded all the endeavouring promises made by the Copyright Directive regarding the “*brave new world*” of Technological Protection Measures (TPM) and Digital Rights Management (DRM), which obviously require a specific acknowledging software to be installed as a pre-requirement for every online use of copyrighted works to become identified and communicated to its legitimate users, through the Internet.

As a matter of fact, Recital 47 of Copyright Directive proclaimed that the “*technological development will allow rightholders to make use of technological measures designed to prevent or restrict acts not authorised by the rightholders of any copyright, rights related to copyright or the sui generis right in databases*”.

Recital 55, adds that “*Technological development will facilitate the distribution of works, notably on networks, and this will entail the need for rightholders to identify better the work or other subject-matter, the author or any other rightholder, and to provide information about the terms and conditions of use of the work or other subject-matter in order to render easier the management of rights attached to them. Rightholders should be encouraged to use markings indicating, in addition*

8 Case C-360/10, 16, February 2012, §§ 34-38, 43-51, available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=119512&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir&occ=first&part=1&cid=158253> [accessed 25.02.2014].

9 *Idem*, § 49.

*to the information referred to above, inter alia their authorisation when putting works or other subject-matter on networks.”*

Furthermore, in a Study on the implementation and effects of the Copyright Directive which was commissioned from the Institute for Information Law, of the University of Amsterdam, in February 2007<sup>10</sup> (despite its initial disclaimer rejecting any strict correspondence with the Commission’s official position on the subject, it is said that, for the Commission, “*the main goal of the provision pertaining to the legal protection of TPM was to serve as a support to the successful large-scale introduction of electronic copyright management and protection systems by the private sector. Once developed, these systems would be dependent upon the implementation of measures that provide for legal protection in relation to acts such as the circumvention, violation or manipulation of these systems*”.

Two of the most commonly used forms of TMP are *watermarking* and *fingerprinting*, allowing any infringing uses to be traced back to the originator (for instance, when the file is found to be distributed for free over P2P networks).

So it makes no sense that the Commission should have put so much effort in a Directive to protect TPM (and DRM), and encouraging rights holders to massively adhere to these new forms of tracing works, once uploaded to the open internet, only to have the ECJ to state that there can be no injunction requiring the ISP to install a filtering mechanism “*capable of identifying on that provider’s network the movement on electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant claims to hold intellectual-property rights, with a view to blocking the transfer of files the sharing of which infringes copyright*.”

The ECJ may have overstated what it really meant by this Decision. It seems that what the ECJ rejected, in both cases, was a requirement that the ISP must install a complicated, costly, permanent software, at its own expense, which would jeopardize its own freedom to conduct its own business in the way it freely determines. In other words, this meant that this restriction wouldn’t apply, for example, to standard IP protection software, especially if the rights holders themselves, or some of their representatives, were willing to distribute this software for free, in the hope that it would be broadly disseminated and thus made more effective.

---

<sup>10</sup> GUIBAULT *et alie*, 2007:71

In other words, the ECJ only rejected a *general obligation* for the ISP to *actively prevent all copyright infringement*, by means of *proactively searching* for music or video works, but didn't mean to question a specific and promptly responsive duty to action, on behalf of ISPs, every time a rights holder notifies it about a concrete infringement of copyright: this type of notification implies that the ISP wouldn't be able to claim an exemption of liability, according to articles 12 to 14 of the ECD. See, for instance, Recitals 42 and 46 ECD on the limits of liability exemptions.

Articles 12 and 13 of the same Directive confirm that ISPs are not liable for “*automatic, intermediate and transient storage of the information*”, whereas for the cases foreseen in article 14, the importance of automatism in the gathering or presenting the information is displayed in the ECJ Decision of 23.03.2010 (*Google France S.AR.L. and Google Inc. v. Louis Vuitton Malettier SA, Viaticum S.A. and others*<sup>11</sup> where the Court concludes that, in order to determine whether the liability of a search engine could be exempted based on article 14 ECD, one must examine how neutral, purely technical, automatic and passive is its behaviour, implying two requirements: a lack of knowledge and a lack of control of the stored data<sup>12</sup>.

In the Google case, the ECJ noted that this provider, thanks to its own developed software, subjects the data submitted by its advertisers to an organization procedure, from which the advertisement is presented is a specific order of appearance, under the control of Google, according, namely, to the consideration paid by the advertisers to show their ads. Therefore, Google's activity amounts to far more than technical, automatic and passive activity.

It was precisely the same criterion which presided over the Decision awarded in the case *L'Oréal v. eBay*<sup>13</sup>, of 12.07.2011, where the ECJ found that, since eBay processes data provided by its selling customers, the sales resulting from these commercial offers are, according to eBay, determined modalities. Whenever it is necessary, eBay also pays assistance to its customers, aiming at

11 Joined Cases C-236/08 to C-238/08 *Google France, Google, Inc. v Louis Vuitton Malletier* (C-236/08), *Viaticum SA, Luteciel SARL* (C-237/08), *Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL* (C-238/08) available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83961&pageIndex=0&doclang=en&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=910508>, [accessed 25.02.2014].

12 *Idem* § 113 -120.

13 Case C 324/09, *L'Oréal, SA and others v. eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd and others*, available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=en&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=912120> [accessed 20.01.2014].

optimizing and promoting certain selling offers, thus ceasing to be regarded as a mere intermediary provider, in the sense of Section 4, Chapter II of ECD, where its behaviour is no longer neutral, nor restricted to mere technical and automatic storage of the data provided by its customers, but, instead, a rather active role, with specific knowledge or control of this data.

This criterion for distinguishing if and when ISPs would fall outside of the “*safe harbour*” provisions contained in articles 12 to 14 of the ECD, seems to add a key criterion to the absence of general monitoring obligation for ISPs, according to article 15: not only are Member States required to abstain from imposing any general filtering mechanism, which would enable ISPs to prevent users from infringing third parties’ copyrights, as ISPs are exempt from any liability whenever their intervention is only of a neutral or passive nature. In other words, ISPs are not liable as long as it doesn’t involve any specific knowledge or control of data which is, or may be, infringing third party copyright.

As Thibault Verbiest *et alie* conclude<sup>14</sup>, the problem is that, whilst right-holders have a strong and legitimate interest to ban not only illicit content (or infringements) but rather all similar infringements in the future, providers are confronted with the problem that they cannot monitor all similar content. Assuming that there are no filtering techniques available to manage and control similar infringements, such a requirement would result in an overall monitoring obligation. This fact approaches specific filtering to general filtering obligations.

However, according to the First Report on the Implementation of the Copyright Directive<sup>15</sup>, paragraphs 64 and 65, “*the Directive does not affect the liability of the person who is at the source of the content, nor does it affect the liability of intermediaries in cases which are not covered by the limitations defined in the Directive. Furthermore, the Directive does not affect the possibility of a national court or administrative authority to require service provider to terminate or prevent an infringement. These questions are subject to the national law of the Member States.*”

This provision of an injunction procedure to be implemented at Member State level matches the one contained in Recital 59, Recital 23 and Art. 8 (3) of the Copyright Directive, and simply acknowledges the fact that ISPs are,

14 VERBIEST *et alie*, 2007:21,

15 COM(2003) 702 fn 65, page 12, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0702:FIN:EN:PDF>[accessed 25.02.2014].

sometimes, the only possible means of controlling infringement, because only ISPs know who the infringers are, and this information may be required from ISPs, in order to allow the correct and complete identification of the (ab)used accounts and their respective subscribers.

The most recent Decisions issued by French and British Courts, following an earlier trend of German Courts, have begun to widen their horizons in relation to compatibility with art. 15 of the ECD and the ECJ Case-Law, in respect of the so called general monitoring prohibition, of all the measures aimed at a specific monitoring, as described in Recital 47 of the ECD, that is, a monitoring of specific content which has already been signified as illicit, and duly notified as such to the ISP, in order to prevent its reappearance on the Internet, possibly under new names or uploaded in new URL, thus escaping the prohibition of general monitoring through notification of ISPs.

As we have learned, the margin left by the ECJ Case-law for filtering content is very narrow, and this is why Courts have been trying to come up with innovative and creative solutions, which may overcome such limitations without breaching any fundamental rights.

In fact, the European ban on any kind of preventive monitoring has opened a huge legal problem, which still remains very difficult to solve, namely, how to tackle the constant renewal of uploading the same works under a different filename, with a slightly different “*hashtag*” or for a different URL, as can be asserted by the following Case-law: Cour de Cassation Civile, 12.07.2012 (*Bac films and The factory v. Google France*), Cour de Cassation Civile, 12.07.2012 (*Mr. X and Press Agencies v. Google Images*).

But this is, by its very nature, quite different from a monitoring obligation *in a specific case*. It is only prohibited for Member States to impose ISPs to “*monitor the information which they transmit or store*” or “*a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity*” (article 15 (1) of ECD).

In the First Report on the application of the ECD, it is said that a “*scenario in which large scale use is made of injunctions as part of a general policy to fight against illegal content rather than being used against a specific infringement, may raise certain concerns.*” The example of one of such situations is the case of North Rhine-Westphalia, in 2002, which ordered around 90 internet access providers to block access to a number of specified sites.

The same Report also states that other “*reports and studies on the effectiveness of blocking and filtering applications appear to indicate that there is not yet any technology which could not be circumvented and provide full effectiveness in blocking*



or filtering illegal and harmful information whilst at the same time avoiding blocking entirely legal information resulting in violations of freedom of speech”<sup>16</sup>.

Furthermore, according to Verbiest *et alie*<sup>17</sup> “general monitoring of millions of sites and webpages would, in practical terms, be impossible and would result in disproportionate burdens and higher costs of access to basic service for users”. However, the general prohibition of monitoring doesn’t concern, for example, measures imposing an obligation to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the users’ identification, as clearly specified in article 15(2), and recitals 45 and 47 of ECD.

## V. DIFFERENT SOLUTIONS (1): THE GERMAN APPROACH

The German Courts have always been very resistant to the idea of an absolute interdiction of filtering, and therefore, since 2007, have come up with the obligation of ISPs to filter all content, namely when such content may represent a serious risk for the development of minors, and also when allowing for such content to be marketed through auctions may amount to a case of unfair competition, namely by the circumvention of the legal provisions protecting the fairness of competition. There is also a preference for Recital 48 of the ECD, as legal ground, since it mentions “duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law” and, in fact, Germany has a solid tradition in this matter, with the concept of “*StörerHaftung*”.

In a notorious Case from 12.07.2007, featuring the possibility of eBay auctioning items which could be dangerous to minors, the BGH has developed further this theory by saying that those who endanger higher public interests such as the protection of minors and the fairness of competition are in breach of competition law, unless they establish limitations to such risk within their possibilities, without threatening their own economic activity. The BGH has invoked Recital 48 of the ECD Directive, and paved the way for applying to ISPs its well-known theory of “*StörerHaftung*”, which can probably translate into “Disturber Liability”.

This may be presented as a case of *objective* liability, measured and limited only by the size of the risk generated by the activity as “*Störer*” and implying a certain amount of caretaking obligations towards the general public.

<sup>16</sup> COM(2003) 702 fn 73, page 14.

<sup>17</sup> VERBIEST *et alie* (2007): 4

The Court added that, in the field of tort, the established Case-law acknowledges, both in intellectual as in competition law, a certain amount of duties in the course of trade, with the aim of granting security, confirming a very wide and encompassing principle of law according to which any person who creates a risk (danger) in its area of responsibility, should adopt reasonable measures and take the necessary precautions to avoid threatening the interests of third parties.

The competitive duty *in the course of trade*, in relation to third parties' content, is to set up an examination ("*Prüfungspflicht*"), the infringement of which steers up liability. According to the principles already developed for "*StörerHaftung*", it is essential to determine *if* and *in what measure* is the monitoring duty *reasonable*, in regard of the subject. This kind of liability is never to encompass third party actions or omissions, which would fall out of proportion: the provider is not subject to any measures which might make its own activity more difficult in comparison with its competitors.

Therefore, the monitoring or filtering duty is limited by the previous identification of risk providers and offers, which should be immediately blocked and its non-recurrence, ensured. The Court refers explicitly to Recital 48 of ECD and determines that the *Telemedien Gesetz* (TMG), act transposing the ECD Directive into German law, imposes upon the ISPs a duty of own initiative in removing illegal contents after acquiring knowledge of their existence, in order for ISPs to escape liability for breach of third Party's rights.

The concept of "*StörerHaftung*" is highly disseminated in German law, both in private as in public law. This type of liability corresponds to those situations where the party doesn't participate in the wrongdoing which produces damages, neither intentionally nor materially, but has, somehow, an instrumental role, which makes it appear as an adequate causal factor for those activities. Therefore, it is the likely subject of an injunction aimed at preventing the continuation of the infringement, and it is subject to several accessory obligations in relation to the risks generated by its activity, but still unlikely to be liable for damages or as perpetrator of crimes. The notion of "*Disturber*" in the context of Internet, applies to someone, who is somehow connected with the public communication of illicit content, namely content which infringes Copyright or Trade Marks, but not *directly* involved in such infringement.

Another specific trace of "*StörerHaftung*" is that the responsible party can be prosecuted *before* the damages do occur, that is, as a *preventive* measure. And that liability as "*Disturber*" can become a permanent "*status*" (as the OLG Düsseldorf stated in its Decision of 23.01.2008 ("*Rapidshare*").

The BGH has also applied this qualification to the commercial explorer of an auction platform, Ricardo, where various watches imitating Rolex brand were displayed and offered for sale, despite the fact that some of them were clearly identified as imitations. However, it was also established that the “*Störer*” didn’t directly engage in counterfeiting actions. The duties incumbent upon Ricardo had to meet, within the limits of reason and legitimate expectation, the range of risk generated by the activity, but without endangering the business model in itself. Ricardo should, upon knowledge of the infringement, not only block the offer of counterfeiting items as adopt any possible and technically available measures to prevent the recurrence of any other infringement.

The BGH also recalled that the “*Disturber*” is not allowed to benefit from the exemption of liability in relation to injunctions filed under the Copyright or the Enforcement Directives (articles 8(3) and 11, respectively), given the fact that such exemption (or *privilege*, as it is also known) only relates to third parties’ actions and never to its own duties, *rectius*, to any failure to perform those duties. Thus, the “*privilege*” prevents a claim for damages, but couldn’t stand against a mere injunction.

In another famous Case, known as “*Summer of our lives*”, in 12.05.2010, the BGH also applied the concept of “*Störer*” to a person who leaves its computer at the office without taking precautions to prevent third party access, namely through the securing of its WLAN with the help of a cryptographic key, although without requiring from such person a permanent update of such protection’s technical standards.

The BGH . in its Decision of 12.07.2012 (*Rapidshare*), gives a very detailed explanation of how to make art 15 of the ECD Directive compatible with a duty to install filtering mechanisms, for content which has been already identified as infringing third Parties’ rights, within the limit of technical and economic reason, namely by replacing an automatic word filter by a manual search for hyperlinks, which may lead to illicit content, into a number of well-known search engines and websites.

In the previous Decisions on the *Rapidshare* service, namely those complaints filed by GEMA (German authors’ collecting society) the BGH concluded that the provider of a personal and private storage service (a.k.a. *Cyberlocker*) would become liable only *after* the moment when hyperlinks to the stored content became public. Since the risk was inherent to its activity, adequate filtering mechanisms were expected to be implemented, not just automatic ones, but manually operated. The measure of the efforts to be taken

is only limited by reason, regarding the benefits provided by the traffic. In fact, the OLG Düsseldorf also established in its Decision of 23.01.2008, that, since automatic filtering was unable to detect and, consequently, prevent the renewed attempt of loading the same musical files, with slightly different “*hashtags*” (ID codes), *v.g.* because of higher or lower sound volume, for example, there should be a certain amount of human effort in place, in the absence of what, the provider must be held responsible for third parties’ damages.

Furthermore, allowing for users to register anonymously is also an incentive to the infringement of third parties’ rights, since it is well known that people get the feeling that they can’t be caught, and this increases the opportunities for performing illicit actions. In order to avoid this feeling of impunity, users should be required to register in order to benefit from the service. And the ISP should not allow for more than one file to be downloaded each time. All these conditions are regarded as making the business model less attractive, but nevertheless, still look like *reasonable* measures.

A few years later, the OLG Hamburg, also on the GEMA complaint against *Rapidshare*, in its Decision of 14.03.2012, stressed the fact that the business model of *Cyberlockers* is clearly licit and therefore deserves legal protection: however, from the moment where hyperlinks are publicly distributed, the stored content becomes publicly available and, consequently, a crime is likely to be committed.

It became clear that the provider of such service may not benefit from the liability exemption (a.k.a. “*privilege*”) because of its role as main economic beneficiary, and huge source of incentive for users to increase their storage capacity and upload enormous amounts of data, which cannot be seriously argued to serve a single user’s own needs in terms of his private life.

Of course, at this moment in time, after the ECJ had delivered its Decisions on *SABAM v. Scarlet Extended* and *L’Oréal v. eBay*, in 2011, the OLG Hamburg had to attempt some form of compatibility, and accepted that monitoring had to be limited to conducting random searches in the main search engines to look for suspect hyperlinks, through automatic “*webcrawlers*”, and it would also become its responsibility to block any illegal offers which might be taken to its knowledge. The OLG Hamburg accepted that reasonable filtering was *not legally enforceable*, however, it was something *to be expected* from the ISP, subject to manual control of the results automatically obtained.

Finally, the BGH explained in its Decision of 15.08.2013 that *Rapidshare* had grossly lacked the fulfilment of its monitoring obligations as “*Störer*”,

inherent to the risk generated by its activity. Those monitoring duties had to be specifically referred to any copyrighted work in relation to which there was a Copyright infringement, despite the enormous amount of breaches, whereas general monitoring was prevented by the *TeleMedienGesetz* §§ 8-10 and § 7(2) first part, which enacts art. 15(1) ECD. However, there is also the possibility for hosting services, such as *Rapidshare*, to monitor and detect certain types of illegal activities and to prevent its continuation, as established in Recital 48 of the ECD, and proclaimed by the ECJ in the *L'Oréal v. eBay* Decision (C-324/09 of 12.07.2011).

The Court also established, in this Decision, that, because of the way *Rapidshare* promoted and advertised the service, it could not be regarded as a mere “*Disturber*”, and the limits to objective liability wouldn't certainly be adequate. This was probably an intuition of the Court for the need of another liability degree, for that case, which goes by the name of “Contributory Liability” as further explained below.

The “*StörerHaftung*” theory has been referred by the Judges of the High Court of Justice of England and Wales, in the Case *L'Oréal v. eBay*, dated 22.05.2009, which led to the preliminary ruling of the EJC, as legal ground for the issuing of an injunction to prevent further breaches of third parties' IP rights, despite the arguments of eBay Counsel that “*Störerhaftung*” is a doctrine specific of German law which would have no counterpart in English law (§ 463), an argument which the High Court accepted.

It remains to be seen whether this longstanding German principle will stand up against the ECD prohibition for Member States to impose general monitoring upon ISPs. In fact, it seems quite clear, from the Case-law above described, that the distinction between the liability for third parties actions or omissions - where art. 14 ECD “*privilege*” prevails - and the liability for ISP's obligations as an intermediary and, likely “*Disturber*” in the communication process, hasn't been submitted before the ECJ. It may be regarded by some as an attempt to circumvent the ECD art 15 (1) prohibition.

The theory is, however, normally applied in strict contention: a “*Disturber*” is never required to pay for damages, much less regarded as a criminal agent for third parties' infringements: it is just the subject of preliminary or successive injunctions in order to prevent further injuries from being caused. Human as well as automatic filtering is generally one of such obligations, and this seems to collide with art. 15(1) ECD.

## VI. DIFFERENT SOLUTIONS (2): THE FRENCH APPROACH

Other solutions pointed out by the Courts seem to be more in line with this absolute prohibition rule: the recent Decision issued by the TGI Paris on the Case opposing the French Film Producer Association, the French Distributor's Federation and the French Video Editors Union to the major French Telecom Operators, such as France Telecom, Auchan Telecom, Darty Telecom, Bouygues Telecom, Orange, SFR, FREE, Numericable, and also the search engines Yahoo!, Google and Microsoft, on the subject of "*www.allostreaming.com*", and the websites alike (28.11.2013) has paved the way to something which we may call "*Periodically Adjustable Injunction*":

The injunction is issued against practically all the Internet Access Providers, according to art. 336-2 of the French Intellectual Property Law ("*Reféré*") and aims to prevent all forms of access to the domain names of a number of websites, within a previously provided list, featuring thousands of copyrighted works, mostly films and serials, and allowing anyone to "*stream*" those works without permission from the copyright holders. The Court is satisfied with the fact that the main *access providers* are involved, also given the fact that this procedure is not perceived as excluding others.

The Court is also not concerned with the absence of *hosting providers* in the procedure, given the fact that the law doesn't confer these any precedence. Besides, the Court recalls, those infringing Copyright may instantly change hosting providers, so it would probably be less effective to focus on *hosting providers* instead of aiming at nearly all *access providers*. In addition, the Court adds that having to impose measures on foreign Companies would certainly bring about implementation difficulties and suppress the effectiveness of the requested measures (§ 2.7.1.3.3.).

The Court is very clear in establishing that most users are very attached to the free internet offers, and, therefore, willing to take part in what the Court calls "*wide scale world piracy*" which benefits, in first place, internet operators, namely through advertising income, driven precisely by the presence of a quantity of internet "surfers".

The Court assumes that, once the market is normalised, and the benefits equitably shared, most users will be willing to contribute, in a way or the other, to remunerate rightholders, which are currently being deprived of income, as well as the companies which invest in the creation and the communication of copyrighted works (§ 2.7.1.4).

The injunction itself, said to be freely adjustable by each access provider addressed, is very broad in scope: it encompasses *all the measures adequate* for preventing access to the listed websites, from French Territory and/or subscribers contractually assigned there, *through any effective means*, and namely through *domain name blocking*, even if those websites turn out to be empty, since they resend to other new websites (2.7.2.1.).

Furthermore, this must be accomplished in 15 days, at the utmost, and they must provide evidence of the measures taken or any difficulties encountered. The duration of such measures is established in twelve months, starting from implementation (2.7.2.2.) and the involved Parties, or some among them, may ask the Court for the necessary updates and complete or modify the list of websites to be blocked in view of the predictable migration of the illicit content to other websites, under express reservation of a better agreement between the Parties (2.7.3).

This is an extremely important innovation, since it widens considerably the effectiveness of the injunction and attempts to solve the deadliest of issues concerning piracy, which is the easiness with which pirated content changes its location, rendering ineffective any injunctions, which only identify previous locations. Before this Decision, we can only recall BGH's "*Summer of our lives*", in 12.05.2010, where the Court allows the Claimant to *adapt* its request within the procedure, to avoid "missing the target".

In relation to search-engines, most of all American and therefore subject to the Digital Millennium Copyright Act (DMCA<sup>18</sup>), the Court has also demanded that they "dereference" the listed websites from the search results, and take all the measures aiming to prevent any reappearance of such websites or hyperlink to such websites within the territories under French jurisdiction, regardless of where the search engines are themselves located. They are also free to determine such measures (2.8.2.1.). This must be also accomplished in 15 days, at the most, and search-engines must provide evidence of the measures taken or any difficulties encountered. The duration of such measures is established in twelve months, starting from implementation.

---

18 Digital Millennium Copyright Act, (DMCA) it is the United States copyright law that implements two 1996 treaties of the World Intellectual Property Organization (WIPO). Passed on October 12, 1998, by a unanimous vote in the United States Senate and signed into law by President Bill Clinton on October 28, 1998, the DMCA amended Title 17 of the United States Code to extend the reach of copyright, while limiting the liability of the providers of on-line services for copyright infringement by their users, available at <http://www.copyright.gov/legislation/pl1105-304.pdf>. This summary was obtained from [http://en.wikipedia.org/wiki/Digital\\_Millennium\\_Copyright\\_Act](http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_Millennium_Copyright_Act), [accessed 25.02.2014].

An updating mechanism, similar to that which applies to access providers, is also implemented, in relation of new websites, access paths or domain names, under express reservation of a better agreement between the parties (2.8.6). Google alone is referenced to represent 90% of the search-engine market, a fact that remained unchallenged (2.8.2.4).

The Court also establishes that the ISPs may ask the rightholders' representative organisations which filed the complaint, for the reimbursement of costs, according to a principle of strict correspondence with the measures effectively taken.

It mustn't go, however, unnoticed, that the injunction issued by the TGI Paris may be regarded as contradictory to the decision issued by the Cour de Cassation Civile in the Case *Bac films e The factory v. Google France*, 12.07.2012, where, despite having qualified Google as agent of counterfeiting on account of allowing a film to be watched in its own website, the Court has stated that an injunction which orders the ISP to take *all* the useful measures to prevent new uploads of illicit content, without further notification, violates the Law of electronic communications and exceeds the adequacy and proportionality necessary to cease the injury caused by the content currently in place. A similar point was made on the Case decided that same day, in the affair *SNEP v. Google*, 12.07.2012, where the Court qualified the injunction to prevent new uploads as a form of general monitoring obligation. However, the decision taken on 28.11.2013 is always subsidiary to any form of better agreement between the Parties, thus paving the way to self-regulation as the best way to deal with the issue of monitoring.

The French framework is well-known for the 2009 implementation of the so-called HADOPI Law, after the name of the administrative Body which was until July 2013 in charge of its enforcement. *Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet* (HADOPI) was legally empowered to block access to the network, after serving proper warnings to the users which have been infringing copyrights or any other rights, before a revision of that legal text by the Constitutional Court, on the 10th June 2009, which eliminated such provisions and handed those competences to the Tribunal de Grande Instance. It's called the "gradual approach".

The future of the HADOPI Law is now highly uncertain, because the balance of its actions against piracy is said to be very negative, and the recent Report from Professor Pierre LESCURE, entitled "*Culture-acte2 Mission «Acte de l'exception culturelle» contribution aux politiques culturelles à l'ère*



*numérique*, Vol 1 and 2, May, 2013<sup>19</sup>, proposes its extinction and the transfer of its competences to the Audiovisual Regulator CSA. So far, since 2009, it seems that only two persons were convicted<sup>20</sup> to a fine between 50 € and 600 €. However, according to the 2012-2013 HADOPI activity report<sup>21</sup>, there have been 1 912 847 first recommendations but only 186 153 second recommendations, and only 51 cases were sent to the District Attorney.

### VII. DIFFERENT SOLUTIONS (3): THE U.K. APPROACH

The possibility of a “specific monitoring”, is also invoked by the UK High Court of Justice in *BT and Talk Talk v. the Secretary of State for Business, Innovation and Skills* of 20.04.2011, as corresponding to the “*focusing on a specific instance that has for apparently good reasons been brought to its attention*” as opposed to “*general monitoring*” which describes “*a systematic arrangement whereby the putative “monitor” is inspecting or examining information randomly, or by reference to particular classes of information or subscribers*” (Sec 112-118).

Hence, the High Court Judges conclude that the Digital Economy Act 2010<sup>22</sup>, which stands in examination for an alleged contradiction with several European Directives, includes *no general monitor obligation* addressed at ISPs, as these are only required to notify subscribers of an alleged infringement *upon duly effective notification on behalf of the rights holders* – these are the ones which are really interested in performing such monitoring, but nothing in European or any other World legal system stands against such a possibility.

The High Court also reminds us that the Commission’s Explanatory Memorandum to the Proposal of the ECD describes “*specific monitoring*” as, for instance, the possibility of a court or law enforcement agency requesting a service provider to monitor a specific site during a given period of time, in order to prevent or to fight specific illegal activity.

The ECJ says in its Decision of Case 324/09 (*L’Oréal v. eBay*) of 12.07.2011 (§ 139) that “*a general obligation to monitor*” is “*an active monitoring of all the*

19 Available at <http://www.numerama.com/magazine/25942-telecharger-le-rapport-lescore.html> [accessed 25.02.2014].

20 LESCURE (2013): 40

21 Available at [http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/HADOPI\\_RapportAnnuel\\_2013.pdf](http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/HADOPI_RapportAnnuel_2013.pdf) [accessed 20.02.2014]

22 The DEA 2010 received Royal Assent on 8 April 2010. Some of the contested provisions came into force on that date, the others (so far as relevant) on 8 June 2010. Available at [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/pdfs/ukpga\\_20100024\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/pdfs/ukpga_20100024_en.pdf) [accessed 25.02.2014].

*data of each of [a website's] customers in order to prevent a future infringement via that provider's website".* This is not the same as a specific order given by an administrative of jurisdictional authority, according to legal national provisions, requiring ISPs to adopt specific measures which are aimed at preventing any further infringements.

The specific monitoring may therefore be described in opposition to the characteristics pointed out by the European Court in both Decisions provided in Cases C-70/10 (*SABAM v. Scarlet Extended*) of 24.11.2011 (§§ 47 to 54) and C-360/10 (*SABAM v. NETLOG N.V.*) of 16.02.2012 (§§ 33 to 38), that is, it must not:

- a) allow the filtering of all electronic communications passing via ISP's services, in particular those involving the use of peer-to-peer software;
- b) apply indiscriminately to all ISP customers;
- c) be applied as a preventive measure;
- d) run exclusively at the expense of the service provider and
- e) run for an unlimited period of time.

Consequently, a specific monitoring tool has to be directed only to a specific website or URL which has previously been identified as a recurrent infringer of third-party rights, and must not be permanent or expensive or even complicated, in order not to hinder the economic activity of the ISP, which is not supposed to take full economic charge for its functioning.

The most interesting example of general and specific monitoring tools, is eBay itself, as described by the High Court of Justice of England and Wales in its Decision of the 22.05.2009, (*L'Oréal v. eBay*) §§ 77 – 87. According to this Decision, eBay is reported to “*use some 16.000 software filters to search listings for possible breaches of its policies*” namely in relation to Trade Mark counterfeiting. The software detects a potential breach and alerts a Customer Services Representative (CSR), of a few hundred employed by eBay Europe, and located in Dublin and Berlin. Tens of thousands of listings are reported to be removed each month as a result of such automatic filtering, but there are also two other tools which are not of such a general effect but, instead, correspond to a specific procedure: the VeRO programme and the Community Watch scheme. These programmes are based upon Complaints carried out by the right holders themselves (in fact, a Notice and Take Down procedure) or the encouragement of eBay users to report any listing or item which infringes eBay's policies. Over a million reports *per* quarter are referred to as being issued. eBay is reported to spend about \$ 20 million a year with the VeRO

programme. VeRO stands for Verified Right Owner, and the programme implies an agreement subscribed between eBay and Rights Owners which enables the latter to download and make use of a Reporting Tool which allows them to report listings directly through the site, and a Bulk Reporting Tool, able to report up to 500 items at the same time.

All these efforts and investments, allegedly, made by eBay in order to prevent third party rights breaches, haven't however been able to persuade neither the Judges of the ECJ nor those of the High Court of Justice of England and Wales that eBay was already making enough in order to avoid liability. In fact, L'Oréal, Lancôme et Garnier have successfully filed a landmark Case, which has paved the way for the first delimitation of the boundaries to be applied to hosting ISPs. After obtaining the ECJ response for its request of a preliminary judgement, it became clear that, in order to benefit from ECD's art. 14(1) exemption, hosting service providers should remain completely neutral, meaning that neither a promotion of the items in sale, nor any incentive tools designed for increasing the number of items to be sold, not even the offer of a few tutorial programmes teaching techniques on how to boost sales, can be carried out by the said ISP.

As the Court itself states: "*Article 14(1) of Directive 2000/31 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') must be interpreted as applying to the operator of an online marketplace when that operator has not played an active role allowing it to have knowledge or control of the data stored.*

*The operator plays such a role when it provides assistance which entails, in particular, optimising the presentation of the offers for sale in question or promoting them.*

*When the operator of the online marketplace has not played an active role within the meaning of the preceding paragraph and the service provided falls, as a consequence, within the scope of Article 14(1) of Directive 2000/31, the operator none the less cannot, in a case which may result in an order to pay damages, rely on the exemption from liability provided for in that provision if it was aware of facts or circumstances on the basis of which a diligent economic operator should have realised that the offers for sale in question were unlawful and, in the event of it being so aware, failed to act expeditiously in accordance with Article 14(1)(b) of Directive 2000/31."*

Complete neutrality of the hosting service, similar to the absolute lack of intervention which is required of those ISPs which only act as mere carriers, has, since then, been an established and completely acquired principle, granting

rightholders with an argument to apply to all hosting ISPs, in every case where their promotional activities or involvement with the users' commercial exploitation exceeds the role of a mere provider of hosting facilities.

eBay, by proactively engaging in the enhancing of sales, through the multiple services provided to its users, is naturally deemed to obtain the necessary knowledge of whatever items are being sold in its digital premises, and therefore cannot benefit from art 14(1) exemption, for its lack of absolute neutrality.

Without ever referring to it, the ECJ was, in fact, opening a very promising door for the introduction of a kind of liability very well-known to the US: the so-called "contributory liability", which is a kind of secondary liability requiring an intentional act of inducement or active steps to encourage direct infringement, where knowledge must exist, for example when available tools such as proprietary software are freely distributed or promoted.

Contributory liability means an indirect form of responding for someone else's infringement actions, namely because of having actual knowledge of the infringing activity, and actively participated in it by inducing, causing or materially contributing to it, e.g. by providing the means. For contributory liability to take place, the knowledge of direct infringement acts must be actual and constructive.

### VIII. CONTRIBUTORY LIABILITY AND VICARIOUS LIABILITY

The category of "Contributory Liability" is not to be confused with "Vicarious Liability", which is also to be found in US Case-Law, and could be described as a subjective consciousness that infringement may take place through the services or facilities provided, of which the most important trace is the fact of profiting and controlling all the activity, accompanied, in most cases, by an intentional decision of ignoring what may be going on.

A first comparison between US and EU Legal Framework and Case-Law, leads us to confirm that the concept of liability which is in stake in European Case Law, is clearly one of subjective liability, that is, a kind which is not based upon profitability or economic interest on exploiting the data (content), since these could involve an objective or presumed liability, but instead, in the subjective knowledge of infringement, brought to ISP's consciousness by rightholders or their representatives.

It seems to be well established, in the US Case Law, that vicarious liability for copyright infringement doesn't require "item-specific" knowledge of illicit

activities. It's all about financial benefit and control "*even in the absence of actual knowledge that the copyright monopoly is being impaired*", and a formal obligation to monitor specific acts of infringement, in relation to listed copyrighted works, as well as a conscious choice on behalf of the ISP not to implement such filtering mechanisms. It is a form of objective liability, or risk liability.

Contributory liability, on the other hand, requires an intentional act of inducement or active steps to encourage direct infringement, where knowledge must exist, for example when available tools such as proprietary software are freely distributed or promoted, showing "*an affirmative intent that the product be used to infringe*", and this conception "*overcomes the law's reluctance to find liability when a defendant merely sells a commercial product suitable for some lawful use*"<sup>23</sup>.

Traditionally, indirect liability may be the subject of another distinction, in regard of the knowledge degree: knowledge of specific and concrete infringement situations is not necessarily demonstrated, where the main basis for liability is economic profit and intentional lack of control – this corresponds to vicarious liability. Instead, a general knowledge of third-party acts of infringement becomes associated with the use of a software, or some other device, actively promoted, encouraged or induced by the indirect responsible party, namely by advertisement or solicitation to broadcast a message designed to stimulate others to commit violations. This would be the case for contributory liability.

According to recent US Case-Law, there are three types of service provider knowledge about infringement that might disqualify the service provider from the "safe harbour" provision: 1) Actual knowledge of specific acts of infringement: this a subjective knowledge standard; 2) "Red flags" knowledge of specific acts of infringement: this is an objective knowledge standard: it corresponds to the awareness of facts or circumstances from which infringing activity is apparent. It doesn't require item-specific knowledge; 3) Wilful blindness towards specific acts of infringement: Because of the nature of wilful blindness, by definition, it occurs in situations where the service provider otherwise doesn't have subjective or objective knowledge of the infringing activity. It corresponds to the situation where the ISP has reason to suspect

---

23 Decision of U.S. Supreme Court of 27.06.2005 on the Case METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. *et al.* v. GROKSTER, LTD., *et al.*, available at: <http://laws.findlaw.com/us/000/04-480.html> [accessed 25.02.2014].

of infringing activity, but it chooses to *look the other way*, shielding itself from learning the particular infringing transaction. All these forms imply ISP liability.

According once again to VERBIEST *et alie*<sup>24</sup> the issue of “actual knowledge” of an ISP and the required level of awareness of facts and circumstances that suggest illicit content or activities of third parties, is not dealt in the same way by the various Member States: some require a formal procedure and an official notification by authorities in order to presume actual knowledge, whilst others leave it to the courts to determine actual knowledge. A third option is taken by other Member States, based on two ways to determine actual knowledge: a notice and take-down procedure, and the more traditional approach of notifying the provider according to the national legal standard of knowledge.

For example, in the High Court Decision dated 28.07.2011 (*20<sup>th</sup> Century Fox et alie v. BT*) the Court quoted an earlier Australian case: “*Knowledge*” in the section cannot mean in my opinion any more than notice of facts such as would suggest to a reasonable man that a breach of the copyright law was being committed ... In my opinion knowledge means notice, which would put a reasonable man on inquiry.’ (§ 130). However, the Australian Judge added: “*In this area of jurisprudence, as in many others, a person who deliberately refrains from inquiry and shuts his eyes to that which is obvious, cannot be heard to say that he lacked the requisite knowledge.*”

This is characteristic of what is commonly known as “wilful blindness” and cannot be argued as lack of actual knowledge.

For the High Court, in the above referred Case, “*what must be shown is that the service provider has actual knowledge of one or more persons using its service to infringe copyright. The more information the service provider has about the infringing activity, the more likely it is that the service provider will have actual knowledge*”.

This assumption leads us to understand that actual knowledge of *the concrete infringement* taking place is, in fact, dispensable. What is required is that the service provider doesn’t ignore that *infringement is indeed taking place* at its digital premises.

This may lead us to approach the kind of liability in stake, in *20<sup>th</sup> Century Fox et alie v. BT* from what we earlier qualified as “*vicarious liability*”.

---

24 VERBIEST *et alie* (2007:14)

*“Although subject to the condition that actual knowledge must be proved, section 97A confers on the court a specific and broad jurisdiction to grant an injunction against service providers. On its face, the jurisdiction is not confined to granting an injunction prohibiting the continuation of infringements of which the service provider has actual knowledge. In any event, section 97A must be interpreted and applied consistently with the Court of Justice’s guidance in L’Oréal v eBay. In my judgment the Court’s reasoning demonstrates that the jurisdiction is not confined to the prevention of the continuation, or even repetition, of infringements of which the service provider has actual knowledge. On the contrary, an injunction may be granted requiring the service provider “to take measures which contribute to ... preventing further infringements of that kind” (§ 156).*

The Court concludes the issue of compatibility of the injunction with art. 15 of ECD by stating that it is “supported both by recital (47) of the E-Commerce Directive and by the judgment of the Court of Justice in L’Oréal v eBay. Recital (47) makes it clear that Article 15(1) does not “concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislation”. In L’Oréal v eBay the Court of Justice at [139] equated “a general obligation to monitor” with “an active monitoring of all the data of each of [a website’s] customers in order to prevent any future infringement via that provider’s website”. Furthermore, it went on at [141]-[144] to make it clear that Article 15(1) does not prevent courts from making orders requiring intermediaries “to take measures which contribute ... to preventing further infringements” (§ 161).

## **IX. NOTICE AND TAKE-DOWN (NTD) OR NOTICE AND ACTION PROCEDURES**

Lastly, we have the case of NTD procedures, which obviously imply the knowledge of specific acts of infringement, to which ISPs can react, either by removing content and installing specific filtering mechanisms to avoid new infringement to the same rights, or by ignoring notices. This option is the only one which guarantees full *actual knowledge*.

Unlike the specific US DMCA approach, as well as some Member States (the U.K., France, among others), the European Law makers have adopted the view that notice and take down procedures should not be regulated by the law itself, and instead, the matter should be left for self-regulation, which should be expressly encouraged.

Further legislative work upon the E-Commerce Directive may lead to the increment of ISPs’ cooperation obligations, but will certainly also increase the

number of copyright holders' efforts for the identification of their works with the help of Digital Rights Management (DRM) and Technological Protection Measures (TPM), assuming ISPs will adopt platform technology which will enable acknowledgement of copyright protected works.

The European Parliament, back in 2000, when the E-Commerce Directive was adopted, invited the Commission to establish efficient NTD procedures; however, it finally decided to leave this matter to self-regulation. Nevertheless, article 21 (2) of the ECD already requires the European Commission to analyze the need for proposals concerning NTD and the attribution of liability following the take down of content, as well as the potential exemptions from liability in the benefit of providers of hyperlinks and location tool services. Recently, a similar EU initiative has been abandoned, by request of rightholders, and it is not expectable to reappear soon, so the issue is still at Member State level.

The Decision of the Court of Appeal (Civil Division), an appeal from the High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court, in the UK, provides us a thorough analysis of the Notice and Action Procedures prescribed by the UK Law (Digital Economy Act) and its compatibility with the European Framework.

This is a case which opposed British Telecommunications and Talk Talk Telecom Group to the Secretary of State for Culture, Olympics, Media and Sport, having as interested parties nonetheless than the British Recorded Music Industry, the British Video Association Ltd, the Broadcasting Entertainment Cinematograph and Theatre Union, Equity, Film Distributors' Association Ltd, the Football Association Premier League Ltd, the Motion Picture Association Inc, the Musicians Union, the Producers' Alliance for Cinema and Television Ltd. and Unite<sup>25</sup>.

The High Court, made it clear that the U.K. Digital Economy Act 2010 (DEA 2010)<sup>26</sup> is compatible with E-Commerce Directive, Copyright in the Information Society Directive, Data Protection Directive and Privacy and E-communications Directive.

This case is about the U.K. Digital Economy Act of 8 April 2010 imposing of "*initial obligations*" upon ISPs to notify subscribers of their services of

---

25 Available at <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/CO/Documents/Judgments/r-bt-and-talktalk-vss-for-culture-and-others.pdf>, [accessed 25.02.2014].

26 See above fn 13.



copyright infringement reports (CIRs)<sup>27</sup> received from copyright owners, and to provide copyright infringement lists (CILs)<sup>28</sup> to copyright owners, if ISPs have an “*initial obligations code*” in force. Such codes must contain a certain number of provisions, and are subject to administrative approval, by Ofcom. The notification made by the ISP to its subscriber - which must occur within a month - shall include, among other data, according to the currently in force version of the DEA, “*information about copyright and its purpose*”, as well as “*advice or information, enabling the subscriber to obtain advice, about how to obtain lawful access to copyright works*” and “*advice, or information enabling the subscriber to obtain advice, about steps that a subscriber can take to protect an internet access service from unauthorized use*”; it may be required that the ISP includes, namely “*a statement that information about the apparent infringement may be kept by the internet service provider*”; “*statement that the copyright owner may require the provider to disclose which copyright infringement reports made by the owner to the provider relate to the subscriber*” and “*a statement that, following such a disclosure, the copyright owner may apply to a court to learn the subscriber’s identity and may bring proceedings against the subscriber for copyright infringement*”, among other requirements.

All of these obligations, when impending upon ISPs, relate to specific codes which the DEA requires ISPs to have, according to the Court of Appeal’s Decision of 06.03.2012.

According to the Court, ISPs are required to comply with those codes, and should also fully cooperate with the Secretary of State and OFCOM, or else they may become liable, but such liability is not “*for the information transmitted*”: the test, to determine the limits for the ISP’s exemption, is not whether a liability has arisen because there was an initial infringement of copyright, but if it is in respect of that underlying infringement, so that the liability is *for the information transmitted*, not for core-obligations imposed upon the ISPs, such as to receive CIRs from copyright owners and to communicate such CIRs to

---

27 A “copyright infringement report” is a report that (a) states that there appears to have been an infringement of the owner’s copyright; (b) includes a description of the apparent infringement; (c) includes evidence of the apparent infringement that shows the subscriber’s IP address and the time at which the evidence was gathered; (d) is sent to the internet service provider within the period of 1 month beginning with the day on which the evidence was gathered; and (e) complies with any other requirement of the initial obligations code.

28 A “copyright infringement list” is a list that (a) sets out, in relation to each relevant subscriber, which of the copyright infringement reports made by the owner to the provider relate to the subscriber, but (b) does not enable any subscriber to be identified.

their subscribers, and to compile CILs for onward transmission to copyright owners. And also to comply with technical measures imposed by OFCOM, and to pay costs and compensation arising from subscriber appeals. It is legally possible to hold the ISP liable for core-obligations such as these.

The Court of Appeal has stated that the above legal provisions are in accordance with the general provisions of Community Law, namely article 15 (1) of the Privacy and Electronic Communications Directive as it refers to article 13 (1) of the Personal Data Protection Directive as interpreted by the ECJ in Case C-275/06 (PROMUSICAE)<sup>29</sup>, with the Authorization Directive, namely article 6 and the Annex – which restrict the conditions that may be attached to the general authorization, thus preventing Member States from setting up copyright levies as legal obligations for ISPs – which must be read together with the Framework Directive<sup>30</sup>.

In the Case C-275/06 (PROMUSICAE), the Advocate General's Opinion<sup>31</sup> was that *“as Community law stands at present, under the third and fourth alternatives in Article 15(1) of Directive 2002/58, Member States may provide for personal traffic data to be communicated to State authorities in order to facilitate both criminal and civil proceedings against copyright infringements by file sharing. However, they are not obliged to do so. The legislature will provide for their intervention only where there is adequate suspicion of an infringement of rights. A wide discretion exists in that regard. It is true that the sanctions under Article 8(1) of Directive 2001/29 and Article 16 of Directive 2004/48 must be appropriate, effective, proportionate and dissuasive, but the seriousness of the particular infringement of copyrights must also be taken into account in that regard.”*

Nevertheless, the final conclusion in that Case was not so restrictive: the Court established that *“[d]irectives 2000/31, 2001/29, 2004/48 and 2002/58 do not require the Member States to lay down, in a situation such as that in the main proceedings, an obligation to communicate personal data in order to ensure effective protection of copyright in the context of civil proceedings. However, Community law requires that, when transposing those directives, the Member States take care to rely on an interpretation of them which allows a fair balance to be struck between the*

29 Available at <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-275/06> [accessed 25.02.2014]

30 Available at <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62006CC0275&lang1=en&type=NOT&andre> [accessed 25.02.2014].

31 Available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db848e3342a00c4e2e8b2fe4707b9d76ce.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKaNr0?docid=62901&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&cid=1370197> [accessed 25.02.2014].

*various fundamental rights protected by the Community legal order. Further, when implementing the measures transposing those directives, the authorities and courts of the Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives but also make sure that they do not rely on an interpretation of them which would be in conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality.”.*

A very similar conclusion was reached by the ECJ (Eighth Chamber) in an Order of 19.02.2009- *LSG- GmbH v. Tele2 Telecommunication GmbH* (Case C-557/07)<sup>32</sup> and also in the Decision of 19.04.2012, issued in *Bonnier Audio et al. v. Perfect Communication Sweden AB* (Case 461/10)<sup>33</sup>, where the Court establishes that the e-Privacy Directive, read together with the Enforcement Directive, doesn't oppose to Member States determining an obligation to disclose Personal Data directly to rightholders, for the purpose of further enforcement law-suits.

## X. CONCLUSIONS

After having been able to compare these three Member States approach, we may determine some traces of similitude between them and also some aspects where they diverge.

As the French Courts are looking forward to overcoming art. 15 ECD's strong limitation, by issuing a new form of injunction which is *periodically adjustable*, but seriously appearing to contradict earlier Decisions from the Cour de Cassation, which has revoked any all-encompassing preventing measures, the U.K. turns his eyes to Recital 47 ("*specific monitoring*") and bases its entire antipiracy system in a "*notice and action*" system, allowing for specific searches to be conducted upon previously notified content or resource locations. As it is never conceived as a duty of ISPs, except after the infringement evidence has been brought to its attention, the High Court has proclaimed its compatibility with art 15(1) ECD. There is also a certain tendency to appeal to concepts taken from the U.S. Law, such as *contributory* or *vicarious liability*. The latter doesn't require actual knowledge of concrete infringement, becoming satisfied with the mere general knowledge that infringement exists

32 Available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:113:0014:0014:en:PDF> [accessed 25.02.2014].

33 Available at <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121743&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=292727> [accessed 25.02.2014].

and is occurring, or that infringement may occur, under the control and to the economic benefit of the ISP.

For Germany, the solution is legally anchored on Recital 48, as there is a sound and longstanding tradition of “*StörerHaftung*”, that is, a form of tort which is measured by the risk generated by the provider’s activity, implying a set of “caretaking” obligations which may become permanent, and may require the implementation of manual filtering, but must not jeopardise the economic activity in itself, which deserves legal protection. The extension of these duties may, however, collide with ECD’s prohibition of general filtering, although the BGH has frequently stated such compatibility. This is also something to be demonstrated, given the reluctance of German Courts to file a preliminary request to the ECJ.

The category of vicarious liability may be broadly compared, despite the different original concept, to the German conception of “*StörerHaftung*”, because the “*Disturber*” seems to appear as a completely *objective* provider of instruments (the network, or the website) for the infringement to take place, possibly making a *profit* out of it, and *controlling the means* which make it possible, but *not necessarily knowing* of actual infringements taking place in its digital premises, for which he undoubtedly creates the risk, therefore being responsible for implementing all the measures and technological tools which may be reasonably necessary to reduce or fully eliminate the risk generated by its activity, and, definitely, being subject to all injunctions aimed at the ceasing of any infringements currently occurring in its digital premises.

The whole European legal system is set to protect ISPs from indirect liability, except when there is a clear cut case of involvement in the infringement practices, at least when their own acts of economic exploitation imply knowledge of infringement, namely by placing of advertising in automatic association with search results or by actively explaining the final users how to advertise.

Influenced by the restrictive guidelines of the ECJ, the national Courts of the EU Member States have not always shown a complete capacity for distinguishing between a general surveillance obligation, which is prevented by article 15 of ECD, and a specific filtering of notified copyright infringing content, even if the necessary tools in terms of software are available in the market or provided by the right-holders themselves, for free.

Nevertheless, Recitals 45 and 46 of ECD, together with Recital 59 of Copyright Directive, provide a legal basis for specific filtering mechanisms to be imposed upon ISPs, and the currently available technologies do not impose an excessive burden in terms of cost or technological complexity. It’s only a

matter of ISPs and rights holders working together in order to reach solutions which could make life easier for both: rights holders would be more capable of detecting earlier stages of infringing situations, and ISPs would be more protected against liability, since the implementation of automatic filtering mechanisms would be qualified as a proper way to avoid vicarious liability, and provided there would not be any acts of inducing or encouraging users to upload, share or download copyright protected works.

Currently, with social networks and the internet community globally linked and sharing a high level of awareness – a very positive characteristic in the perspective of Human–Rights watching – there cannot be a serious public debate on how to protect IP from piracy, or common theft, because it instantly triggers a massive choir of protests, which are, allegedly, defending the right to privacy or the freedom of expression, but end up mixing all the concepts. None of those rights can serve as argument to defend a breach of third parties' IP.

It is very important that the protection of privacy does not translate into the protection of piracy.

As we know, EU Member States are allowed to use the injunction mechanism against ISPs for obtaining the names and addresses of users which allegedly are breaching copyright, and there is no issue of privacy that supersedes the protection of intellectual property against piracy.

However, the possibility to block access to the network as a way to prevent copyright infringement has been one of the most difficult balances to achieve, when the Electronic Communications framework was revised.

Recitals 29 and 30 and art. 1(3) of the Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, as amended by Directive 2009/136/EC ("Citizens' Rights Directive")<sup>34</sup> require respect for the fundamental rights and freedoms of natural persons, including in relation to privacy and the guarantee of due process, which most legitimate opinions interpret as meaning that a Court procedure should be held before any limitation of network access may take place.

Also according to revelations by the Electronic Frontiers Foundation<sup>35</sup>, Music, Movies, TV and Broadband leaders have teamed up to put an end to

34 Available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:En:PDF>, [accessed 25.02.2014].

35 Available at <https://www.eff.org/deeplinks/2011/07/content-industry-and-isps-announce-common>, [accessed 25.02.2014].

copyright infringement, announcing a new common framework for what they have baptized “*Copyright Alerts*”, which is “*a state-of-the art system, very similar to a credit card fraud alert designed to inform, but also educate and formally notify internet subscribers when their internet accounts are being used (possibly by someone else) for online content theft. The system is entirely voluntary, and it is expected to benefit consumers of internet services, as well as copyright holders alike. It aims at providing a “common framework” for NTD procedures, based on the market “best practices”, and it not only alerts subscribers to possible infringement as it promotes access to legal online content services.*”

The system EFF defends is compatible with some technical measures, although before the blocking of network access, there are a number of procedures to be taken. It seems to us that some of the existing best practices in terms of Notice and Action (NA) procedures should be embraced by the EU and implemented in a harmonized way in order to provide for further certainty in fighting piracy.

Based on the evidence gathered, namely in France (HADOPI), we may clearly conclude that any legal system which is based, for example, on the sole competence of administrative authorities or in the interested parties themselves (rightholders) to ensure that ISPs fulfil their obligations in terms of NA, instead of waiting for the results of a regular Court trial, where procedural guarantees of due procedure are stronger, will always remain highly questionable, even if strongly anchored in self-regulation Codes.

Courts are presumably the only possible guarantee of impartiality and higher sense of justice. However, the internet community has expressed its utmost lack of sympathy for some legal proposals or solutions which convene the Court’s authority to the settling of infringement situations<sup>36</sup>, despite the fact that procedural guarantees are also effective. And it is also quite unrealistic to suppose that, with the tremendous amount of copyrighted works being pirated and other illegitimate or illegal materials being uploaded each minute, and the growing number of rightholders which are progressively becoming aware of IP theft, Courts will be prepared to act on time, simultaneously punishing and preventing new infringement actions.

This being the case, the second best solution would be to have a streamlined NA procedure performed by an independent administrative authority, subject

---

36 A reference to those projects which didn’t succeed in the conflict between antipiracy and Basic Human Rights, such as the treaty known as “ACTA”, and, at US level, “COICA”, “PIPA” and “SOPA” Acts.

to a summary judgment based on preliminary evidence submitted in writing by each interested Party, thus being contradictory by nature, followed by an urgent jurisdictional appeal, where a Court is asked to validate the decision the administrative entity took. ISPs are required to fully cooperate with rights holders in both stages, under the penalty of being held responsible in the place of direct infringers, not for the information transmitted, but for failure to fulfil their own obligations.

The benchmark for this may be the U.K. DEA, which seems to provide a reasonable framework in its section “*Online infringement of copyright obligations of internet service providers*”, because it seems to be assorted by the most careful provisions to protect internet freedom and has already been crosschecked for compatibility with most of the EU legal framework.

It is, of course, highly recommendable that all NTD procedures are adopted by the Courts and that only the Courts are awarded the legal competence to, ultimately, block access to the Internet, after a number of written warnings (the so called «cease and desist letters»).

This is the case, for example, of the recent modification introduced in the Irish Statutory Provisions<sup>37</sup> and one of the subjects for adaptation of the HADOPI Law, in France, to the Constitutional Court demands.

In terms of ISP cooperation, and assuming there must be a harsh legal framework to impose it, we believe the above described framework allows some reasonable operating margin for demanding ISPs more compliance with the need to prevent continuing copyright infringement, based on the reasonable degree of knowledge stemming out of specific notifications. As we tried to demonstrate, there seems to be a clear legal basis for Member States to implement specific prevention mechanisms, once duly informed of copyright protected works which have been found in websites infringing copyrights. This is not the same as general monitoring obligations, and does not imply the need to make heavy investments in acknowledgement technology or the need to implement overburdened infrastructure modifications.

National legislators have the legal possibility of establishing a framework for indirect liability, namely vicarious and contributory liability, based on financial profit and control, but always based upon knowledge of specific infringement actions of which ISPs are duly notified by rights holders or of circumstances leading to such awareness.

---

37 Available at <http://www.irishstatutebook.ie/pdf/2011/en.si.2011.0337.pdf> [accessed 25.02.2014].

Secondly, national legislators are allowed to increase the level of administrative or cooperation duties impending upon ISPs, namely information and copyright awareness obligations, which can lead to ISP liability, in case of lack of compliance: this will never be regarded as being the same as holding ISPs liable for direct copyright infringement: this liability is for their own duties, not “*for the information transmitted*”.

Finally, rights holders should continue to join efforts, as they have already done in so many examples described herein, and work together in the creation of an all-encompassing clearing website, aimed at providing licenses for the use of copyright protected works, and heavily promoted by ISPs in the course of their information duties towards subscribers, where the payment unit would be the “click”, a unit which would certainly arise the interest of regular internet advertisers: each “click” would direct copyright license seekers to an advertising webpage, and would consequently mean one page view, which would be economically meaningful for the advertising industry, thus solving the licensing problem without the users having to spend one single cent.

Accurate and expedite Notice and Action procedures seem, in any case, to represent one possible solution, since they rely on the rightholders to take the initiative of notifying ISPs, but require that ISPs are legally or voluntarily determined to give them suit.

The Injunction mechanism of art 8(3) of the Copyright Directive/ art.11 of the Enforcement Directive is only able to provide temporary solutions, even though immediate, to prevent further infringement, but doesn't extend to the compensation of damages.

Implementing a legal framework where ISPs are strongly burdened with accessory obligations measured only by the risk generated by its activities, and steering up liability as “Disturbers” in case of failure to adopt such measures, may also be a way forward, but it is also not encompassing of an obligation to compensate for damages.

It seems, therefore, to be an undoubted conclusion that at least, some of these constructions, if not all, must be accepted by the ECJ, unless Europe wants to plunge into a situation where legal limits do not adjust to the constantly changing reality, on account of being too strictly interpreted and applied, allowing the EU to become a paradise for internet piracy.



**BIBLIOGRAPHY**

FARANO, Béatrice Martinet

2012 *TTLF Working Papers N.° 14 Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches*, available at <http://www.law.stanford.edu/publications/internet-intermediaries-liability-for-copyright-and-trademark-infringement-reconciling-the-eu-and-us-approaches> [accessed 24.02.2014]

GUIBAULT, Lucie *et alie*

2007 *IVR Study on the implementation and effect in member states' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, Final Report, February 2007, available at [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/infosoc-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study_en.pdf) [accessed 20.01.2014].

Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet 2012/2013 *Rapport d'activité*

LESCURE, Pierre

2012 *Mission « Acte II de l'exception culturelle » Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique, Tome 1*

McLUHAN, Marshall

1962 *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, Toronto, University of Toronto Press.

2013 *Understanding Media*, Gingko Press, Berkeley.

VERBIEST, Thibault, *et alie*

2007 *Study on the liability of Internet Intermediaries, A. Introduction B Recommendations C General trends in EU*, available at [http://ec.europa.eu/internal\\_market/ecommerce/docs/study/liability/final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/ecommerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf) [accessed 20.01.2014].

**TABLE OF LEGAL PROVISIONS**

Directive 95/46/EC of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (“Data Protection Directive” or “DPD”).

Directive 2000/31/EC of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (“Electronic Commerce Directive” or “ECD”).

Directive 2001/29/EC of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (“Copyright Directive”).

Directive 2002/20/EC of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services, as amended by Directive 2009/140/EC, (“Authorisation Directive” or “AD”)

Directive 2002/22/EC on universal service and users’ rights relating to electronic communications networks and services, as amended by Directive 2009/136/EC (“Citizens’ Rights Directive”)

Directive 2002/58/EC of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (“the Privacy and Electronic Communications Directive” or “PECD”).

Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (“Enforcement Directive” or “ED”).

Directive 2006/24/EC of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC (Data Retention Directive or “DRD”).

## TABLE OF CASES

### European Court of Justice:

C-275/06	29.01.2008	Productores de Musica (Promusicae) v. Telefónica
C- 557/07	19.02.2009	LSG – GWL v. Tele 2
C-236/08	23.03.2010	GOOGLE FRANCE v. LOUIS VUITTON MALLETIER
C-324/09	12.07.2011	l’ORÉAL <i>et alie</i> v. eBAY INTERNATIONAL
C-70/10	24.11.2011	Scarlet Extended + Ispa v. Sabam + Bea Video/Music
C-360/10	16.02.2012	SABAM v. NETLOG
C-461/10	19.04.2012	Bonnier Audio <i>et alie</i> v. Perfect Communication Sweden
C-314/12	26.11.2013	UPC-Telekabel Wien v. Constantin Films + Wega

### France:

TGI Paris civile 3	06/11874	19.10.2007	Zadig Production v. Google Inc.
TGI Paris civile 3	05/07148	05.02.2008	SNE, Dargaud, Lucky v. FREE
TGI Paris civile 3	07 / 02914	03.06.2008	Jean-Yves X v. OVH
TGI Paris civile 3	08/01375	15.04.2008	Omar X + Fred Y v. Daily Motion
TGI Paris	08/01371	15.04.2008	Jean-Yves X. <i>et alie</i> v. Daily Motion, <i>et alie</i>

Cassation civile	07-12244	19.06.2008	assoc. v. OLM LLC, The Planet.com
Cassation comm.	07-14979	21.10.2008	Hôtels Méridien v. Sedo
Cassation comm.	08-11672	05.05.2009	DWC v. eBay France and eBay Europe
Cassation civile	06-18855	14.01.2010	Dargaud Lombard+ Lucky Comics v. Tiscali
Cassation crim.	09-80787	23.03.2010	SEVN, SPFF <i>et alie</i> v. Cyril X
Cour d'Appel Paris		26.03.2010	YouTube v. Magdane + Matex Productions
Cassation civile	08-13944	13.07.2010	GIFAM v. Google France
Cassation civile	06-20230	13.07.2010	Louis Vouitton Mallettier v. Google France
Cour d'Appel Paris	09/12236	13.10.2010	Daily Motion v. Roland Magdane + Matex
Cassation comm.	07-19543	23.11.2010	AXA, Avansur et Direct Assurances v. Google
Cassation crim.	09-83072	11.01.2011	Galatée films, Pathé prod. <i>et alie</i> v. AOL
Cassation civile	09-67.896	17.02.2011	Daily Motion v. UGC Image
Cour de Cassation	09-13.202	17.02.2011	Kylie X + Olivier Y v. Bloobox-net
TGI Paris civile 3	09-08485	28.04.2011	YouTube v. SPPF
Cassation- comm.	11-10507	03.05.2012	Christian Dior v. eBay
Cassation comm.	11-10505	03.05.2012	Louis Vouitton Mallettier v. eBay
Cour d'Appel Paris	10-12711	09.05.2012	Dailymotion v. SARL 120 Films et alie
TGI Paris civile3	10-11205	29.05.2012	TF1, LCI et alie v. YouTube
Cassation civile	11-13666	12.07.2012	Bac films et The factory v. Google France
Cassation civile	11-20358	12.07.2012	SNEP v. Google France
Cassation civile	11-15165 11-15188	12.07.2012	H&K v. Google France
Cassation civile	11-15165/ 15188	12.07.2012	(Google Images)
Cassation civile	11-13669	12.07.2012	Bac films + The factory v. Google France

Cassation crim.	11-84224	25.09.2012	Jean -Louis X, Benoît X v. Mubility
Cassation civile	11-18110	25.09.2012	Auto IES v. Google
Cassation civile	11-20480	31.10.2012	Société Métropole Télévision v. SBDS
Cassation civile	11 - 21011 11-24713	29.01.2013	Cobrason v. Google France
Cassation civile	12-12798	19.02.2013	Pierre X v. Google France
Cassation comm.	12-12900	13.04.2013	E-Kanopi v. Google France
Cassation civile	12-17591	19.06.2013	Lyonnaise de garantie v. Google France
TGI Paris civile	11/60013	28.11.2013	APC, FNDF v. FT, Yahoo, Google, <i>et alie.</i>

**Germany:**

BGH	Az IZR304/01	11.03.2004	Ricardo - Internet I
OLG Hamburg	5 U 78/05	08.02.2006	Cybersky
BGH	Az.1-ZR 35/04	19.04.2007	Ebay – Internet II
BGH	Az IZR18/04	12.07.2007	E Bay – dangerous content for minors
OLG Köln	6 U 86/07	21.09.2007	Rapidshare I
OLG Düsseldorf	Az I-20 L95/07	15.01.2008	Usenet
LG Düsseldorf	Az 12 O 246/07	23.01.2008	GEMA v. Rapidshare
BGH	Az I ZR 73/05	30.04.2008	E Bay – Internet III
OLG Hamburg	Az 5U 73/07	02.07.2008	Rapidshare
LG Hamburg	Az 308 O 548/08	12.11.2008	Deutsche Telecom
OLG Hamburg	Az 5U 113/07	14.01.2009	Usenet
BGH	Az IR 57/07	15.01.2009	Cybersky
OLG Hamburg	Az 5 U 255/07	28.01.2009	Alphaload
BGH	Az I ZR 114/06	11.03.2009	Halzband (Cartier-type jewelry)
LG Hamburg	308 O 660/08	08.04.2009	WB, Universal v. ZATOO
LG Hamburg	Az310 O 93/08	02.06.2009	GEMA v. Rapidshare
OLG Hamburg	Az 5U 111/08	30.09.2009	GEMA v. Rapidshare
LGt Hamburg	Az 308 O 640/08	12.03.2010	GEMA v. Telco
BGH	Az I ZR 121/08	12.05.2010	Summer of our lives
OLG Düsseldorf	Az.1-20 U 8/10	06.07.2010	Rapidshare - Capelight II
LG Frankfurt	Az 2-06 S 19/09	18.08.2010	Hotel

LG Hamburg	Az. 310 O433/10	25.11.2010	Cibercafé
BGH	Az. I ZR 57/09	17.08.2011	Perfume Pen
OLG München	Az 29 U 3496/11	17.11.2011	YouTube
OLG Hamburg	Az 5 U 87/09	14.03.2012	GEMA v. Rapidshare
BGH	Az I ZR 18/11	12.07.2012	Rapidshare "Alone in the Dark"
BGH	Az. I ZR 80/12	15.08.2013	GEMA v. Rapidshare

**United Kingdom:**

High Court of Justice	HC07C01978	22.05.2009	l'ORÉAL <i>et alie</i> v. eBay
High Court of Justice	HC08C03346	29.03.2010	Fox <i>et alie</i> , vs NEWSBIN
High Court of Justice	CO/7354/2010	20.04.2011	BT+ Talk Talk v. SS for Business (...)
High Court of Justice	HC10C04385	28.07.2011	Fox <i>et alie</i> vs BT
High Court of Justice	HC11C04518	20.02.2012	Dramatico Ent.t <i>et alie</i> v. BSkyB <i>et alie</i>
Court of Appeals	C1/2011/1437	06.03.2012	BT+ Talk Talk v. SS for Culture
Court of Appeals	A2/2012/0691	14.02.2013	Payam Tamiz v. Google Inc
High Court of Justice	EWHC379 (Ch	28.02.2013	EMI <i>et alie</i> v. BSkyB <i>et alie</i>

**Ireland:**

High Court of Justice	2009 5472 P	10.11.2010	EMI v UPC
-----------------------	-------------	------------	-----------



# A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA *DARK WEB*<sup>1</sup>

*David Silva Ramalho*

**ABSTRACT:** *The rise of technologies aimed at guaranteeing a satisfactory level of anonymity in Web browsing brought forth a type of software which allows Internet users to reach the Deep Web. The advantages of these tools were quickly spotted by cybercriminals and used for malicious purposes in the Dark Web. The present study intends to explain the origins and concept of the Dark Web, as well as to analyse the effectiveness of the legal mechanisms provided by Portuguese Law to respond to these new challenges and ultimately to present some tools which may be useful to counter this type of cybercrime.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I – A *Deep Web* e a *Dark Web*. 1. A *Deep Web* e a *Surface Web*. 2. A navegação na *Deep Web*. 2.1. *Freenet*. 2.2. *The Onion Router (Tor)*. 3. A incursão da cibercriminalidade na *Deep Web*: a *Dark Web* e as *Darknets*. 4. As *bitcoins*. II – A recolha de prova na *Dark Web*. 1. A obtenção de dados informáticos armazenados num sistema informático. 1.1. A revelação expedita de dados de tráfego. 1.2. A injeção para apresentação ou concessão do acesso a dados. 1.3. A apreensão de dados informáticos. 1.3.1. O acesso a dados informáticos publicamente acessíveis. 2. A interceção de comunicações. 3. As ações encobertas em ambiente digital. III – Novos contributos da Ciência Forense Digital e seu enquadramento processual penal. 1. A identificação do suspeito na *Dark Web*. 1.1. Análise textual do suspeito na *Dark Web*. 1.2. Os ataques de *fingerprinting*. 1.3. O recurso a *malware* e a *hyperlink sting operations*. 2. Análise de dados informáticos apreendidos na *Dark Web*. 2.1. O uso de *metadata*. 2.2. *PhotoDNA*. Conclusões.

## INTRODUÇÃO

Nas primeiras horas do dia 14 de outubro de 2011, o grupo “hacktivista”<sup>2</sup> autointitulado *Anonymous*<sup>3</sup> deu início a um ataque informático, a que chamou

---

1 O trabalho que ora se apresenta corresponde fundamentalmente ao relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2011/2012, no âmbito da disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, e encontra-se atualizado com elementos factuais e bibliográficos até Outubro de 2012.

2 O termo hacktivism (que resulta da fusão dos termos hacking e activism), apesar de ter sido cunhado em 1996 pelo grupo Cult of the Dead Cow, apenas veio a popularizar-se na segunda metade da primeira década de 2000, tendo vindo a ganhar especial destaque na comunicação social, por via dos ataques

Operação *Darknet*, direcionado ao fornecedor de serviços *Freedom Hosting*, com os propósitos concretizados de tornar inoperacionais cerca de 40 *websites* dedicados à difusão de pornografia infantil – entre os quais o *website Lolita City*, cujo conteúdo se estimava rondar os 100 *Gigabytes*<sup>4</sup> – e de divulgar os *usernames* de vários dos seus utilizadores<sup>5</sup>.

Com a informação obtida naquele primeiro ataque<sup>6</sup>, os *Anonymous* iniciaram uma investigação privada que consistiu, em grande medida, na pesquisa, em motores de busca, redes sociais e outros *websites* de caráter e conteúdo lícitos, de *usernames* idênticos aos extraídos dos *websites* alojados no *Freedom Hosting*, de modo a aferir se, em ambos os casos, o utilizador era o mesmo.

Com base na informação recolhida, os *Anonymous* anunciaram, no dia 19 de maio de 2012, a conclusão da operação *Darknet V2*, publicando uma lista com informação pessoal dos utilizadores dos *websites* pedo-pornográficos<sup>7</sup> atacados na primeira versão daquela Operação, designadamente o seu nome, profissão, localização, idade, tipo de equipamento informático com que acediam à Internet, preferências de jogos *online*, endereço IP<sup>8</sup> e/ou endereço de correio eletrónico.

---

informáticos perpetrados pelos conhecidos grupos *Anonymous* e *LulzSec*. Apesar de o significado do termo não ser unânime, diríamos que o *hacktivism* consiste no ato de manifestação política/ideológica ocorrida em ambiente digital com recurso a meios técnicos de informática, traduzida no exercício da ação direta, isolada ou concertada, sobre alvos percecionados como, pelo menos parcialmente, responsáveis por uma conduta ou pela criação de um estado de coisas tido como errado, injusto ou imoral à luz das crenças, ideologia ou padrões de moralidade e idoneidade do agente ou do conjunto de agentes participantes. 3 Para uma análise mais detalhada do fenómeno do *hacktivism*, em particular no que concerne ao grupo *Anonymous*, Hampson, 2012: 511-542. Para uma abordagem mais crítica e com especial incidência no fenómeno do *hacktivism* no panorama português, Esteves, 2012: 45-47.

4 Para visualizar os *printscreens* do fórum *Lolita City* divulgados pelos *Anonymous* com os relatos feitos por alguns dos utilizadores daquele *website* acerca das suas atividades sexuais com menores (cujo teor, advertimos desde já, é altamente gráfico e obsceno), Chen, 2011.

5 Para aceder aos 1589 *usernames* divulgados no âmbito desta operação, cf. «*#OpDarknet – Lolita City user dump*», disponível em: <<http://pastebin.com/88Lzs1XR>> [consultado em: 03.06.2012].

6 Para uma informação mais detalhada do procedimento utilizado para obter a informação pretendida no primeiro ataque, cf. <http://pastebin.com/hquN9kg5> [consultado em: 14.09.2012].

7 A referida lista encontra-se disponível em <<http://pastehtml.com/view/bykt95v1j.html>> [consultado em: 03.06.2012].

8 O endereço IP é um código de identificação numérico designado a cada aparelho ligado a uma rede de comunicações eletrónicas num dado momento, comparável a uma morada ou a um número de telefone. Em abstrato, tendo conhecimento do endereço IP e do momento exato em que a ligação à rede foi estabelecida, torna-se possível a um fornecedor de serviço descobrir os dados pessoais do indivíduo que subscreveu o contrato de prestação de serviços que permitiu o acesso à Internet através daquele local. Os endereços IP podem ser estáticos – isto é, manualmente designados a um dispositivo de forma permanente pelo administrador – ou dinâmicos – isto é, atribuídos quer por via do *software*, quer por via de um servidor, designadamente no momento de cada conexão. É este último o que se verifica com mais frequência. – cf. Vaciago, 2012a: 32, 36-37.



O que distingue a Operação *Darknet* (em particular a sua primeira versão) dos restantes ataques informáticos e a torna de especial interesse para o presente estudo é precisamente o facto de ter visado uma área da Internet até então relativamente desconhecida: a *Dark Web*. Um lado da *Web* dedicado à cibercriminalidade, no qual a deteção dos utilizadores se revela potencialmente inviável e cujo acesso é, em geral, limitado àqueles que instalam um *software* específico, como o *Freenet*, o *The Onion Router* ou o I2P<sup>9</sup>.

Com a incursão da cibercriminalidade num domínio mais profundo da Internet, no qual a navegação é livre, tendencialmente anónima, cifrada e potencialmente indetetável, multiplicam-se os desafios que a investigação criminal já encontra no domínio da Internet. É neste contexto que nos propomos explicar e analisar o fenómeno da *Dark Web*, procurando identificar os principais problemas que aí se suscitam no âmbito da recolha de prova penal digital, analisando-os do ponto de vista do direito constituído e procurando apresentar alguns meios de resposta que, embora muito longe de serem infalíveis, podem representar um meio apto a reduzir as cifras negras que se verificam neste tipo de criminalidade.

Cumpre, porém, deixar, desde já, a advertência de que, face à escassa atenção que esta matéria tem recebido por parte da doutrina e à inexistência de unanimidade quanto aos conceitos que adiante se tratarão, a terminologia aqui adotada resulta de certas opções metodológicas que, não sendo destituídas de controvérsia, se afiguram adequadas a delimitar adequadamente as realidades em apreço e a minorar as sobreposições conceituais.

## I. A *DEEP WEB* E A *DARK WEB*

### 1. A *Deep Web* e a *Surface Web*

Para uma correta compreensão do fenómeno da *Dark Web*, é necessário começar por distinguir e definir os conceitos de *Surface Web* e de *Deep Web*, também conhecida como *Invisible Web* ou *Hidden Web*<sup>10</sup>.

A *Surface Web* pode ser definida como a parte da Internet que é geralmente acessível através dos motores de busca, como sejam o *Google*, o *Bing* ou o *Yahoo!*,

9 Não nos debruçaremos sobre o programa I2P – também chamado de *Invisible Internet Project* – no âmbito do presente trabalho por o mesmo não trazer especificidades práticas de relevo e por a sua utilização ser significativamente menos comum.

10 A terminologia foi inicialmente introduzida por Michael K. Bergman, embora, segundo este autor, tenha sido Jill Ellsworth quem, em 1994, cunhou o termo *Invisible Web*, Bergman, 2001: 1-17.

isto é, será o conjunto de páginas detetadas e escolhidas pelos motores de busca para integrarem os resultados de uma pesquisa<sup>11</sup>. Por outro lado, a *Deep Web* será aquela área da Internet que não é acessível através dos motores de busca e que é composta, entre outras, por páginas que poderão ter sido propositadamente excluídas dos resultados de pesquisas efetuadas em motores de busca<sup>12</sup>; por páginas cifradas ou cujo acesso depende da introdução de uma palavra-passe, como *webmails* ou páginas de *Instant Messaging*, por páginas para as quais nenhum *link* exterior remete (e que, portanto, não são detetadas pelos *crawlers*<sup>13</sup> dos motores de busca), bem como por páginas geradas de forma dinâmica<sup>14</sup> ou simplesmente invisíveis para um motor de busca, designadamente por serem compostas por ficheiros em formato *script* (como *JavaScript* ou *Flash*) ou em formato não-HTML (alguns ficheiros PDF<sup>15</sup>, imagens, etc.).

Apesar de inexistirem dados recentes que permitam, com algum rigor, conhecer a exata e atual dimensão de ambas as *Webs*, sabemos que, em 2001, a *Deep Web* tinha uma dimensão que se estimava ser entre 400 a 550 vezes superior à da *Surface Web*<sup>16</sup> (sem contar com *webmails* e *Instant Messaging*) e continuava a crescer a um ritmo superior a esta. Embora parte desse conteúdo seja absolutamente irrelevante, a verdade é que uma grande parte da *Deep Web* é

---

11 He et al., 2007: 94-101.

12 Para uma explicação sintética do funcionamento dos motores de busca, cf. Sherman & Price, 2007: 282-298.

13 Os *crawlers* são, em síntese, programas informáticos que visam detetar e analisar um conjunto de páginas da Internet e cujo funcionamento se traduz na procura automatizada de *links*, em cada página analisada, que remetam para outras páginas, de modo a que, por via da repetição deste processo, se indexe o maior número possível de páginas interligadas. A repetição deste procedimento por várias páginas da Internet permitirá indexá-las aos motores de busca e torná-las acessíveis no âmbito de uma pesquisa aí efetuada. Existem, contudo, várias especificidades que cada motor de busca pode dar aos seus *crawlers* de modo a que certas páginas apareçam antes de outras ou a que certas páginas não apareçam de todo, Najork, 2009: 3462.

14 As páginas da Internet geradas de forma dinâmica são aquelas que são geradas no momento do acesso por parte do utilizador ou que se modificam em consequência da interação com o utilizador. Por exemplo, as páginas geradas no âmbito de uma pesquisa de um catálogo de uma biblioteca *online* e que surgem apenas para dar resposta aos critérios de pesquisa introduzidos pelo utilizador. Em 2003 estimava-se que haveria 100 vezes mais páginas dinâmicas do que as chamadas páginas estáticas, Handschuh, Volz & Staab, 2009: 42.

15 Embora o Google já consiga, em grande parte dos casos, indexar às suas pesquisas o conteúdo de alguns ficheiros PDF, Casey, 2011: 688.

16 Bergman, 2001: 1.

também composta por bases de dados de valor significativo<sup>17</sup> e por outros acervos de informação que, propositadamente ou não, são *invisíveis* ao utilizador comum no âmbito das suas pesquisas. Em face do valor que certa informação aí contida poderá revestir, têm vindo a ser empreendidos esforços cada vez maiores no sentido de desenvolver mecanismos de penetração e pesquisa na *Deep Web*<sup>18</sup>, bem como de indexação de várias das suas páginas na *Surface Web*<sup>19</sup>.

## 2. A navegação na *Deep Web*

### 2.1. *Freenet*

Em 1999, Ian Clarke, um estudante irlandês na área da Inteligência Artificial e Ciência Computacional da Universidade de Edimburgo, concluiu o relatório final do seu curso dedicado ao tema «*A Distributed, Decentralised Information Storage and Retrieval System*»<sup>20</sup>, no qual apresentou um novo método de navegação *online*, executável apenas através da instalação de um *software* específico que permitia ao seu utilizador uma navegação totalmente anónima numa área invisível da Internet<sup>21</sup>.

O objetivo de Clarke era o de evitar que a Internet pudesse ser utilizada como instrumento para a monitorização das vidas dos cidadãos<sup>22</sup>. E pretendia fazê-lo através da eliminação do rasto que liga a informação disponibilizada na

17 Incluindo bases de dados de natureza académica nas quais se pode aceder livremente a artigos, dissertações, relatórios, livros e outro tipo de dados, Lewandowski & Mayr, 2006: 530-531. De acordo com dados recentes, estima-se que existam mais de mil milhões de páginas com dados estruturados de relevo, Cafarella, Halevy & Madhavan, 2011: 73.

18 Atente-se, nesta matéria, na atividade desenvolvida pela equipa liderada por Juliana Freire, da Universidade do Utah, que tem como objetivo pesquisar e obter a informação relevante contida em bases de dados da *Deep Web*: Freire/Barbosa, 2010: 145-146.

19 Veja-se, a este respeito, a abordagem da Google na sua tentativa de indexar algumas fontes da *deep Web* à *Surface Web*, Madhavan et al., 2008: 1241-1252 – embora a mesma tenha sido já criticada, ainda que muito brevemente, pela sua alegada ineficiência, por Dong & Li, 2012: 973.

20 Clarke, 1999: 1-45.

21 Um trabalho que, apesar de inovador, apenas lhe granjeou a classificação de “B” por o júri ter entendido que o autor não citou suficiente bibliografia. Acerca da origem e evolução do *Freenet*, v. Beckett, 2009 e a resposta de Clarke: 2009.

22 Curiosamente, cerca de dois anos mais tarde ocorreram dois eventos que viriam a dar particular relevância a esta pretensão: o primeiro foi o reconhecimento público, por parte do Parlamento Europeu, da existência de um sistema norte-americano de interceção de comunicações privadas e comerciais – v. relatório sobre a existência de um sistema global de interceção de comunicações privadas e económicas (sistema de interceção “ECHELON”) (2001/2098 (INI)); o segundo foi a assinatura, por parte do Presidente dos Estados Unidos da América, George W. Bush, do USA PATRIOT Act, através do qual passou a permitir-se, precisamente, uma mais fácil monitorização da navegação na Internet.

Internet ao seu autor, assim permitindo o exercício da liberdade de expressão sem receio de qualquer tipo de repressão ou censura.

Após a defesa do seu trabalho, Clarke disponibilizou gratuitamente o *software* por si criado na Internet, batizando-o de *Freenet*, e convidou voluntários para ajudarem à sua implementação e difusão. Assim foi criado o *Freenet Project*, um projeto que visa permitir a comunicação livre e anónima e o acesso irrestrito à informação e ao conhecimento em qualquer área do globo.

Doze anos volvidos desde a sua divulgação inicial e já foram feitos mais de dois milhões de *downloads* do programa *Freenet*, incluindo em países com fortes restrições à liberdade de expressão, nos quais este *software* – não obstante, em certos casos, tenha sido bloqueado – tem sido difundido entre utilizadores e aproveitado como meio de divulgação de material censurado.

A vantagem do sistema desenvolvido por Clarke reside no facto de a informação ser armazenada de forma distribuída, descentralizada e em constante movimento, à medida dos acessos e da necessidade que os utilizadores manifestam em relação a certo tipo de dados. Esta configuração permite que qualquer entidade pública que pretenda bloquear ou apreender os dados informáticos acessíveis através do *Freenet* se veja praticamente impossibilitada de conhecer o local onde os mesmos se encontram armazenados, bem como a origem dos acessos a esses mesmos dados.

A ideia de armazenamento distribuído e descentralizado sobre a qual assenta o *Freenet* depende da existência de um conjunto de voluntários (os chamados *nodes* ou *nódulos*<sup>23</sup>) que, com a instalação do *software*, passam a contribuir para a rede através da cedência de alguma da sua largura de banda e de espaço no seu disco rígido<sup>24</sup>. Essa largura de banda será utilizada para promover o funcionamento da rede *Freenet* e o espaço de armazenamento será utilizado para armazenar pedaços da informação e ficheiros colocados na rede *Freenet* pelos vários utilizadores<sup>25</sup>.

O facto de estes dados serem armazenados no computador de cada um dos utilizadores de forma cifrada<sup>26</sup> impede que o acesso direto aos mesmos

---

23 O termo significa, em traços gerais, um ponto de conexão, de redistribuição ou de chegada de uma transmissão de dados.

24 O valor mínimo do espaço a ser disponibilizado varia na medida do espaço de armazenamento de cada disco rígido.

25 Clarke et al., 2002: 40-44.

26 Quanto à eficácia da cifragem para impedir o acesso aos dados protegidos, refere Vaciago que “[é], na realidade, totalmente inútil tentar prever quanto tempo demoraria a desbloquear dados protegidos por

(leia-se, a abertura da pasta no computador e pesquisa nos ficheiros armazenados) permita apreender o seu conteúdo. Este mecanismo de cifragem serve fundamentalmente para permitir aos utilizadores do *software* negar conhecimento do material que o *Freenet* colocou no seu computador<sup>27</sup>. Isto significa, por um lado, que o utilizador não terá qualquer conhecimento ou controlo sobre os ficheiros armazenados no seu computador e, por outro, que o teor eventualmente ilícito dos mesmos à partida não implicará qualquer responsabilidade criminal para quem os tiver armazenados no espaço cedido ao sistema *Freenet*.

Para permitir uma maior acessibilidade do conteúdo aos vários utilizadores, os ficheiros disponibilizados no *Freenet* são cifrados, repartidos e distribuídos por vários nódulos e acedidos como se de um normal programa de *peer-to-peer* se tratasse. Portanto, a rede *Freenet* não tem um servidor centralizado no qual se encontram armazenados os dados, mas antes se encontra distribuída pelos vários utilizadores deste *software* que cedem o seu espaço de armazenamento.

O *Freenet* pode funcionar, essencialmente, de dois modos distintos: o modo *Opennet* e o modo *Darknet*, consoante a rede seja composta por toda a base de utilizadores ou apenas por alguns utilizadores que escolheram restringir o acesso à informação ou ficheiros partilhados a um grupo restrito.

Com o desenvolvimento deste programa, Ian Clarke permitiu um processo mais fácil de criação, navegação e difusão de *websites*, *chats* e fóruns, bem como de armazenamento de ficheiros e informações na *Deep Web*. Fê-lo, contudo, criando uma rede autónoma própria dentro da *Deep Web*, invisível a quem não tenha o *software Freenet*, e que permite aos seus utilizadores, de forma anónima, trocarem informações sem correrem o risco de deteção<sup>28</sup>.

---

*palavra-passe uma vez que, dependendo do tipo de chave de cifragem e de software de decifragem utilizado, o tempo envolvido poderia variar entre uns segundos até muitos milhares de anos. Uma palavra-passe de 20-bit, por exemplo, permite um milhão de combinações possíveis, sendo que um computador portátil normal com uma capacidade de processamento de cerca de um milhão de computações por segundo, poderia muito bem descobrir a chave de cifragem em menos de um segundo. Contudo, ao mesmo computador demoraria cerca de 2285 anos a desbloquear dados protegidos por uma palavra-passe de 56-bit. Para se ter uma ideia da complexidade da tarefa em termos práticos, temos de considerar o PGP (Pretty Good Privacy), o programa de cifragem mais popular no mercado hoje, que usa uma chave de cifragem de 1024-bit."* (tradução nossa) – Vaciago, 2012a: 123.

27 Quayle, 2009: 250.

28 Para uma explicação do processo técnico utilizado pelo programa *Freenet* na transmissão de comunicações, Clarke et al., 2001a.

## 2.2. *The Onion Router (Tor)*

Pouco tempo depois da disponibilização ao público da primeira versão do *Freenet* foi divulgado, no âmbito do 13<sup>th</sup> *USENIX Security Symposium* de 2004, um novo *software* com uma finalidade semelhante, apresentado como *Tor: The Second-Generation Onion Router*<sup>29</sup>.

Tratava-se de uma nova e aperfeiçoada geração de *onion routing*, uma tecnologia surgida no final da década de noventa, desenvolvida pela Marinha norte-americana, cujo propósito era o de permitir a comunicação anónima e em rede entre os seus utilizadores através do envio de mensagens cifradas entre vários pontos de conexão até um destinatário final. O sistema de *roteamento* assim previsto fora concebido de modo a inviabilizar a interceção da comunicação e o conhecimento do seu conteúdo, origem e destinatário por terceiros não autorizados<sup>30</sup>, introduzindo, para tal, pontos intermédios na transmissão, através dos quais a comunicação será enviada sob diferentes camadas de cifragem<sup>31</sup>. Em concreto, quando, numa rede de *onion routing*, os dados são transmitidos para qualquer dos seus elos de ligação, este apenas conseguirá decifrar a informação que lhe permitirá saber qual o próximo elo para onde a comunicação deverá ser enviada, mas não qual o trajeto que a comunicação fez desde a sua origem nem aquele que fará até chegar ao seu destinatário<sup>32</sup> – exceto nos casos em que o elo em causa recebe diretamente a comunicação de um desses pontos.

A proclamada nova geração de *onion routing*, subsequentemente promovida através do Projecto *Tor*<sup>33</sup>, visava universalizar o acesso a esta tecnologia e, com

29 Dingleline, Mathewson & Syverson, 2004: 303-320.

30 Weber & Heinrich, 2012: 17.

31 Aliás, o nome *Onion Routing*, por vezes traduzido para a língua portuguesa na infeliz expressão “roteamento cebola”, advém precisamente do facto de as comunicações trocadas na rede *Tor* partirem envoltas em várias camadas sobrepostas de cifragem que são progressivamente removidas à medida que a comunicação é transmitida aleatoriamente ao longo da rede de voluntários.

32 Patil & Lingam, 2012: 31-37, começam por explicar o conceito de comunicação em *Onion Routing* do seguinte modo: «Imagine standing in a large, crowded room and you are handed a brown paper cylinder with your name on it. The person who hands it to you tells you to peel the paper with your name on it off of the cylinder to expose a new layer with a new name on it –your task is to deliver the cylinder to the person named, tell him to peel that layer of paper off and pass it on to the next person named and tell him to do the same. This goes on until the very center of the cylinder is handed off to the person to whom it is addressed. The idea is that the center of the cylinder contains a message sent to the final recipient by the very first person to hand the cylinder off. But, because the cylinder travelled through so many hands, and along a random path through the crowd, anyone observing the receipt of the final message (or any of the hand-offs at any point along the way, for that matter) has no idea where it came from originally; he or she only saw the final hand-off in a relay of handoffs.»

33 Inicialmente o termo *Tor* surgiu como uma sigla para *The Onion Router*, embora posteriormente e por vontade expressa do *Tor Project*, tenha passado a ser concebido como uma só palavra.

ela, à semelhança do *Freenet*<sup>34</sup>, permitir aos seus utilizadores uma navegação livre, segura e anónima na Internet<sup>35</sup>.

O funcionamento do *Tor*, enquanto programa de *Onion Routing* pode resumir-se do seguinte modo: os seus utilizadores formam uma rede na qual alguns dos mesmos funcionam como retransmissores de comunicações. Isto significa que um dado utilizador que queira aceder a um *website* através do *Tor*, liga-se automaticamente à rede de retransmissores *Tor* e esta cria um “túnel” que transporta aleatoriamente a comunicação através da rede *Tor* até ao seu destinatário final – daí que, quanto maior o número de utilizadores, mais difícil será a identificação de cada um<sup>36</sup>. Quando a comunicação finalmente atinge o portal de saída do “túnel”, isto é, quando a comunicação parte do último retransmissor da rede *Tor* (o chamado *exit node*) para o fornecedor de serviço<sup>37</sup>, encontrar-se-á já desprovida de qualquer camada de cifragem. Adiante-se, porém, que esta remoção da cifragem da comunicação no seu trajeto final não resulta numa desproteção da comunicação e do anonimato do seu autor, uma vez que, mesmo tornando-se possível, em abstrato, nesta fase, a intercepção da comunicação e subsequente conhecimento do seu conteúdo, na prática, como veremos, a pessoa cujo sistema informático é utilizado para enviar, a final, a comunicação para o seu destinatário final (o *exit node*) será completamente alheia ao seu conteúdo e, em princípio, não terá qualquer ligação ao seu autor, pelo que, um terceiro que a intercete nesta fase não terá maneira de saber quem a enviou nem qual o trajecto que a comunicação percorreu na rede *Tor*<sup>38</sup>.

34 A principal diferença entre o *Freenet* e o *Tor* é que, enquanto aquele visa permitir a divulgação e publicação anónimas de informação, à semelhança de, como dizia Ian Clarke, “*uma biblioteca na qual as pessoas podem submeter ou retirar livros de forma anónima*”, funcionando, portanto, como um espaço de armazenamento limitado pelos seus próprios utilizadores, já o *Tor* funciona como um *browser* que permite uma navegação anónima em qualquer área da Internet, seja na *Surface Web* ou na *Deep Web*, podendo a informação acedida encontrar-se armazenada em qualquer local.

35 Uma nota apenas para ressaltar que o anonimato fornecido pelo *Tor* está dependente da cautela e das medidas tomadas pelo seu utilizador. Assim, a utilização simultânea de certas aplicações, como o *BitTorrent*, ou a configuração descuidada do *browser*, designadamente permitindo a visualização de páginas e ficheiros em formato *Flash* ou *Javascript*, poderão permitir uma mais fácil identificação do autor da comunicação.

36 Facto que poderá suscitar dúvidas quanto à verdadeira intenção dos *Anonymous* em divulgar a existência da *Dark Web* e do programa *Tor*. Na verdade, sabendo que também os *Anonymous* utilizam este programa e que também eles são procurados pelas autoridades, o aumento significativo de utilizadores do *Tor* decorrentes desta publicidade apenas os poderá beneficiar.

37 Todavia, nem todos os utilizadores do *Tor* funcionam como portais de saída (*exit nodes*) da comunicação, mas apenas aqueles que escolherem fazê-lo. Tal deve-se ao facto de, muitas vezes, os utilizadores que se tornam *exit nodes* serem interpelados (por vezes detidos) pelas autoridades para justificarem o teor das comunicações que partiram do seu computador para o servidor (por exemplo, quando alguém utiliza o *Tor* para aceder a pornografia infantil *online* e essa comunicação parte de um *exit node* determinado).

38 Para uma explicação tecnicamente mais detalhada do funcionamento dos sistemas de *onion routing* em geral, com particular incidência no programa *Tor*, Syverson, 2011: 123-137.

### 3. A incursão da cibercriminalidade na *Deep Web*: a *Dark Web* e as *Darknets*.

O crescente interesse por parte de certos setores da comunidade *online* pelo estudo e aplicação das chamadas “técnicas antiforenses” – ou simplesmente *anti-forensics*<sup>39</sup> – promoveu uma rápida difusão de programas como o *Freenet* e o *Tor*, em virtude do seu potencial para frustrar investigações criminais *online*.

Cedo, as propriedades destes *softwares*, desenhados inicialmente para salvaguardarem a liberdade de expressão e informação dos seus utilizadores, passaram a ser aproveitadas como meio para eliminar o rasto digital dos perpetradores de ilícitos *online*<sup>40</sup>. Daí que, imediatamente após a sua divulgação, o *Freenet* tenha passado a incluir várias páginas dedicadas à difusão de pornografia infantil e de material protegido por direito de autor, bem como ao ensino de técnicas de fabrico de explosivos e à proliferação de grupos terroristas.

Contudo, foi o *Tor* o programa cuja exploração teve mais impacto na evolução da criminalidade na *Deep Web*, facto que se deveu desde logo à sua significativa superioridade em termos de rapidez face ao *Freenet*<sup>41</sup> (não obstante seja, ainda assim, consideravelmente mais lento do que um *browser* normal), bem como à possibilidade que o *Tor* confere aos seus utizadores de navegação num ambiente mais vasto da *Internet* e, em particular, da *Deep Web*.

Assim, pouco tempo após a sua disponibilização, o *Tor* viu surgir diversos *websites* secretos, designados de *hidden services*<sup>42</sup>, dedicados a todo o tipo de criminalidade. Começaram, então, a aparecer verdadeiros mercados de droga,

39 Apesar de não existir uma definição unívoca do que são técnicas antiforenses, adotaremos a definição utilizada por Ryan Harris por nos parecer ser aquela cuja amplitude será mais suscetível de obter consenso. Assim, as medidas ou técnicas antiforenses serão «*quaisquer tentativas de comprometer a disponibilidade ou utilidade da prova no processo forense. Comprometer a disponibilidade da prova inclui quaisquer tentativas de evitar que a prova venha a existir, de esconder prova existente ou de manipular a prova no sentido de assegurar que a mesma deixe de estar ao alcance do utilizador. A utilidade pode ser comprometida através da obliteração da própria prova ou da destruição da sua integridade*», Harris, 2006: S45.

40 Sublinhe-se, porém, que o *Tor* também é utilizado por forças policiais no âmbito de ações encobertas em ambiente digital, dado que a sua utilização permite esconder o seu endereço IP e ocultar a sua atividade.

41 Ainda que o *Tor* permita uma navegação consideravelmente mais rápida do que o *Freenet*, a verdade é que o seu funcionamento continua a ser consideravelmente mais lento do que a de um *browser* normal - para uma explicação dos motivos desta acrescida lentidão, cf. Dhungel et al., 2010: 1-4.

42 Estes *hidden services* dizem-se *escondidos* porque o seu alojamento é, muitas vezes, impossível de detetar, bem como porque geralmente apenas podem ser acedidos via *Tor* por quem conheça o seu endereço, composto por um conjunto de dezasseis caracteres aleatoriamente dispostos.



documentos falsos e outros materiais ilícitos, como o célebre *The Silk Road*<sup>43</sup> no qual as transações são feitas com recurso a *bitcoins*, ou o mercado de drogas, armas e explosivos chamado *Black Market Reloaded*. Adicionalmente, surgiram mercados *online* dedicados à venda de pornografia infantil ou mesmo de espécies em vias de extinção, bem como inúmeras páginas e fóruns de pornografia infantil e/ou violenta, bem como fóruns dedicados ao canibalismo<sup>44</sup>, fóruns *jihadistas*<sup>45</sup> e páginas que comercializavam dados relativos a cartões de crédito obtidos através de esquemas de *phishing*<sup>46</sup>.

São, portanto, estas páginas da *Deep Web*, acessíveis somente com recurso a *software* especificamente desenvolvido para induzir o anonimato da navegação *online* e dedicadas à prática, divulgação, aconselhamento para a prática, incitamento ou publicitação de crimes ou à difusão de material de origem criminoso, que compõem, na definição utilizada no presente estudo, a *Dark Web*<sup>47</sup>.

---

43 entre a data de conclusão do presente artigo e a sua publicação o *The Silk Road* foi encerrado, em circunstâncias que permanecem por clarificar, na sequência de uma ação de investigação criminal desenvolvida por entidades norte-americanas.

44 Uma palavra para referir quanto a esta matéria, a título exemplificativo, o célebre e macabro caso do Canibal de Rotemburgo, o qual, apesar de ter ocorrido antes da divulgação destes *softwares*, teve lugar tecnicamente na *Deep Web*. Em síntese, num fórum dedicado ao canibalismo e propositadamente não indexado aos motores de busca, Armin Meiwes colocou uma mensagem na qual referia estar à procura de um homem bem constituído entre os 18 e os 30 anos para o matar e comer. Poucos meses depois, Bernd Huergen Brandes, de 43 anos, respondeu do seguinte modo: “*ofereço-me a ti e deixar-te-ei jantar o meu corpo vivo*”. Após algumas semanas de discussão dos pormenores por correio eletrónico, Brandes apresentou-se em casa de Meiwes onde acabou por ser parcialmente comido vivo, até finalmente ter sido decapitado e armazenado numa arca frigorífica para servir de alimento ao homicida durante os meses que se seguiram. Meiwes acabaria por vir a ser preso e condenado a prisão perpétua – para uma análise deste caso e respetivo enquadramento jurídico-penal na temática dos limites do consentimento como causa de justificação, v. Bergelson, 2008: 723-726.

45 O que tem, aliás, motivado um trabalho notável de desenvolvimento tecnológico com vista à recolha de informação relacionada com grupos terroristas na *Deep Web* por parte do Laboratório de Inteligência Artificial da Universidade do Arizona, Chen, 2012.

46 Existem relatos de muitos outros tipos de criminalidade na *Deep Web* mas que, por se nos afigurarem menos plausíveis e por não dispormos de informação fidedigna quanto à sua existência, não incluiremos no presente estudo.

47 Apesar de ser usual distinguirem-se vários níveis dentro da *Dark Web*, cujo acesso seria progressivamente mais difícil à medida que nos aproximamos do nível mais profundo (a chamada *Mariana's Web*), a verdade é que a existência de uma hierarquização desta natureza é altamente contestada. Por esse motivo, e sem prejuízo de reconhecermos a existência de áreas mais facilmente acessíveis do que outras dentro da *Dark Web*, abster-nos-emos de tecer quaisquer ulteriores considerações acerca da existência destes níveis e limitaremos as nossas referências às áreas da *Dark Web* que consultámos durante o nosso estudo ou cuja existência é afirmada por fontes fidedignas.

O termo *Dark Web* não deve ser confundido com o termo *Darknet* uma vez que a *Darknet* é antes uma rede virtual estabelecida entre vários utilizadores, inacessível a terceiros e que funciona através de uma rede de telecomunicações pública, neste caso a Internet, que visa a partilha de informações e ficheiros em formato digital<sup>48</sup> sem, contudo, permitir que, quer os endereços de IP dos seus membros, quer o teor das comunicações entre si estabelecidas, possam ser descobertos. Pense-se, por exemplo, na existência de um grupo de indivíduos de várias nacionalidades que se conhecem, confiam uns nos outros, e decidem partilhar imagens de pornografia infantil em formato de *peer-to-peer* uns com os outros, sem que qualquer outra pessoa possa aceder a esses dados, estabelecendo para tal uma rede de partilha privada – neste caso estaremos perante uma *Darknet* na *Dark Web*.

#### 4. As *bitcoins*

A navegação anónima na *Dark Web* cedo se deparou com uma fragilidade da maior importância: a impossibilidade da manutenção do anonimato nas transações *online*.

Com efeito, a partir do momento em que se efetua uma transação na Internet, torna-se necessária a intervenção de uma entidade bancária externa à relação contratual para que esta providencie pela transferência do montante pecuniário do vendedor para o comprador. Isto significa que um indivíduo que navegue de forma anónima na Internet e pretenda adquirir um produto *online* (por exemplo, um livro banido no seu país) terá, à partida, de recorrer a uma entidade bancária para poder efetuar o pagamento, o que, em última análise, permitirá a sua identificação.

Para fazer face a esta e a outras, dificuldades, em 2008, Satoshi Nakamoto<sup>49</sup> publicou um trabalho intitulado «*Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System*»<sup>50</sup>, onde apresentou a sua ideia para a criação de uma *cifromoeda* (*cryptocurrency*) descentralizada que funcionasse em rede, num sistema de *peer-to-peer* e com recurso a tecnologia de cifragem, com o intuito de que todas as transações decorressem de forma anónima entre as duas partes envolvidas: a *bitcoin* (₿).

---

48 Os termos foram, inclusivamente, utilizados sem rigor no caso da Operação *Darknet* que, na verdade, incidiu sobre a *Dark Web* e, possivelmente, sobre várias *Darknets*.

49 Cujas verdadeira identidade permanece desconhecida.

50 Nakamoto, 2008.

O funcionamento do sistema *bitcoin* depende da instalação prévia, por parte de alguns dos seus utilizadores com conhecimentos técnicos que o permitam (os chamados *miners*), de um *software* específico que colocará parte da capacidade de processamento central ou visual dos seus computadores (CPU ou GPU) ao serviço da rede *bitcoin*, mantendo-a ativa. Em contrapartida, cada um destes utilizadores habilita-se a receber um dos lotes de 50 novas *bitcoins* entregues a cada 10 minutos<sup>51</sup>. A entrega destes lotes de *bitcoins* funciona com base no lançamento automático, pelo sistema *bitcoin*, de uma espécie de *puzzles* de cifragem (chamados de *hash*) para a rede de *miners*, os quais, por sua vez, terão parte da sua capacidade de processamento afeta à sua resolução. Assim, o primeiro computador, ou conjunto de computadores, a decodificar aquele *puzzle* com recurso ao *software* apropriado receberá o lote de *bitcoins* correspondente. Todavia, para que o sistema consiga manter a periodicidade dos lotes, à medida que aumenta o número de utilizadores da rede e, consequentemente, aumenta a capacidade de processamento afeta à resolução dos *puzzles*, também aumenta a sua complexidade – daí que atualmente a resolução destes *puzzles* não seja feita com recurso a um só computador, mas antes a redes cada vez maiores de computadores de voluntários (as chamadas *mining pools*)<sup>52</sup>.

Para os utilizadores tecnicamente menos proficientes, a maneira mais fácil de obter *bitcoins* será comprando-as junto de uma das lojas de câmbio de *bitcoins*, como a *Mt. Gox*, *bitomatPLN*, *virwoxSLL*, *bitcoinGBP*, *bitmarketEUR*, *bcmPPUSD*, e a *thUSD*, e armazenando-as na sua carteira digital.

Cada transação (compra ou doação) efetuada com recurso a *bitcoins* é automaticamente enviada para a rede de *peer-to-peer* para validação e permanentemente registada de forma descentralizada e anónima na rede, assim criando um bloco de dados relativo a cada transação que permite verificar a validade daquela *bitcoin* e evitar que a mesma *bitcoin* possa ser gasta duas vezes<sup>53</sup>.

O valor da *bitcoin* flutua consoante a procura da mesma. Assim, enquanto em fevereiro de 2011 cada *bitcoin* valia cerca de \$0.87, em maio do mesmo ano, na sequência de uma reportagem da revista *Forbes*, o valor disparou para \$8.89 e, em junho, após a revista Gawker ter publicado uma reportagem na qual

51 Grinberg, 2011: 163.

52 Cf. <http://www.weusecoins.com/> [consultado em 06.10.2012].

53 Para uma explicação detalhada de toda a evolução das *bitcoins*, v. Wallace, 2011.

associou as *bitcoins* ao tráfico de droga *online*, subiu para os 27\$<sup>54</sup>. Estima-se que o seu valor venha a aumentar no futuro, uma vez que o sistema *bitcoin* se encontra programado para deixar de produzir moeda a partir dos 21.000.000 de *bitcoins*<sup>55</sup>.

Até agora, e ressalvados alguns percalços, a *bitcoin* tem-se revelado uma verdadeira moeda, apta a fazer face às flutuações do mercado, sendo cada vez mais aceite em todo o tipo de transações *online*. Tem, naturalmente, o mérito de ter sido a primeira *cifromoeda* a conseguir ultrapassar as dificuldades técnicas do “duplo-gasto” da mesma moeda, bem como de conseguir um nível de divulgação tão amplo que permite ao seu titular obter com relativa facilidade qualquer bem que pretenda adquirir sem necessitar de divulgar quaisquer dados que permitam a sua identificação<sup>56</sup>.

## II. A RECOLHA DE PROVA NA *DARK WEB*

Delimitadas, em traços gerais, as coordenadas fácticas e técnicas da criminalidade na *Dark Web*, haverá agora que enquadrar juridicamente a recolha de prova na *Dark Web*, à luz dos instrumentos processuais consagrados na Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro).

Ao longo do presente capítulo debruçar-nos-emos separadamente sobre a eficácia da aplicação, no contexto da *Dark Web*, em primeiro lugar, das medidas dedicadas à obtenção de dados informáticos armazenados num sistema informático, em segundo lugar, da interceção de comunicações e, por fim, do recurso ao agente encoberto em ambiente digital. O nosso objetivo, nesta sede, será o de analisar em que medida é que estes mecanismos permitem ultrapassar as etapas necessárias à recolha de prova em ambiente digital, em particular as etapas relativas à identificação do suspeito e à deteção e apreensão dos conteúdos visados.

---

54 Assim, um indivíduo do Tennessee que se autointitulava de *KnightMB* que detinha 371.000 *bitcoins*, viu o valor das mesmas aumentar de 322.770\$ para mais de dez milhões de dólares.

55 Porém, para facilitar a divulgação da moeda mesmo após a cessação da sua emissão, a *bitcoin* incorpora a possibilidade de ser dividida até à casa do milionésimo de *bitcoin*, uma unidade monetária que foi denominada de *satoshi*, em homenagem ao criador da moeda.

56 O anonimato que a *bitcoin* fornece não é, porém, completo, e para ser totalmente eficaz deverá ser conciliado com outros mecanismos.

## 1. A obtenção de dados informáticos armazenados num sistema informático

Imagine-se, então, que, no âmbito de uma investigação criminal a uma rede de pornografia infantil, localizada na *Dark Web*, na qual se incluem menores portugueses, se inicia uma investigação criminal com vista à descoberta dos participantes nas imagens ou vídeos e das pessoas que os divulgaram. Pergunta-se, face aos instrumentos legais disponíveis, como proceder à recolha de prova neste contexto?

A Lei do Cibercrime coloca à disposição do investigador cinco medidas processuais para a investigação criminal em ambiente digital que permitem obter dados informáticos armazenados num sistema informático<sup>57</sup>:

- a) A preservação expedita de dados informatizados, prevista no 12.º e, em matéria de cooperação internacional, no art. 22.º;
- b) A revelação expedita de dados de tráfego, prevista no 13.º e, em matéria de cooperação internacional, no art. 22.º;
- c) A injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados, prevista no art. 14.º e, em matéria de cooperação internacional, no art. 26.º;
- d) A apreensão de dados informáticos, prevista no art. 16.º e, em matéria de cooperação internacional, no art. 24.º;
- e) A apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante, prevista no art. 17.º;

Ora, tendo em conta que a análise da eficácia da medida cautelar de preservação expedita de dados (a) no contexto da *Dark Web* se nos afigura redundante face ao que se dirá na exposição referente à revelação expedita de dados de tráfego (b), à injunção para apresentação ou concessão de acesso a dados (c) e à apreensão de dados (d), não cremos que a mesma mereça uma análise individualizada, pelo que não a abordaremos no presente capítulo (exceto enquanto pressuposto necessário da revelação expedita de dados de tráfego). Por outro lado, tendo em conta que a apreensão de correio eletrónico e registos de natureza semelhante (e) é desprovida de especificidades de relevo no âmbito da *Dark Web*, também nos absteremos de a analisar em separado.

---

57 Sobre esta matéria escrevemos já mais desenvolvidamente, cf. Ramalho, 2014.

### 1.1. A revelação expedita de dados de tráfego

O primeiro dos meios de obtenção de prova (ainda que a título cautelar) cuja eficácia cumpre apreciar no âmbito da *Dark Web* – e que pressupõe a aplicação prévia da medida cautelar de preservação expedita de dados – será, então, a preservação e revelação expedita de dados de tráfego<sup>58</sup>, isto é, ao abrigo da definição constante da al. c) do art. 2.º da Lei do Cibercrime<sup>59</sup> (doravante LC), dos “*dados informáticos relacionados com uma comunicação efetuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando a origem da comunicação, o destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo do serviço subjacente*”.

Este meio consiste, em síntese, na imposição, aos fornecedores de serviço, da preservação e divulgação dos dados de tráfego relativos a uma determinada comunicação, assim permitindo identificar, entre outros elementos, o trajeto percorrido pela comunicação.

Acontece que, como tivemos ocasião de referir, o programa *Tor* está especialmente desenhado para impedir que essa identificação seja efetuada, pois que, ao criar um “túnel” para o envio da comunicação, faz com que o fornecedor de serviço deixe de receber os pedidos de acesso a quaisquer *websites* diretamente do utilizador.

Assim, se for ordenada a revelação dos dados de tráfego a partir da origem da comunicação (do *node* inicial), antes da sua entrada no “túnel”, será impossível descobrir a quem a mesma se destina. Se, por outro lado, a revelação da origem da comunicação for solicitada, tendo como única referência o *exit node*, então será igualmente impossível ao investigador descobrir a proveniência da mesma, qual o trajeto que fez e até qual o seu tamanho e hora de expedição (isto porque, como se verá, o *Tor* adotou um mecanismo de atraso e de alteração dos tamanhos dos pacotes de dados). Deste modo, se o investigador pretender fazer um trajeto reversivo a partir do fornecedor de serviço utilizado para aceder a um *website* até à origem da comunicação, ver-se-á confrontado com uma impossibilidade técnica em virtude de o trajeto ter ocorrido de forma aleatória e cifrada por uma rede de utilizadores *Tor*.

---

58 Diríamos, porém, que esta medida se revela pouco relevante quando incida sobre fornecedores de serviços, dado que, nos termos do art. 6.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, os fornecedores de serviços já se encontram obrigados a guardar os dados de tráfego por um ano, pelo que haverá pouca necessidade de requerer a preservação expedita destes dados àquelas entidades.

59 Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

Destarte, num contexto de investigação em que se pretende reconstituir o trajeto por via reversiva da comunicação, a única informação que, em regra, poderá ser acessível ao investigador dirá respeito ao “nódulo” de saída da comunicação, isto é, incluirá apenas os dados de tráfego do sistema informático no qual se encontra instalado o *Tor* e que, enquanto retransmissor final, recebeu a comunicação do “túnel” e a reencaminhou automaticamente para o destinatário final. Mas estes dados não revestirão qualquer utilidade, uma vez que este retransmissor será um mero utilizador do *Tor* que desconhecerá o teor da comunicação que automaticamente passou pelo seu computador<sup>60</sup>.

Apesar de o *Freenet* funcionar de maneira diferente em relação ao *Tor*, a verdade é que os obstáculos colocados ao investigador serão essencialmente os mesmos. O facto de o utilizador aceder a informação armazenada de forma cifrada nos computadores de utilizadores diferentes permitirá apenas, na melhor das hipóteses, saber que a dada hora um sistema informático se ligou a vários outros. Tendo em conta que a informação armazenada nos vários computadores é sucessivamente modificada e redistribuída para outros utilizadores, tal informação revelar-se-á inútil, uma vez que não permitirá ligar o visado ao conteúdo ilícito.

Daqui se retira que preservação e revelação expedita de dados de tráfego dificilmente revestirá qualquer utilidade para o investigador no âmbito da *Dark Web*.

## **1.2. A injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados.**

Existem essencialmente duas vias através das quais a injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados poderia, em abstrato, ser utilizada no contexto em apreço: a primeira, mais óbvia, seria a apresentação da injunção junto do fornecedor de serviço; a segunda consistiria na apresentação da referida injunção ao administrador da rede informática que tenha sido utilizada pelo visado no acesso à *Dark Web*, por exemplo, uma rede empresarial que tenha sido utilizada por um trabalhador para aceder a *hidden services* na *Dark Web*<sup>61</sup>.

---

60 É, porém, relativamente frequente que os utilizadores do *Tor* que funcionam como retransmissores finais, sejam interpelados e por vezes detidos em virtude de comunicações de natureza ilegal que acedem a um fornecedor de serviço a partir do seu computador – cf. Kaspersen, 2009: 1-26.

61 Verdelho, 2009: 739.

Reportando-nos à primeira das vias apresentadas, cumpre, antes de mais, distinguir duas sub-hipóteses: em primeiro lugar, aquela em que, nos termos do n.º 1 do art. 14.º da LC, se pretenda obter o acesso a dados específicos armazenados num determinado sistema informático, *in casu*, num fornecedor de serviço na aceção da segunda parte da al. d) do art. 2.º da LC<sup>62</sup> (ou seja, enquanto “qualquer outra entidade que trate ou armazene dados informáticos em nome e por conta daquela entidade fornecedora de serviço ou dos respetivos utilizadores”), e, em segundo lugar, aquela em que se pretenda obrigar o fornecedor de serviço a revelar os dados constantes das als. a) a c) do n.º 4 do art. 14.º, desta feita devendo o conceito de fornecedor de serviço ser entendido nos termos da primeira parte da al. d) do art. 2.º da LC (isto é, enquanto entidade que “faculte aos utilizadores dos seus serviços a possibilidade de comunicar por meio de um sistema informático”). Assim, enquanto a primeira destas sub-hipóteses poderá incidir sobre o fornecedor de serviço no qual se encontra alojado um determinado *hidden service* com material ilícito na *Dark Web*, já a segunda reportar-se-á ao fornecedor de serviço do qual é assinante ou cliente o indivíduo cuja ligação foi utilizada para aceder à *Dark Web*.

Ora, no caso de estarmos perante uma injunção a ser apresentada perante o fornecedor de serviço que armazena o material visado (primeira sub-hipótese), haverá, em primeiro lugar, que detetar onde se localiza o mesmo, o que, como vimos, a menos que não tenham sido tomadas medidas de segurança adequadas, poderá revelar-se tecnicamente impossível. Por outro lado, trata-se de uma medida que apenas poderá produzir efeitos num contexto em que os dados (essencialmente de conteúdo) visados sejam efetivamente transmitidos para o fornecedor de serviço. Deste modo, esta injunção seria insuscetível de produzir efeitos no caso das *darknets*, incluindo no caso do *Freenet*, caso se pretendesse obter dados de conteúdo, uma vez que estes são transferidos e armazenados diretamente nos computadores dos vários membros da rede, muitas vezes de forma cifrada, sem que o fornecedor de serviço tenha acesso aos mesmos.

Já no que concerne à injunção apresentada junto do fornecedor de serviço do qual é assinante ou cliente o indivíduo cuja rede foi utilizada para aceder à *Dark Web* (segunda sub-hipótese), também se afigura que a mesma, à partida, será de diminuto relevo prático. Isto porque a sua utilização pressupõe que seja possível ao fornecedor de serviço determinar qual o sistema informático a

---

62 Acerca da aplicabilidade desta previsão também aos fornecedores de serviços, embora reportando-se ao art. 18.º da CsC no qual o mesmo foi inspirado, Gercke, 2011: 427.



partir do qual partiu a comunicação relativa ao acesso à *Dark Web*, o que, como se viu, para um utilizador cauteloso do *software* utilizado, será dificilmente praticável. Aliás, a utilização desta medida, na melhor das hipóteses, permitiria, novamente, descobrir apenas os dados relativos à última pessoa do “túnel” do *Tor*, a partir da qual foi retransmitida a comunicação enviada pelo verdadeiro visado para a *Dark Web*, ou, quando muito, no caso do *Freenet*, quais os computadores aos quais o utilizador acedeu para obter a informação pretendida (e nunca o seu conteúdo, uma vez que esses dados se encontram cifrados).

No que respeita à segunda hipótese *supra* enunciada, relativa à apresentação da referida injunção ao administrador da rede informática que tenha sido utilizada pelo visado no acesso à *Dark Web*, verifica-se que a mesma, novamente, parte do pressuposto de que a parte mais difícil neste tipo de investigações já foi efetuada: a identificação do suspeito ou da origem da comunicação.

Todavia, mesmo na eventualidade de essa informação prévia já estar no poder da autoridade judiciária – caso em que não estaremos verdadeiramente perante uma recolha de prova no contexto da investigação criminal na *Dark Web*, mas antes num sistema informático *offline* e, portanto, fora do escopo do presente estudo –, esta medida apenas poderá ter algum efeito útil caso o visado tenha descurado algumas técnicas antiforenses no seu sistema informático isto é, caso o visado tenha feito o *download* dos ficheiros visualizados para o sistema informático em causa sem os ter cifrado e caso não tenha configurado o seu *browser* para se abster de guardar qualquer informação relativa aos *websites* visitados, designadamente em *cache*<sup>63</sup> ou sob a forma de *cookies*<sup>64</sup> e, ainda, caso não o tenha igualmente programado para eliminar todos os dados após o fim da sessão.

Assim, a utilidade prática desta medida, especialmente no caso de utilizadores cautelosos do *software* referido, também se revela reduzida.

---

63 O *web cache* será, em síntese, um mecanismo de armazenamento temporário de ficheiros automaticamente requeridos para visualizar uma página da Internet de modo a permitir que, de cada vez que a página é reaberta, o computador não tenha de fazer novamente o *download* de todos os seus elementos mas antes possa recorrer aos que já tem em memória, Santos, Bessa & Pimentel, 2008: 243-244.

64 Os *cookies* são, em traços gerais, ficheiros que alguns *websites* colocam no disco rígido do computador de quem os visita de modo a poderem recordar-se de algo acerca desse cibernauta numa visita futura. Estes ficheiros poderão ser utilizados, por exemplo, para permitir que o utilizador, ao navegar num dado *website*, não seja sempre confrontado com os mesmos anúncios ou não seja constantemente obrigado a fazer *log in* – cf. Vacca, 2005: 565.

### 1.3. A apreensão de dados informáticos

Reportar-nos-emos agora à última medida processual prevista na Lei do Cibercrime para obtenção de dados armazenados num sistema informático: a apreensão de dados informáticos.

A apreensão de dados informáticos poderá decorrer de uma pesquisa a um sistema informático (art. 15.º, n.º 1, da LC), de uma extensão dessa pesquisa a um outro sistema informático acessível através do primeiro (art. 15.º, n.º 5, da LC), ou de outro acesso legítimo a um sistema informático (art. 16.º, n.º 1, da LC).

Acontece que, para a efetivação da apreensão de dados, em qualquer uma daquelas modalidades, torna-se novamente necessário o empreendimento prévio de medidas que permitam descobrir esses mesmos dados, ou seja, é necessário que se saiba em que sistema informático estão armazenados os dados visados, a partir de que sistema são os mesmos acessíveis (se possível, a partir de que sistema foram efetivamente acedidos<sup>65</sup>) ou como aceder a esses dados.

Ora, a resolução desta difícil questão prévia implica que o investigador se encontre numa posição privilegiada, quer porque tem acesso ao computador do visado, quer porque saberá da existência e do *link* de um *website* na *Dark Web*, quer ainda porque logrou infiltrar-se numa *Darknet*. A superação desta questão pressuporá a execução prévia de outras atividades de investigação (como o recurso às ações encobertas, possivelmente acompanhadas do recurso a buscas *online*, ou, de forma mais rigorosa, de recurso a *malware* como meio de obtenção de prova), cujo sucesso geralmente estará dependente da possibilidade técnica da sua utilização (em páginas de mera divulgação de imagens ou vídeos sem lugar a interação, de pouco servirá o recurso a ações encobertas), de faltas de cuidado<sup>66</sup> por parte do visado, da vontade do visado (por exemplo, autorizando o acesso aos dados) ou de uma denúncia que inclua aquelas informações.

A segunda possível questão prévia a superar antes de proceder à apreensão dos dados informáticos visados traduz-se na obtenção das credenciais (nome de utilizador e palavra-passe) que permitem o acesso aos *websites* não publicamente acessíveis ou às *darknets*, o que poderá ocorrer, em princípio, numa de quatro situações: (i) o suspeito divulga essa informação voluntariamente; (ii) no momento da realização da pesquisa ao sistema informático inicial do

65 Cumpre, porém, não esquecer que a identificação deste sistema não significa que o utilizador do mesmo seja responsável pelos acessos à *Dark Web*. Recorde-se que é possível que haja outra pessoa a servir-se da rede *wireless* do suspeito ou que o sistema informático em causa se encontre infetado por *malware* que permite o seu controlo por um terceiro, como nos casos das *botnets* e dos *rootkits* – cf. Vaciago, 2012a: 56.

66 Algo que é relativamente comum nos casos de tráfico de pornografia *online*, Gercke, 2011: 66.

visado (por exemplo, o computador), esses *websites* ou *darknets* encontram-se abertos; (iii) as credenciais já se encontram inseridas, por defeito, no sistema informático inicial no momento em que se tenta aceder aos *websites* ou às *darknets*; (iv) ou, por fim, as credenciais foram obtidas no decurso da atividade de investigação, designadamente por se encontrarem escritas num local acessível ao investigador ou por terem sido empreendidas medidas prévias que permitiram o conhecimento das mesmas (por hipótese, caso tenham sido obtidas por via de uma ação encoberta em ambiente digital, designadamente com recurso a *malware*, nos termos do art. 19.º da LC).

Admitindo que se ultrapassam estes dois obstáculos iniciais, o investigador, nos primeiro e segundo casos *supra* referidos – quando pretenda apreender dados a partir de um sistema informático determinado ou de outro sistema acessível através daquele – terá de começar por apreender os dados armazenados no sistema informático inicial, isto é, na generalidade dos casos, terá de apreender o computador a partir do qual se acedeu à *Dark Web* ou então terá de realizar uma *bitstream copy* do disco<sup>67</sup>, ao abrigo do n.º 7 do art. 16.º da LC<sup>68</sup>.

Os dados a apreender incluem, para além do material de teor objetivamente criminoso (como eventuais ficheiros de pornografia infantil), todos os ficheiros criados, enviados, recebidos ou eliminados<sup>69</sup> recuperáveis que permitam associar o utilizador do computador à atividade ilícita perpetrada ou descoberta *online*.

Todavia, a apreensão deste tipo de vestígios resultará, como se referiu anteriormente, de uma nova falta de diligência por parte do utilizador do sistema informático em causa, uma vez que facilmente poderia ter armazenado os

---

67 Face aos riscos do ponto de vista da integridade da prova e da completude da recolha decorrentes da mera apreensão de alguns dados informáticos, é recomendável a preservação de todo o conteúdo do disco através da realização de uma *bitstream copy*. Trata-se de uma duplicação exata de todo o conteúdo de um sistema informático que permite evitar a perda de quaisquer elementos probatórios, à exceção daqueles que apenas podem ser recolhidos quando o computador esteja ligado (como a informação sobre os programas que se encontram a correr ou sobre as contas de utilizador abertas no momento da pesquisa), Casey, 2011: 383 e 482.

68 Sempre com o respeito pelas regras e técnicas mais avançadas disponíveis da Ciência Forense Digital – Vaciago, 2012a: 54-66.

69 À exceção dos casos em que se utiliza *software* próprio para eliminar definitivamente os ficheiros apagados pelo utilizador, como o *Eraser* ou o *CCleaner*, o mero ato de enviar um ficheiro para a reciclagem do computador e de esvaziar esta pasta não permite a remoção definitiva do ficheiro do sistema informático no qual se encontra. Na verdade, “[...] quando se apaga um ficheiro isso não quer dizer que se remove o seu conteúdo do disco. É meramente removido o apontador a esse ficheiro. Os dados são armazenados em clusters, que são unidades constituídas por um conjunto de bits. Pelo facto das partes de um ficheiro não serem sempre armazenadas em clusters contíguos de um disco, sem uma ordem aparente e em diferentes localizações, a remoção dos já referidos apontadores faz com que a reconstrução de um ficheiro seja difícil de ser concretizada.”, Santos/Bessa/Pimentel, 2008: 240.

ficheiros num suporte autónomo cifrado<sup>70</sup>. Por outro lado, tendo em conta que a configuração certa (e, no caso do *Tor*, a configuração configurada por defeito), do *software* utilizado para aceder à *Dark Web* permite a eliminação do “rasto” do percurso desenvolvido *online*, também aqui teria de ter havido uma falta de cuidado por parte do utilizador (ou mesmo uma conduta ativa no sentido de reduzir as suas defesas, no caso do *Tor*) ao não promover a eliminação automática do histórico, *cookies* e *cache*.

Porém, este é apenas o procedimento a adotar diretamente no sistema informático objeto da pesquisa e cujos dados se pretendem apreender. Haverá ainda que proceder à recolha, por via remota, dos dados acessíveis apenas através deste sistema ou acessíveis diretamente com recurso às credenciais certas, ou seja, haverá que recolher a prova disponível em rede, seja na *Dark Web* – leia-se, no servidor no qual se encontra alojado o *website* na *Dark Web* –, seja numa *darknet*. Este tipo de recolha oferece problemas acrescidos, uma vez que a prova se encontra armazenada em rede numa situação de extrema volatilidade. Assim, no caso dos *websites*, qualquer administrador, ou o utilizador responsável pelo *upload* dos ficheiros visados, poderá eliminar os dados visados e, no caso das *darknets*, especialmente das mais pequenas, os utilizadores que partilham os ficheiros poderão facilmente eliminá-los da rede<sup>71</sup>.

Acresce que, para proceder à recolha de prova num *website* ou numa *darknet* de acordo com as regras forenses digitais que permitem validar tecnicamente, com segurança, a apreensão dos dados informáticos, é conveniente tomar prévio conhecimento da localização física do sistema informático no qual aquele se encontra alojado (o que, como se viu, poderá revelar-se impossível), quer para inclusão da sua menção no despacho inicial que autoriza a pesquisa que precederá a apreensão dos dados (art. 15.º, n.º 1 da LC), quer para concessão da autorização para extensão da pesquisa dirigida a um sistema informático inicial para o sistema no qual se encontram os dados pretendidos (at. 15.º, n.º 5), quer ainda para que a recolha da prova possa ser adequadamente validada do ponto de vista da Ciência Forense Digital, assim se garantindo a cadeia de

---

70 No caso em que os ficheiros pretendidos se encontrem cifrados, não é admissível, à luz do direito à não autoincriminação, no ordenamento jurídico português, a imposição ao arguido da divulgação da palavra-passe que permite a decifragem, Pinto, 2010: 91-116.

71 Considerando que as *darknets* funcionam em sistema de *peer-to-peer*, haverá que recorrer às técnicas forenses de recolha de prova aplicáveis a estes sistemas. Contudo, os problemas técnicos que o uso de programas indutores de anonimato e o desconhecimento da real localização física de cada um dos sistemas informáticos que compõem a rede, pode tornar a recolha de prova numa tarefa praticamente impossível – cf. Taylor et al. 2011: 650-651.

custódia<sup>72</sup>. A este facto há que aduzir o problema de que, quando a pesquisa incide sobre uma *Darknet*, o próprio processo de descoberta de informações relativas à mesma pode ser confundido pela respetiva *Firewall* como uma tentativa de estudo das suas fragilidades, o que poderá resultar na emissão de um alerta automático para o seu administrador com a informação de que um terceiro se encontra a tentar recolher informação sobre aquela rede<sup>73</sup>, o que, por sua vez, poderá levar a que o administrador tome medidas no sentido da remoção dos ficheiros da rede ou do aumento das suas defesas.

Em suma, a apreensão de dados informáticos será um meio de obtenção de prova potencialmente importante, mas apenas na medida em que o investigador disponha de informação prévia acerca do *link* para os *websites* visados, do sistema informático no qual se irão apreender os dados em causa ou, por fim, das credenciais de acesso aos mesmos, o que implica a execução de medidas prévias que permitam essa descoberta.

### **1.3.1. O acesso a dados informáticos publicamente acessíveis**

Apesar de alguma doutrina optar por definir o conceito de dados informáticos publicamente acessíveis como aqueles cujo acesso não depende da introdução de uma palavra-passe<sup>74</sup>, cremos que o conceito terá de ser interpretado de forma um pouco mais abrangente.

Com efeito, para a exclusão de alguns dados desta categoria, não basta que os mesmos careçam da introdução de um nome de utilizador e de uma palavra-passe, mas antes se torna necessário que a obtenção dessas credenciais não seja concedida ao investigador nas mesmas circunstâncias em que o seria a qualquer outro cibernauta. Na verdade, em vários *websites* (como os já referidos *The Silk Road* e *Black Market Reloaded*) o acesso depende da obtenção prévia, mediante um mero registo imediato, de um nome de utilizador e de uma palavra-passe, acessíveis a qualquer utilizador sem nenhum tipo de controlo. Nestes casos, inexistente qualquer motivo para se considerar que os dados acessíveis após esse registo não devam também ser considerados como publicamente acessíveis para efeitos de recolha de prova digital.

---

72 Sobre a suficiência da impressão de *snapshots* das páginas *web* visadas apenas a título de recolha de prova cautelar, Casey, 2011: 687.

73 *Idem*, p. 636.

74 Gercke, 2011: 470, Vaciago, 2012a: 119.

No âmbito da *Dark Web* afigura-se que este método é de uma utilidade superior<sup>75</sup>, dado que certos utilizadores do *software* necessário para aceder a estes *websites* se sentem escudados pelo anonimato que esta tecnologia lhes permite e se abstêm de esconder a sua atividade *online*, assim disponibilizando largas quantidades de ficheiros de conteúdo criminoso a todos os frequentadores dessas páginas, sem qualquer restrição.

Aliás, constata-se que uma pesquisa alternada entre os motores de busca da *Surface Web* e alguns *websites* da *Deep Web* (designadamente o *The Hidden Wiki*) permitem a qualquer utilizador do *Tor* conhecer, sem grande esforço, os *links* para *hidden services* da *Dark Web* com conteúdos tão diversificados quanto a difusão de pornografia infantil, a troca de experiências pessoais dos vários utilizadores sobre condutas sexuais pedófilas, o incitamento à violência sexual contra adultos e menores, o ensino de técnicas de rapto de menores, o tráfico de droga, a venda e o ensino de fabrico de explosivos ou o recrutamento de homicidas a soldo. Nestas páginas são disponibilizados ficheiros, muitas vezes enviados pelos utilizadores responsáveis pela prática dos ilícitos em causa, cuja recolha poderá, como se verá, conter informação essencial para a investigação criminal.

Assim, e tal como resultou claro do método utilizado pelos *Anonymous* na Operação *Darknet V2*, afigura-se-nos que a realização de uma pesquisa pelos motores de busca da *Surface Web* e os *websites* da *Dark Web* poderá produzir resultados de valor inestimável no combate a este tipo de cibercriminalidade.

## 2. A interceção de comunicações

À semelhança do que referimos quanto à quase totalidade dos meios de obtenção de prova abordados neste capítulo, o recurso à interceção em tempo real de dados de tráfego e/ou de conteúdo pressupõe, desde logo, o conhecimento prévio da identidade do suspeito ou de «*pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes do suspeito ou, no mínimo, da identidade da vítima do crime*» (embora no âmbito da *Dark Web* esta última hipótese seja menos provável), nos termos do art. 187.º, n.º 4 do CPP, aplicável *ex vi* do art. 18.º, n.º 4 da Lei do Cibercrime.

---

75 No âmbito da *Surface Web* este meio tem sido sobejamente utilizado com resultados positivos. A este respeito, veja-se o caso de Vito Roberto Palazzolo, fugitivo durante mais de 30 anos em virtude das suas implicações com a Máfia, que foi capturado pela Interpol em Janeiro de 2012 na sequência de informação por si colocada no Facebook que indicava que se encontrava na Tailândia.

Ora, como facilmente se depreenderá a partir do que se vem dizendo acerca do *software* que permite aceder à *Dark Web*, a interceção de dados de conteúdo para obtenção de prova da prática de ilícitos nesta área da Internet não surtirá qualquer efeito útil quando vise dados de conteúdo enviados a partir do sistema informático que origina a comunicação, uma vez que todas as comunicações enviadas se encontrarão, à partida, cifradas e, portanto, serão inacessíveis para qualquer outro que não o seu destinatário final.

Aliás, a única fase em que a comunicação deixará de se encontrar cifrada será, no caso do *Tor*, entre o momento em que sai do “túnel” e o momento em que chega ao seu destinatário (quer esse destinatário seja um *website* ou outra pessoa). Assim, na eventualidade de estarmos perante uma comunicação bilateral na *Dark Web*, apesar de a comunicação enviada se encontrar cifrada, em princípio a resposta recebida a essa comunicação já se encontrará decifrada (salvo se o utilizador tiver tomado medidas antiforenses adicionais no sentido da cifragem também destes dados<sup>76</sup>) e, por isso, em certos casos, admitimos que possa ser interceptada. Assim, se A envia uma mensagem a B através do *Tor* e se se pretende interceptar a mensagem do A no momento em que ela entra no “túnel”, a medida não surtirá efeito em virtude de a comunicação do A se encontrar cifrada. Porém, se se conseguir interceptar a resposta do B, então a interceção, pelo menos em teoria, poderá surtir efeito, uma vez que, durante o trajeto percorrido pela comunicação de B desde que sai do *exit node* até que chega ao conhecimento do A, esta, em princípio, não se encontrará cifrada.

Resta, portanto, concluir que, apesar de estarmos novamente perante uma medida processual de aplicação e utilidade residuais nos casos em que se desconheça a identidade do visado, ainda assim, em certos casos, a sua utilização permitirá a obtenção de dados com valor probatório de relevo.

### 3. As ações encobertas em ambiente digital

Numa curiosa inversão de papéis, a Lei do Cibercrime veio colmatar uma grave lacuna na Convenção sobre Cibercrime ao consagrar, no seu art. 19.º, o recurso a ações encobertas em ambiente digital.

Embora, a nosso ver, o legislador pudesse ter sido mais cauteloso na remissão genérica para o regime da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, designadamente atentando, de forma mais detalhada, nas especificidades da investigação criminal

---

76 Plaintext over Tor is still plaintext, 2010, Morozov, 2011: 169-170.

em ambiente digital<sup>77</sup>, cremos que o passo dado por este art. 19.º da Lei do Cibercrime vai no sentido certo, ao reconhecer a necessidade do recurso a métodos de investigação criminal mais agressivos em relação a uma criminalidade que tem beneficiado largamente da ineficácia dos restantes meios disponíveis.

Trata-se de uma medida há muito utilizada nos Estados Unidos da América<sup>78</sup>, com resultados surpreendentemente positivos, em especial no combate ao jogo ilegal, ao tráfico de droga<sup>79</sup>, à pornografia infantil<sup>80</sup> e à pedofilia *online*<sup>81</sup>, e que se tem revelado de valor inestimável na prevenção e repressão deste tipo de cibercriminalidade<sup>82</sup>.

Daí que, recentemente, a União Europeia tenha vindo a sugerir a sua implementação nas várias legislações nacionais através da Diretiva 2011/92/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia

---

77 Por exemplo, não faz qualquer sentido a remissão para o regime da atribuição de identidade fictícia ao agente encoberto, previsto no art. 5.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, quando a ação encoberta decorra em ambiente digital. Significará isto que para a criação de uma ou mais contas de utilizador para aceder a uma sala de *chat* ou para a criação de um ou mais perfis fictícios no *Facebook*, tenha de ser proferido, de cada vez, despacho do Ministro da Justiça, mediante proposta do Diretor Nacional da PJ?

78 A este respeito há que realçar o célebre caso do *Dark Market*, um fórum *online* dedicado à compra e venda de identidades roubadas e, principalmente, de dados relativos a cartões de crédito. Ao longo de dois anos, o Agente Especial J. Keith Mularski do FBI conseguiu infiltrar-se na organização, ascender a uma posição de chefe dentro do *site* e recolher informação suficiente para levar à detenção de dezenas dos seus membros. Aliás, a infiltração foi conseguida com tanto sucesso que a dada altura havia dois agentes infiltrados de duas agências governamentais diferentes a investigar-se um ao outro – v. o muito interessante relato de Glenny, 2011.

79 Casey, 2011: 691-692.

80 Marco Gercke qualifica o recurso às ações encobertas no combate à pornografia infantil como “vital”, uma vez que a maior parte do material pedo-pornográfico é transmitido em fóruns fechados protegidos por palavras-passe, Gercke, 2011: 66.

81 De acordo com um estudo feito em 2006, em 76% das detenções ocorridas na sequência do recurso a um agente encoberto com o objetivo de detetar pedófilos, o agente envolvido apresentou-se em certos *chats* ou fóruns como sendo um menor, sendo que apenas 4% das detenções ocorreram na sequência de tentativas de compra ou de venda de menores ou de sexo com menores. – Mitchell, 2011: 267-281. Com efeito, as ações encobertas em que o agente se faz passar por menor em salas de *chat* ou outras plataformas *online* são essenciais para o combate a este tipo de criminalidade e, acima de tudo, para demover potenciais “predadores sexuais” de desenvolverem a sua atividade ilícita na *Internet*. Há casos em que, inclusivamente, os investigadores criminais se reúnem com menores de modo a poderem dominar e utilizar expressões típicas da sua geração, Urbas, 2010: 414.

82 Não partilhamos, em geral, das dúvidas de constitucionalidade suscitadas aqui por Benjamim Silva Rodrigues, exceto no que respeita à utilização de ações encobertas pela prática dos crimes consagrados no título IV do CDADC, uma vez que se nos afigura serem tipos de ilícito desprovidos de um desvalor e de uma intensidade axiológica tal que justifique o recurso a uma medida tão gravosa – Rodrigues, 2010: 455-456 e Rodrigues, 2011: 533.



infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, em cujo Considerando 27 consta que “[o]s responsáveis pela investigação e pela ação penal relativas aos crimes referidos na presente diretiva deverão dispor de instrumentos de investigação eficazes [...] Se for caso disso, e de acordo com a legislação nacional, tais instrumentos deverão também incluir a possibilidade de as autoridades policiais utilizarem uma identidade falsa na Internet.».

A eficácia do recurso às ações encobertas estende-se ao âmbito da *Dark Web*, onde tem revelado resultados que não encontram paralelo em qualquer outro meio de investigação criminal. A sua principal vantagem reside no facto de permitir ultrapassar os obstáculos à descoberta da identidade e localização dos autores dos crimes e respetivas vítimas, através da persuasão dos próprios suspeitos a ceder elementos que permitam a sua identificação.

Atente-se, nesta matéria, ao célebre caso do “Monstro de Riga”, em que um agente encoberto do FBI conseguiu persuadir um frequentador de *chats* e *fóruns* dedicados à pedofilia *online* a enviar-lhe uma fotografia onde figurava um indivíduo adulto a abusar sexualmente de uma criança de 18 meses. Uma mera análise visual da fotografia permitiu descobrir que a criança tinha na sua mão um coelho de peluche, que rapidamente veio a ser identificado como *Miffy*, o conhecido personagem de livros infantis holandeses, o que veio a permitir um redirecionamento da investigação para a Holanda. Aí, com recurso à divulgação das imagens do menor (devidamente editadas) na zona onde se suspeitava que a camisola que este envergava fora vendida, veio a ser descoberta a sua identidade e, subsequentemente, a do seu agressor, o qual havia sido seu *babysitter*<sup>83</sup>. Após identificação e imediata detenção do agressor, veio a descobrir-se que o mesmo frequentava vários *websites* e *fóruns* dedicados à pornografia infantil na *Dark Web*, o que permitiu à polícia holandesa infiltrar-se em alguns deles, recolhendo todos o material probatório aí localizado e promovendo o seu encerramento<sup>84</sup>.

Este exemplo permite demonstrar que, para a investigação da criminalidade na *Dark Web*, o recurso às ações encobertas é fulcral, uma vez que, não só permite que, através de um processo de integração numa dada comunidade *online*, os membros das redes criminosas descurem as suas defesas<sup>85</sup> e cometam

---

83 McKim, 2012.

84 Cf. Dutch police infiltrate child abuse network, 2011.

85 Embora, em certos casos, para aceder a alguns dos *websites* mais fechados com conteúdo ilícito, seja necessário ganhar a sua confiança com a prática de factos ilícitos. Atente-se, a este respeito, no caso do *Wonderland Club*, a maior rede de pornografia infantil a nível mundial no ano de 2001, cujo acesso apenas era disponibilizado a quem disponibilizasse 10.000 imagens de abusos sexuais de menores. Neste caso, o

erros que permitam a sua identificação, como permite recolher ficheiros que, como se verá, poderão conter informação escondida de importância superior.

Todavia, a desvantagem desta medida reside na insuscetibilidade de o recurso ao agente encoberto poder produzir qualquer efeito útil em *websites* que não permitem interação entre os seus membros ou frequentadores, como sejam aqueles onde apenas constam imagens ou vídeos de conteúdo ilícito para visualização ou *download*, sem possibilidade de inserção de comentários.

### III. NOVOS CONTRIBUTOS DA CIÊNCIA FORENSE DIGITAL E SEU ENQUADRAMENTO PROCESSUAL PENAL

Comprovada a genérica ineficácia dos meios de obtenção de prova disponíveis na Lei do Cibercrime para fazer face às peculiaridades da criminalidade na *Dark Web*, cumpre agora aferir da eventual utilidade de alguns dos novos contributos da Ciência Forense Digital e da possibilidade, fáctica e jurídica, da sua aplicação em sede de investigação criminal.

A nossa análise será feita com base em dois momentos distintos da investigação criminal: o primeiro relativo à identificação do suspeito, o segundo relativo à análise dos dados apreendidos.

Nem todos estes contributos visam combater especificamente a criminalidade na *Dark Web*, mas todos eles oferecem respostas que poderão revelar-se de alguma utilidade neste âmbito, pelo que caberá aqui analisá-los separadamente, enquadrando-os devidamente na lei processual penal portuguesa e aferindo da sua admissibilidade jurídica e eficácia técnica.

#### 1. A identificação do suspeito na *Dark Web*

A principal dificuldade sentida na investigação criminal na *Dark Web* é, precisamente, a da incapacidade de os meios técnicos e processuais actualmente disponíveis permitirem descobrir eficazmente a origem do conteúdo ou comunicação de teor criminoso.

Com efeito, e como já se referiu, o anonimato que o *software supra* referido confere aos seus utilizadores funciona, simultaneamente, como segurança para aqueles que escolhem exercer a sua liberdade de opinião em regimes ditatoriais

---

recurso ao agente encoberto poderia revelar-se impossível ao abrigo do art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, aplicável *ex vi* do próémio do n.º 1 do art. 19.º da LC, uma vez que tal consubstanciaria a prática, em autoria imediata, de um crime de divulgação de pornografia de menores, p. e p. no art. 176.º, n.º 1, al. b) do CP. Acerca do *WONderland Club*, seu funcionamento e encerramento, cf. Frank, Westlake & Bouchard, 2010: 2, Clough, 2010: 250.

e como garantia de impunidade para aqueles que escolhem utilizá-lo na prática de factos ilícitos. Daí que a descoberta de novos meios que permitam revelar a identidade dos seus utilizadores se possa revelar perigosa e talvez até, ponderados os benefícios e malefícios, indesejável.

Por esse motivo, de cada vez que uma falha em qualquer um destes *softwares* é detetada, os responsáveis pelos seus desenvolvimento e manutenção tendem a lançar, num espaço de horas, novas atualizações ou conselhos de utilização que frustram a sua futura exploração pelas forças policiais ou pelos governos em regimes ditatoriais.

No presente tópico procuraremos enquadrar técnica e juridicamente alguns dos meios que permitem identificar, com maior ou menor precisão, a autoria da colocação de um dado conteúdo na *Dark Web*.

### 1.1. Análise textual na *Dark Web*

Na sequência dos eventos ocorridos a 11 de setembro de 2001, o Laboratório de Inteligência Artificial da Universidade do Arizona iniciou um projeto intitulado de *Dark Web Project*<sup>86</sup>, liderado por Hsinchun Chen, cujo objetivo é o de recolher e analisar todo o conteúdo gerado por grupos dedicados ao terrorismo internacional, incluindo *websites*<sup>87</sup>, fóruns, salas de *chat*, blogues, redes sociais, vídeos, entre outros<sup>88</sup>, na *Dark Web*.

A abordagem adotada tem incidido em duas fases distintas: em primeiro lugar, a identificação e recolha do conteúdo visado, em segundo lugar, a análise desse conteúdo com vista ao estabelecimento de uma correlação entre os vários textos e, se possível, à identificação de uma autoria comum dos mesmos.

No que concerne à primeira fase, a mesma tem-se baseado na utilização de *crawlers* especificamente desenhados para recolher ficheiros e informação em determinados *websites* na *Dark Web*, sendo certo que, tendo em conta a

86 Porém, na terminologia adotada pela Universidade do Arizona, o termo *Dark Web* reporta-se somente à área da Internet utilizada por grupos extremistas para promover o ódio e a violência, em particular, grupos terroristas. Assim, a *Dark Web* será «a porção da *World Wide Web* utilizada para ajudar a alcançar os objetivos sinistros de terroristas e extremistas». Apesar de esta definição englobar tanto a *Surface Web* como a *Deep Web*, é nesta área que se tem focado o estudo da Universidade do Arizona – cf. Chen, 2012: p. 45, Chen, 2008: 1347 e 1349.

87 Só em 2005, na sequência da exploração de informação obtida por fontes governamentais, este projeto permitiu a identificação de 104 websites criados por quatro dos maiores grupos terroristas internacionais – Al-Gama'a, al-Islamiyya, Hizballa, Al-Jihad, e a Jihad Palestino-Islâmica – e a subsequente análise de todas as suas páginas e extração de todos os hyperlinks aí contidos – cf. Xu & Chen, 2008: 61.

88 Chen, 2012: v.

inexistência de motores de busca que permitam a descoberta e entrada nestes *websites*, a utilização dos *crawlers* pressupõe uma «*human-assisted approach*»<sup>89</sup> prévia por parte dos investigadores, isto é, pressupõe uma investigação e infiltração prévias. Contudo, a verdadeira inovação fornecida pela Universidade do Arizona à Ciência Forense Digital, reside no método desenvolvido para proceder à análise do conteúdo textual recolhido.

Aproveitando trabalhos anteriores na área da linguística sobre estilometria<sup>90</sup>, isto é, a análise estatística do estilo literário, o projeto *Dark Web* desenvolveu uma técnica de análise textual intitulada de *Writeprints*. As *Writeprints* funcionam, então, como um meio de identificação, análogo às impressões digitais (*fingerprints*), e que se traduz na deteção da autoria comum de vários textos através de uma análise do estilo de escrita. Esta análise funciona com base na deteção de padrões de escrita em quatro vetores: um vetor léxico, que tem em conta o número total de palavras por frase e de distribuição das palavras em função do seu comprimento; um vetor sintático, que se refere a padrões na construção de frases, como a pontuação; um vetor estrutural que lida com a organização e disposição do texto, como a utilização de saudações e assinaturas, o número e a média de comprimento dos parágrafos; e, por fim, um vetor de conteúdo específico, que lida com palavras-chave tidas como importantes num tópico específico<sup>91</sup>, como sejam termos relacionados com pornografia infantil ou pirataria informática<sup>92</sup>. Após uma primeira sujeição do texto a uma análise automatizada, com base naqueles vetores, a informação será processada, informatizada e utilizada na comparação daquele escrito inicial com vários outros textos, com vista à deteção de uma autoria comum para todos ou alguns deles.

A utilização deste método – o qual, adiante-se, tem demonstrado uma eficácia que chega aos 95%<sup>93</sup> – permite detetar padrões de escrita de utilizadores anónimos na *Dark Web* (embora somente em língua inglesa, árabe e nos dialetos chineses) e compará-los com textos disponíveis na *Surface Web*, cuja origem será, à partida, mais fácil de identificar.

---

89 Chen, 2012: 46.

90 Abbasi & Chen, 2008: 1-27.

91 Chen, 2012: 411.

92 Li, Zheng & Chen, 2006: 76-82.

93 Chen, 2012: 6.

Assim, transpondo este método para o contexto em análise, havendo, por parte do investigador, um conhecimento prévio da existência de um fórum dedicado, por hipótese, à troca e comentário de material e experiências de natureza pedo-pornográfica na *Dark Web*, a utilização das *Writeprints* poderia permitir a identificação do estilo de escrita de um dado utilizador em vários outros fóruns, possivelmente, na *Surface Web*, assim levando à sua identificação.

Ponderando uma eventual utilização das *Writeprints* no ordenamento jurídico português, verifica-se que inexistente qualquer obstáculo (a não ser de natureza fáctica, em virtude da eventual dificuldade em obter o *software*, especialmente em língua portuguesa, bem como a formação necessárias à sua utilização) à sua consagração na prática forense enquanto meio de prova, em particular sob a forma de prova pericial, nos termos dos arts. 151.º e seguintes do CPP.

Com efeito, se a identificação do autor de vários textos na *Dark Web* for possível com recurso a *Writeprints*, e tendo em conta que a realização (e explicação) do procedimento conducente à conclusão daquela autoria comum carece de especiais conhecimentos técnicos, afigura-se-nos que a nomeação de pessoa idónea para proceder, por intermédio do *software* apropriado, à análise textual que compõe o objeto de estudo, permitirá equacionar a subtração do juízo assim emitido à livre apreciação do julgador (nos termos do art. 163.º, n.º 1 do CPP) e permitirá fortalecer a perceção ou apreciação dos factos que fundamentam a identificação da autoria de um facto praticado na *Dark Web*.

## 1.2. Os ataques de *fingerprinting*

Durante a curta existência do *Tor*, têm sido várias as tentativas de contornar as suas propriedades indutoras de anonimato. Não obstante o potencial prejuízo que esta atividade possa ter a curto prazo para os utilizadores *legítimos* do *Tor*, a verdade é que a constante sujeição deste *software* a testes e ataques cada vez mais avançados, permite que a equipa do Projeto *Tor* proceda a uma *blindagem* do mesmo<sup>94</sup> e previna a exploração futura dessas lacunas em prejuízo dos seus utilizadores.

Entre essas tentativas, destacam-se os ataques de *fingerprinting*. Em termos genéricos, os ataques de *fingerprinting* consistem em tentativas de reconhecimento da origem do tráfego *online*, independentemente do facto de o seu

---

94 Por exemplo, no dia 13 de setembro de 2011 o Irão criou um filtro que detetava o tráfego *Tor* e bloqueava o acesso a esta rede. No espaço de 24 horas o Projeto *Tor* lançou uma nova versão do *Tor* que permitiu contornar aquele bloqueio.

conteúdo se encontrar cifrado e de o utilizador visado utilizar programas indutores de anonimato.

O ataque mais comum de *fingerprinting* consiste na monitorização do tráfego da rede *Tor* e na comparação entre o volume do pacote de dados enviado a uma dada hora por um utilizador *Tor* e o volume de dados que posteriormente abandona o último “nóculo” da rede. Por exemplo, imagine-se que A pretende aceder a um determinado *website* através do *Tor*. Este acesso será feito através do envio de um pedido, por parte do sistema informático de A, àquele *website*. A entidade monitorizadora do tráfego *Tor* verá, então, um pacote de dados a ser enviado pelo computador de A para o computador de B, outro utilizador do *Tor* e o segundo nóculo do *túnel*. O computador de B, por sua vez, enviará então a comunicação para o computador do C (o *exit node* da comunicação *Tor*), o qual enviará a comunicação, já sem cifragem, para o fornecedor de serviço que permitirá o acesso ao *website*. Neste momento, a entidade monitorizadora da rede *Tor* constatará que àquela hora, saiu um pacote de dados do computador de A, seguida da partida de um pacote de dados ligeiramente menor do computador de B, seguida de uma comunicação decifrada com um volume muito próximo daquela que partiu do computador de C para o fornecedor de serviço. Com base na proximidade cronológica das sucessivas transmissões dos dados e no tamanho do pacote de dados enviados, seria possível estabelecer um nexo entre a comunicação inicial e a comunicação final<sup>95</sup>.

Contudo, dois problemas surgem, desde logo, na utilização desta técnica – sem contar, naturalmente, com o problema óbvio da dificuldade técnica em monitorizar todos os nós da rede *Tor*. A primeira é que o Projeto *Tor* passou a incluir, na transmissão das suas comunicações, um atraso aleatório que dificulta seriamente o estabelecimento de uma ligação entre a comunicação enviada a partir de qualquer nóculo e o seu ponto de origem. A segunda consiste na extrema dificuldade técnica da execução de um ataque deste género, em particular quando estivermos perante utilizadores informados e cautelosos que consigam aumentar, por outras vias, a proteção do seu anonimato.

Uma segunda versão deste ataque consiste na análise prévia do volume do pacote de dados necessário para aceder a um determinado *website* e na monitorização de nós específicos da rede *Tor* com vista à comparação entre os pacotes de dados enviados e aqueles necessários para aceder ao catálogo de *websites* previamente estabelecido. Contudo, a verdade é que, esta vulnerabilidade já foi

---

95 Vacca, 2005: 652.

colmatada pelo Projeto *Tor* através da criação dos seus *Pluggable Transports*, os quais *mascam* o tráfego *Tor* e lhe conferem a aparência de tráfego normal.

No entanto, as técnicas de *fingerprinting* são várias, muitas delas de elevada complexidade técnica, sendo que, em certos casos – de acordo com o Projeto *Tor* –, a sua utilização já permitiu inutilizar o anonimato fornecido pelo *Tor*.

Neste sentido, afigura-se-nos que a resposta a empreender pelas entidades estatais poderá passar pelo estabelecimento das (cada vez mais apeteceíveis em matéria de cibercrime) parcerias público-privadas com entidades especializadas<sup>96</sup> em questões técnicas relacionadas com as tecnologias da informação (designadamente Universidades), de modo a permitir explorar o terreno fértil das técnicas de *fingerprinting*, especialmente porque a sua utilização apenas carece do acesso aos dados de tráfego, o que já se encontra previsto a nível comunitário<sup>97</sup> pela Diretiva n.º 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações.

### 1.3. O recurso ao *malware*<sup>98</sup> e a *hyperlink sting operations*

A dificuldade no combate à cibercriminalidade tem levado à generalização da adoção de medidas progressivamente mais invasivas e, dir-se-ia mesmo, agressivas, com o intuito de aumentar a eficácia da ação penal numa área dominada pelas cifras negras. Entre essas medidas encontram-se o recurso ao *malware* e a *hyperlink sting operations*, que optámos por abordar sinteticamente no mesmo tópico, em virtude da similitude de princípio subjacente a ambos.

O *malware*, como o próprio nome indica, consiste num programa informático (*software*) malicioso (*malicious*) que, nas modalidades que aqui relevam, permite monitorizar à distância a atividade desenvolvida num determinado sistema informático. Trata-se de um programa instalado de forma secreta e insidiosa no sistema informático visado (por exemplo, através de acesso físico ao sistema informático visado ou disfarçado de atualização do *Windows* ou

96 Acerca da importância das parcerias público-privadas em matéria de combate à pirataria, cf. Masson, 2009: 295-304.

97 Exceto nos países que ainda não transpuseram esta Diretiva ou naqueles em que a mesma foi declarada inconstitucional, como na Alemanha, Roménia e República Checa.

98 Para uma análise mais detalhada do enquadramento técnico, histórico e jurídico do *malware* à luz da Lei do Cibercrime, v. o nosso *O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal*, em curso de publicação na presente Revista.

de *cookie*) e que o infeta de modo a permitir a recolha de informação e dados introduzidos pelo utilizador, subsequentemente reenviando-os para o órgão de polícia criminal ou autoridade judiciária competente<sup>99</sup>.

O uso de *malware* pelas forças policiais ganhou especial dimensão no ano de 2001, altura em que foi divulgada a existência do *malware* norte-americano *Magic Lantern*, tendo mais tarde dado origem ao *Computer and Internet Protocol Address Verifier* (CIPAV)<sup>100</sup>, e que consistia num *keylogger*<sup>101</sup> instalado no computador de indivíduos – localizados ou não nos EUA – suspeitos de estarem relacionados com atividades criminosas, em particular de natureza terrorista<sup>102</sup>.

Porém, a modalidade mais invasiva de *malware*<sup>103</sup> publicamente conhecida a ser utilizada por forças policiais viria a ser divulgada, com um grande impacto na comunicação social<sup>104</sup>, na Alemanha, em 2011, por um grupo *hacker* intitulado de *Chaos Computer Club*<sup>105</sup>. Este programa, entretanto vendido também à Áustria, viria a ser apodado de *Bundestrojaner*<sup>106</sup> e consiste numa espécie de

99 Neste sentido, Pinto de Albuquerque, 2011: 502.

100 Este software viria a ser divulgado em 2007 através da publicitação de um pedido de mandado apresentado pelo Agente Especial do FBI Norman Sanders no âmbito de um processo em que se procurava detetar o autor de várias ameaças de bomba. Para consultar uma cópia digitalizada do documento, v. [http://www.wired.com/images\\_blogs/threatlevel/files/timberline\\_affidavit.pdf](http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/files/timberline_affidavit.pdf) [consultado em 04.10.2012].

101 Trata-se de um *software* que visa gravar informação que identifica as teclas premidas pelo utilizador de um sistema informático, com vista à monitorização e documentação da atividade empreendida neste, bem como à obtenção das palavras passe e outras informações relevantes que tenham sido introduzidas através do teclado.

102 Acerca da utilização destes métodos de obtenção de prova, atente-se na seguinte excerto da decisão proferida no âmbito do caso *United States v. Scarfo*: “we must be ever vigilant against the evisceration of Constitutional rights at the hands of modern technology. Yet, at the same time, it is likewise true that modern-day criminals have also embraced technological advances and used them to further their felonious purposes”, Woo & So, 2002: 533.

103 Não incluímos aqui, naturalmente, os já célebres vírus *Stuxnet* e *Flame*, uma vez que o seu âmbito de aplicação material se reporta à espionagem e não à investigação criminal.

104 Já anteriormente, em 2008, o Tribunal Constitucional Alemão declarou inconstitucional a Lei da Renânia Norte-Vestefália que introduzia a utilização de *malware* como meio de obtenção de prova, fundamentando-o, entre outros motivos, no facto de esta não respeitar o princípio da proporcionalidade. Simultaneamente, o Tribunal reconheceu o direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*). – para uma análise mais detalhada da decisão deste tribunal cf. Ortiz Pradillo, 2011: 376-377 e, por todos, Vacíago, 2012a: 125-129. Altamente crítico das tendências legislativas do Tribunal Constitucional Alemão, em particular no que concerne à limitação do âmbito de aplicação das buscas *online* (através do recurso a *malware*), cf. Rogall, 2009: 123-124.

105 Rosenbach, 2011.

106 Para uma análise mais detalhada da origem e funcionamento do *Bundestrojaner* e da utilização deste tipo de programas pela Suíça e pela Áustria, v., por todos, Weber & Heinrich, 2012: 60-65.



*malware* enviado para o computador do suspeito sob a forma de uma comum atualização de *software* e que, após instalação, permite gravar as chamadas *Skype*, monitorizar toda a atividade do suspeito na Internet, gravar as palavras-passe por ele inseridas e, inclusivamente, ativar o *hardware* do computador do visado, utilizando os seus microfones e a *webcam* para gravar sons e tirar fotos que “subsequentemente” serão enviadas para as autoridades<sup>107</sup>.

Ora, apesar de o uso deste tipo de *software* gerar questões complexas relativas ao princípio da lealdade e da proporcionalidade face ao conflito com o direito à reserva da intimidade da vida privada, a verdade é que a sua utilização tem-se alastrado pelos vários ordenamentos jurídicos e a sua consagração já foi, inclusivamente, sugerida no citado Considerando n.º 27 da Diretiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, nos termos seguintes: “[o]s responsáveis pela investigação e pela ação penal relativas aos crimes referidos na presente diretiva deverão dispor de instrumentos de investigação eficazes. Estes instrumentos podem incluir a interceção de comunicações, a vigilância discreta, inclusive por meios eletrónicos, a monitorização de contas bancárias ou outras investigações financeiras, tendo em conta, nomeadamente, o princípio da proporcionalidade e a natureza e gravidade dos crimes investigados”.

Porém, dando como assente a existência de norma legal habilitante do recurso ao *malware*, no plano do direito constituído<sup>108</sup>, a verdade é que os moldes que a sua aplicação na *Dark Web* teria de revestir revelam peculiaridades que poderão comprometer a sua admissibilidade no plano legal e constitucional. Com efeito, enquanto o *malware* geralmente utilizado por algumas polícias pressupõe uma identificação prévia do suspeito e o envio daquele *software* sob a forma de uma atualização de um outro programa, na *Dark Web* este procedimento será, na prática, mais difícil, pois o investigador não tem conhecimento da identidade do visado – exceto, talvez, do seu nome de utilizador num dado *website* ou fórum ou do *browser* por este utilizado – e, por outro lado, o envio de atualizações via *Tor* ou *Freenet* por esta via afigura-se não só tecnicamente difícil, como suspeito para o comum utilizador destes *softwares*.

107 Vaciago, 2012b: 8-11.

108 Embora com as reservas no plano da sua constitucionalidade que referimos no nosso estudo sobre *O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal*, publicado na presente revista.

As alternativas serão, então, a implantação de *malware* em ficheiros com títulos que induzam a ideia de que neles se inclui conteúdo ilegal e sua subsequente divulgação em *websites* e fóruns dedicados à sua partilha, na esperança que algum utilizador faça *download* do mesmo e infete o seu próprio computador<sup>109</sup>.

Este procedimento assemelha-se em muito àquele utilizado pelo FBI, em 2008, no caso das *hyperlink sting operations*, embora, neste caso, esse método tenha sido utilizado na *Surface Web*. As *hyperlink sting operations* consistem na publicitação, por parte de um órgão de polícia criminal, de *hyperlinks* que supostamente dariam acesso a conteúdo de natureza pedo-pornográfica, mas que, na realidade, uma vez acedidos, apenas servem para dar conhecimento ao FBI do endereço de IP da ligação a partir da qual partiu a comunicação<sup>110</sup>. Ora, a possibilidade de estes ficheiros e *hyperlinks* serem reenviados entre vários cibernautas, sem qualquer referência ao seu conteúdo, por via de vários tipos de comunicações eletrónicas (pense-se, por exemplo, no utilizador que copia o *link* ou reenvia o ficheiro com o título alterado para um terceiro sem fazer menção ao seu conteúdo), permite que o acesso aos mesmos nem sempre manifeste uma intencionalidade de acesso ao conteúdo ilícito, mas antes se traduza no mero acesso a um *hyperlink* ou no *download* de um ficheiro sem conhecimento do seu conteúdo.

Assim, na medida em que a colocação de ficheiros infetados com *malware* policial em *websites* e fóruns da *Dark Web* se poderia revelar uma atividade de natureza provocadora<sup>111</sup>, com um potencial excessivamente gravoso, com elevados índices de falibilidade e potencialmente violadora do princípio da proporcionalidade no confronto entre os interesses sacrificados<sup>112</sup> e aqueles que se visam salvaguardar, cremos que o recurso a *malware* não poderá ser utilizado.

## 2. Análise de dados informáticos apreendidos na *Dark Web*

Admitindo, porém, que o investigador consegue aceder a um fórum ou *website*, ou mesmo a uma *darknet*, na *Dark Web* e aí recolhe ficheiros informáticos

---

109 É precisamente para evitar a infeção do computador do utilizador do *Tor* e para prevenir a utilização de *software* que permita divulgar o seu IP que este programa apresenta sempre o mesmo aviso quando é feito o *download* de qualquer ficheiro ou programa: “An external application is needed which could compromise your identity.”

110 McCullagh, 2008.

111 Comparável à do agente provocador, designadamente para aqueles que defendem a consagração futura do *malware* como “polícias digitais” automáticos, Vaciago, 2012b: 10-11, Vaciago, 2012a: 129.

112 Assim, Rodrigues: 2010: 474.

disponíveis para *download*, haverá que analisar qual a informação, para além da decorrente da mera visualização do ficheiro, que poderá ser recolhida e reaproveitada a partir dos mesmos.

Para isso, optámos por abordar na presente secção as duas técnicas que se nos afiguram como de maior relevância e expressividade na extração de informação apta a permitir uma maior eficácia no combate à criminalidade na *Dark Web*: a primeira, mais conhecida e comumente utilizada, e a segunda, mais recente e especificamente direcionada para o combate à pornografia infantil.

### 2.1. O uso de *metadata*

O acesso a ficheiros armazenados em rede, incluindo na *Dark Web*, poderá permitir a extração de *metadata*<sup>113</sup> relevante, isto é, a extração de *dados sobre os dados* recolhidos, como sejam a data e hora em que o ficheiro foi criado, modificado<sup>114</sup>, acedido e/ou escrito, quem tinha permissão para a ele aceder e qual o nome<sup>115</sup> constante do computador/*software* do seu autor e/ou da última pessoa que o editou<sup>116</sup>. Em certos casos, se estivermos perante fotografias, o próprio ficheiro pode conter o número de série da máquina fotográfica utilizada, bem como detalhes acerca da garantia desse aparelho, ou mesmo, em máquinas mais modernas, em *smartphones* ou *tablets*, poderá permitir o

113 Para uma análise esquematizada e de cariz mais técnico sobre os vários tipos de *metadata*, cf. Guo & Slay, 2010: 307.

114 No célebre caso “Garlasco”, foi graças ao recurso a *metadata* que o acusado veio a ser definitivamente absolvido pelo Tribunal de Assize de Milão, a 6 de dezembro de 2011. O caso pode, muito sinteticamente, resumir-se do seguinte modo: Alberto Stasi era o principal suspeito do homicídio da sua noiva Chiari Poggi, que ocorrera algures entre as 10h30m e as 12h de 13 de agosto de 2007. Stasi defendeu-se, alegando que, àquela hora, se encontrava ao computador a escrever o seu trabalho final de curso. Para provar esse facto, entregou às autoridades o seu computador, ainda ligado, para que pudessem confirmar o seu álibi. A polícia, sem qualquer respeito pelas mais elementares regras forenses, acedeu a 39.000 dos 56.000 ficheiros gravados no disco rígido, alterou 1.500 ficheiros (entre os quais o trabalho final de Stasi) e criou 500 novos ficheiros, para além de terem ligado vários dispositivos USB ao computador sem qualquer preocupação com eventual contaminação da prova. Foi necessária a nomeação de um painel de peritos que, através de análise de *metadata*, concluíram que, entre as 10h37m e as 12h20m o computador do acusado esteve ininterruptamente em uso, Vaciago, 2012a: 29.

115 Por exemplo, Dennis Rader, o assassino conhecido como BTK (nome que deriva do seu *modus operandi* e que significa *bind, torture and kill*), foi identificado em 2004 (30 anos após o seu primeiro homicídio e 10 anos desde o último) através de *metadata* inserido num documento Word por si enviado numa disquete para uma estação televisiva. Após a análise do *metadata* contido no ficheiro, o FBI descobriu que o autor do documento tinha como primeiro nome Dennis, tendo inclusivamente encontrado um *link* para uma Igreja Luterana, o que, adicionado ao facto de se saber que o suspeito tinha um jipe *Cherokee* preto e ao facto de os crimes ocorrerem em *Wichita*, permitiu identificar Dennis Rader, diácono de uma igreja luterana em *Wichita*, como o autor dos homicídios.

116 Cohen, 2007: 1.

acesso a *geo-tags* que revelam a localização do aparelho que captou a imagem no momento em que a fotografia foi tirada<sup>117</sup>.

A identificação deste tipo de dados poderá, não só permitir a identificação de algum dos anteriores detentores daquele ficheiro, do seu autor e localização, como poderá ainda identificar, num conjunto de várias fotografias, uma origem comum, caso as mesmas tenham sido tiradas com recurso a uma só máquina fotográfica. Esta última informação poderá permitir confrontar o número de série da máquina fotográfica utilizada para tirar uma fotografia de teor ilícito disponibilizada na *Dark Web* com aquele constante de *metadata* colocado em fotografias localizadas na *Surface Web*, de teor mais inócuo, assim facilitando a identificação do seu autor.

Porém, o problema da valoração do *metadata* prende-se com a facilidade com que o mesmo poderá ser alterado por qualquer utilizador, voluntária ou involuntariamente, em particular quando seja recolhido a partir de uma localização *online*, o que lhe retira força probatória. Daí que a sua recolha, para além de ter de obedecer às regras da Ciência Forense Digital, tenha de ser conjugada com outros fatores de cariz indiciário, como a associação do nome de utilizador sob o qual um dado ficheiro foi colocado na *Dark Web*, com a eventual utilização desse mesmo nome associado a outro ficheiro colocado na *Surface Web* com conteúdo a nível de *metadata* semelhante.

A recolha, análise e aferição da credibilidade deste tipo de informação terá de vir sempre acompanhada de um juízo técnico de natureza pericial que permita atribuir-lhe o devido valor a nível probatório, sempre tendo em conta a facilidade da sua contaminação e a necessidade de a conjugar com outros elementos para fundar qualquer juízo condenatório em sede penal.

## 2.2. *PhotoDNA*

Em 2009 a *Microsoft*, em parceria com a Universidade de Dartmouth, desenvolveu um *software* que veio a chamar de *PhotoDNA*, cujo objetivo era o de facilitar a deteção e remoção das piores imagens de pornografia infantil disponíveis *online*.

O funcionamento do *PhotoDNA* assenta na descoberta de um conjunto de características únicas em cada fotografia que permitem distingui-la de qualquer outra imagem e que são identificáveis mesmo após aquela ter sido alterada, ter

---

117 Friedland & Sommer, 2010.

perdido definição ou ter sido redimensionada<sup>118</sup>. A extração desta informação visa permitir detetar cópias de certas imagens previamente analisadas em sistemas informáticos como computadores ou servidores. Assim, com base na recolha de uma fotografia com conteúdo pedo-pornográfico e subsequente extração do seu *PhotoDNA*, torna-se possível – com 100% de fidedignidade – detetar cópias dessa imagem em servidores e, desejavelmente, identificar o indivíduo que as detém ou que as disponibilizou.

Trata-se de uma tecnologia que foi inicialmente cedida ao *National Center for Missing & Exploited Children* (NCMEC), uma vez que este centro contém mais de 65 milhões de imagens e vídeos de exploração sexual infantil, e que entretanto já veio a ser instalada nos servidores da própria *Microsoft*, bem como, desde 2011, do *Facebook*, estando prevista a sua gradual implementação no motor de busca *Bing*, no *Skydrive* e no *Hotmail*. Face à finalidade prosseguida por este *software*, o mesmo tem sido cedido de forma gratuita às polícias que assim o solicitem.

Analisando agora a utilidade deste *software* no que concerne à análise de dados informáticos recolhidos na *Dark Web*, verifica-se que a extração de *PhotoDNA* a partir de fotos recolhidas, por exemplo, em *hidden services* do *Tor* dedicados à difusão de pornografia infantil, permitirá a sua subsequente utilização no rastreamento de cópias dessas imagens em servidores que forneçam serviços na *Surface Web*, como os do *Facebook*, assim permitindo identificar alguns dos proprietários desse tipo de material.

Na medida em que seja tecnicamente possível excluir dos dados abrangidos pela pesquisa as mensagens de correio eletrónico ou registos de natureza semelhante e desde que se vise a apreensão de dados determinados no âmbito de um processo criminal previamente instaurado e devidamente direcionado à investigação de infrações concretas e não à mera *pesca* de conhecimentos fortuitos, não cremos que existam objeções de natureza legal ou constitucional à sua utilização no âmbito de uma pesquisa de dados informáticos, nos termos do art. 15.º da Lei do Cibercrime.

Em todo o caso, a instalação por iniciativa das entidades privadas que forneçam serviços *online* – como sucedeu no caso do *Facebook* –, designadamente de alojamento de *websites*, deste tipo de *software* com vista à imposição do cumprimento dos seus termos de serviço e à supressão de material com

---

118 A este respeito veja-se a página da Internet disponibilizada pela *Microsoft* com a explicação do *PhotoDNA*, acedida e consultada em 15-10-2012, no endereço <http://www.microsoft.com/en-us/news/presskits/photodna/>.

pornografia infantil dos seus servidores, quando seguida de uma denúncia da deteção daquele material ao Ministério Público, poderá revelar-se como um exemplo extremamente proficuo de parceria público-privada no combate ao cibercrime e como o método mais eficaz de utilização do *PhotoDNA*.

## CONCLUSÕES

O combate ao cibercrime e a recolha de prova em ambiente digital enfrentam hoje dificuldades técnicas e jurídicas sem precedentes e, diríamos, sem paralelo em qualquer outra área do Direito Penal. A proliferação de técnicas antiforenses que impedem a deteção dos agentes do crime, aliada a uma conceção territorialmente limitada da Internet que por vezes impossibilita a recolha, em tempo útil, do material probatório necessário à sua prossecução penal, tornam o mundo *online* num campo de eleição, não só para a prática de atos subsumíveis ao conceito de cibercrime, mas também para a promoção de atos que transcendem a realidade da Internet e que, graças a ela, permanecem invisíveis aos olhos do sistema.

O surgimento da *Dark Web* vem confrontar a realidade jurídica com um novo nível de criminalidade cuja gravidade só agora começa a ser publicamente revelada e que permite aos seus agentes, com um grau mínimo de conhecimentos técnicos, permanecerem invisíveis e potencialmente indetetáveis aos olhos de quaisquer entidades.

Para se conseguir uma eficácia mínima no combate a esta criminalidade, haverá que recorrer aos meios técnicos disponibilizados pela Ciência Forense Digital, quer através da sua apropriação pelos órgãos de investigação criminal (no caso português, a PJ), quer através do recurso a instrumentos legais que permitam, como *ultima ratio*, recorrer a métodos de investigação criminal *online* mais invasivos e mais agressivos.

Todavia, a longo prazo a resposta deverá passar pela criação de parcerias público-privadas com entidades dotadas dos recursos e dos conhecimentos técnicos que permitam obter meios mais aptos a detetar este tipo de criminalidade, ainda que sempre com a devida cautela e parcimónia para não prejudicar os legítimos utilizadores dos *softwares* indutores de anonimato.

Em todo o caso, a verdade é que a realidade técnica e jurídica atualmente existente e que se estima vir a perdurar nos anos que se avizinham, juntamente com o constante aperfeiçoamento dos meios técnicos utilizados na prática do cibercrime, não oferecem meios adequados para combater esta criminalidade e, por esse motivo, a *Dark Web* continuará a ser sinónimo de *cifras negras*.

**BIBLIOGRAFIA**

ABBASI, Ahmed & CHEN, Hsinchun

2008 “Writeprints: A Stylometric Approach to Identity-Level Identification and Similarity Detection in Cyberspace”, *ACM Transactions on Information Systems*, Vol. XXVI, n.º 2, pp. 1-27.

ATTFIELD, Philip

2005 “United States v Gorshkov – Detailed Forensics and Case Study; Expert Witness Perspective”, *Proceedings of the First International Workshop on Systematic Approaches to Digital Forensic Engineering*, IEEE Computer Society Washington, DC, USA, pp. 3-26.

BECKETT, Andy

2009 “The dark side of the Internet”, disponível em: <http://www.guardian.co.uk/technology/2009/nov/26/dark-side-internet-freenet> [consultado em: 09.06.2012].

BERGMAN, Michael K.

2001 “The Deep Web: Surfacing Hidden Value”, *Journal of Electronic Publishing*, Vol. VII, n.º 1, pp. 1-31.

BERGELSON, Vera

2008 “Autonomy, Dignity, and Consent to Harm”, *Rutgers Law Review*, Vol. LX, n.º 3, pp. 723-736.

CAFARELLA, Michael J., HALEVY, Alon & MADHAVAN, Jayant

2011 “Structured Data on the Web”, *Communications of the ACM*, Vol. LIV, n.º 2, pp. 72-79.

CASEY, Eoghan

2011 *Digital Evidence and Computer Crime – Forensic Science, Computers and the Internet*, 3.ª ed., Califórnia: Elsevier.

CHEN, Adrian

2011 “Vigilante Hackers wage war on Underground Kiddie Porn”, disponível em: <http://gawker.com/5851459/vigilante-hackers-wage-war-on-underground-kiddie-porn> [consultado em: 03.06.2012].

CHEN, Hsinchun

2012 *Dark Web – Exploring and Data Mining the Dark Side of the Web*, Nova Iorque: Springer,

CHEN, Hsinchun, et al.

2008 “Uncovering the Dark Web: A Case Study of Jihad on the Web”, *Journal of The American Society for Information Science And Technology*, Vol. LIX, n.º 8, pp. 1347-1359.

CLARKE, Ian

1999 *A Distributed, Decentralised Information Storage and Retrieval System*, disponível em: <https://freenetproject.org/papers/ddisrs.pdf> [consultado em: 09.06.2012].

CLARKE, Ian, et al.

2001 *Freenet: A Distributed Anonymous Information Storage and Retrieval System*, disponível em: <http://www.facweb.iitkgp.ernet.in/~niloy/COURSE/Autumn2010/UC/Resource/freenet1-big.pdf> [consultado em: 01.09.2012]

2002 “Protecting Free Expression Online with Freenet”, *IEEE Internet Computing* (Janeiro-Fevereiro de 2002), pp. 40-49.

2009 *The Guardian writes about Freenet*, disponível em: <http://blog.locut.us/2009/11/26/the-guardian-writes-about-freenet/> [consultado em: 09.06.2012]

CLOUGH, Jonathan

2010 *Principles of Cybercrime*, Cambridge: Cambridge University Press.

COHEN, Kevin

2007 “Digital Still Camera Forensics”, *Small Scale Digital Device Forensics Journal*, Vol. I, n.º 1, pp. 1-8.

CONSTANTIN, Lucian

2012 “Dutch Government to let law enforcement hack foreign computers”, disponível em: <http://www.computerworlduk.com/news/security/3406221/dutch-government-to-let-law-enforcement-hack-foreign-computers/> [consultado em: 26.10.2012].

DINGLELINE, Roger, MATHEWSON, Nick & SYVERSON, Paul

2004 “Tor: The Second-Generation Onion Router”, *Proceedings of the 13<sup>th</sup> USENIX Security Symposium – August 9-13, 2004*, The USENIX Association, disponível em: [http://static.usenix.org/event/sec04/tech/full\\_papers/dingledine/dingledine.pdf](http://static.usenix.org/event/sec04/tech/full_papers/dingledine/dingledine.pdf) [consultado em: 09.06.2012].

DONG, Yongquan & LI, Qingzhong

2012 “A Deep Web Crawling Approach Based on Query Harvest Model”, *Journal of Computational Information Systems*, Vol. VIII, n.º 3, Hong Kong: Binary Information Press, pp. 973-981.

DHUNGEL, Prithula, et al.

2010 “Waiting for Anonymity: Understanding Delays in the Tor Overlay”, *Proceedings of the 10<sup>th</sup> IEEE Conference on Peer-to-Peer Computing*, pp. 1-4.

ESTEVES, Pedro

2012 “Hacktivismo, transpondo a fronteira entre a liberdade de expressão e o cibercrime”, *Segurança e Defesa*, n.º 21, pp. 45-47.



- FRANK, Richard, WESTLAKE, Bryce & BOUCHARD, Martin  
 2010 “The Structure and content of Online Child Exploitation Networks”,  
*Proc. 16th ACM SIGKDD Int. Conf. on Knowledge Discovery and Data Mining*.
- FREIRE, Juliana & BARBOSA, Luciano  
 2010 “Siphoning Hidden-Web Data through Keyword-Based Interfaces:  
 Retrospective”, *Journal of Information and Data Management*, Vol. I, n.º 1,  
 pp. 145–146.
- FRIEDLAND, Gerald & SOMMER, Robin  
 2010 “Cybercasing the Joint: On the Privacy Implications of Geo-Tagging”,  
*ICSI Technical Report* disponível em: <http://www.icsi.berkeley.edu/pubs/networking/cybercasinghotsec10.pdf> [consultado em: 14.06.2012]
- GERCKE, Marco  
 2011 *Understanding Cybercrime: A Guide for Developing Countries*, ICT Applications and Cybersecurity Division Policies and Strategies Department, ITU Telecommunication Development Sector, 2.<sup>a</sup> ed., Genebra: ITU.
- GLENNY, Misha  
 2011 *Dark Market – Cyberthieves, Cybercops and You*, London: Bodley Head.
- GRINBERG, Reuben  
 2011 “Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency”, *Hastings Science and Technology Law Journal*, Vol. IV, n.º 1, pp. 160-210.
- GUO, Yinghua & SLAY, Jill  
 2010 “Data recovery function testing for digital forensic tools”, *Advances in Digital Forensics VI – IFIP Advances in Information and Communication Technology*, pp. 297-311.
- HAMPSON, Noah C. N.  
 2012 “Hacktivism, Anonymous & a New Breed of Protest in a Networked World”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. XXXV, n.º 2, pp. 511-542.
- HANDSCHUH, Siegfried, VOLZ, Raphael & STAAB, Steffen  
 2003 “Annotation for the Deep Web”, *IEEE Intelligent Systems*, Vol. XVIII, n.º 5, New Jersey/USA: IEEE Educational Activities Department Piscataway, pp. 42-48.
- HARRIS, Ryan  
 2006 “Arriving at an anti-forensics consensus: Examining how to define and control the anti-forensics problem”, *Digital Investigation – The International Journal of Digital Forensics & Incident Response*, Vol. III – Suplemento, Elsevier Ltd, pp. S44-S49.

HE, Bin et al.

2007 “Accessing the Deep Web: A Survey”, *Communications of the ACM*, Vol. L, n.º 5, New York/USA, pp. 94-101.

KASPERSEN, Henrik W. K.

2009 *Cybercrime and Internet Jurisdiction*, Discussion paper elaborado no âmbito do Project on cybercrime do Conselho da Europa, disponível em: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/t-cy/T-CY%20\(2009\)%20draft%20discussion%20paper%20Cybercrime%20and%20jurisdiction.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/t-cy/T-CY%20(2009)%20draft%20discussion%20paper%20Cybercrime%20and%20jurisdiction.pdf) [consultado em: 10.09.2012].

LEWANDOWSKI, Dirk & PHILIPP, Mayr

2006 “Exploring the academic invisible web”, *Library Hi Tech*, Vol. XXIV, n.º 4, Germany: Emerald, pp. 529-539.

LI, Jiexun, ZHENG, Rong & CHEN, Hsinchun

2006 “From fingerprint to writeprint”, *Communications of the ACM*, Vol. XLIX, n.º 4, ACM Nova Iorque, pp. 76-82.

MADHAVAN, Jayant, et al.,

2008 “Google’s Deep-Web Crawl”, *Proceedings of the VLDB Endowment*, Vol. I, n.º 2, New Zealand: ACM, Inc., pp. 1241-1252.

MASSON, Laurent

2009 “Parcerias público-privadas: a única forma eficiente de combater a pirataria”, in PALMA, Maria Fernanda, SILVA DIAS, Augusto & SOUSA MENDES, Paulo (coord. científica), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 295-304.

McCULLAGH, Declan

2008 “FBI posts fake hyperlinks to snare child porn suspects”, disponível em: [http://news.cnet.com/8301-13578\\_3-9899151-38.html](http://news.cnet.com/8301-13578_3-9899151-38.html) [consultado em: 14.10.2012].

McKIM, Jennifer B.

2012 “Led by an innocent into a web of evil”, disponível em: [http://www.boston.com/business/articles/2012/07/29/led\\_by\\_an\\_innocent\\_into\\_a\\_web\\_of\\_evil/?page=9](http://www.boston.com/business/articles/2012/07/29/led_by_an_innocent_into_a_web_of_evil/?page=9) [consultado em 20.09.2012].

MITCHEL, Kimberly J., et al.

2011 “Investigators using the Internet to apprehend sex offenders: findings from the Second National Juvenile Online Victimization Study”, *Police Practice and Research: An International Journal*, Vol. XIII, n.º 3, Nova Iorque: Routledge – Taylor & Francis Group, pp. 267-281.

- MOROZOV, Evgeny  
2011 *The Net Delusion – The dark side of Internet Freedom*, Nova Iorque: Public Affairs.
- NAJORK, Marc  
2009 “Web Crawler Architecture”, in LIU, Ling & ÖZSU, M. Tamer (eds.), *Encyclopedia of Database Systems*, Parte 23, Springer Verlag USA, pp. 3462-3465.
- Nakamoto, Satoshi  
2008 *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash system*», disponível em: <http://www.cs.kent.edu/~JAVED/class-P2P12F/papers-2012/PAPER2012-p2p-bitcoin-satoshinakamoto.pdf> [consultado em: 1.10.2012].
- ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos  
2011 “Fighting against Cybercrime in Europe: The Admissibility of Remote Searches in Spain”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. XIX, n.º 4, pp. 363-396.
- PATIL, Nilesh Madhukar, LINGAM, Chelpa,  
2012 “Anonymous Connections and Onion Routing”, *International Journal of Advanced Research in Computer Science and Software Engineering*, Vol. II, n.º 2, pp. 31-37.
- PINTO, Lara Sofia  
2010 “Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido”, in BELEZA, Teresa Pizarro & COSTA PINTO, Frederico (coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina.
- 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.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.
- QUAYLE, Ethel  
2009 “Assessment of Internet Sexual Abuse”, in CALDER, Martin C. (ed.), *Sexual abuse assessments: Using and developing frameworks for practice*, Lyme Regis: Russell House Publishing, 2009, pp. 250-263.
- RADIO NETHERLANDS WORLDWIDE  
2011 “Dutch police infiltrate child abuse network”, disponível em; [http://www.expatica.com/nl/news/local\\_news/dutch-police-infiltrate-child-abuse-network\\_172736.html](http://www.expatica.com/nl/news/local_news/dutch-police-infiltrate-child-abuse-network_172736.html) [consultado em: 20.09.2012].
- RAMALHO, David Silva  
2014 “A recolha de prova penal em sistemas de computação em nuvem”, em curso de publicação na *Revista de Direito Intelectual*.

RODRIGUES, Benjamim Silva

2010 *Da Prova Penal, Tomo II, Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, Lisboa: Rei dos Livros.

2011 *Da Prova Penal – Tomo IV – Da Prova – Electrónico – Digital e da Criminalidade Informático-Digital*, Lisboa: Rei dos Livros.

ROGALL, Klaus

2009 “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha”, in PALMA, Maria Fernanda, SILVA DIAS, Augusto & SOUSA MENDES, Paulo (coord. científica), *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 117-143.

ROSENBACH, Marcel

2011 “The shady past of Germany’s Spyware”, *Spiegel Online International*, disponível em <http://www.spiegel.de/international/germany/trojan-trouble-the-shady-past-of-germany-s-spyware-a-792276.html> [consultado em 28.08.2012].

SANTOS, Paulo, BESSA, Ricardo & PIMENTEL, Carlos

2008 *Cyberwar – O Fenómeno, as tecnologias e os actores*, Lisboa: FCA.

SHERMAN, Chris, PRICE, Gary

2007 *The Invisible Web: Uncovering Sources Search Engines Can’t See*, 7.ª ed., Information Today, Inc., New Jersey, USA.

SYVERSON, Paul

2011 “A peel of onion”, *Proceedings of the 27th Annual Computer Security Applications Conference*, ACM, New York, USA, pp. 123-137.

TAYLOR, Mark, et al.

2011 “Digital evidence from peer-to-peer networks”, *Computer Law & Security Review*, Vol. XXVII, n.º 6, pp. 647-652.

TOR PROJECT BLOG,

2010 “Plaintext over Tor is still plaintext”, *TOR PROJECT BLOG*, disponível em: <https://blog.torproject.org/blog/plaintext-over-tor-still-plaintext>, [consultado em: 19.09.2012].

URBAS, Gregor,

2010 “Protecting Children from Online Predators: The Use of Covert Investigation Techniques by Law Enforcement”, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Vol. IV, n.º 26, pp. 410-425.

VACCA, John R.

2005 *Computer Forensics – Computer Crime Scene Investigations*, 2.ª ed., Massachusetts: Charles River Media, Inc.

VACIAGO, Giuseppe,

2012a *Digital Forensics, Italian Criminal Procedure and Due Process Rights in the Cyber Age*, Torino: G. Giappichelli Editore.

2012b “Cloud Computing and Data Jurisdiction: A New Challenge for Digital Forensics”, *Cyberlaws 2012: The Third International Conference on Technical and Legal Aspects of the e-Society*, pp. 7-12.

VERDELHO, Pedro

2009 “A nova lei do Cibercrime”, *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º 320, Braga: Universidade do Minho, pp. 717-759.

WEBER, Rolf H. & HEINRICH, Ulrike I.

2012 *Anonymization*, 1.<sup>a</sup> ed., Nova Iorque: Springer, 2012.

Woo, Christopher & So, Miranda

2002 “The Case for Magic Lantern: September 11 Highlights the Need for Increased Surveillance”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. XV, n.º 2, pp. 521-538.

XU, Jennifer & CHEN, Hsinchun

2008 “The Topology of Dark Networks”, *Communications of the ACM*, Vol. 51, n.º 10.



C&R

LEGISLAÇÃO

*Legislação Nacional*





# LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – ABRIL A SETEMBRO DE 2013

*elaborado por Nazaré da Costa Cabral*

## REGULAÇÃO

### GERAL

#### **Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro**

Estabelece o regime jurídico das autarquias locais, aprova o estatuto das entidades intermunicipais, estabelece o regime jurídico da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais e aprova o regime jurídico do associativismo autárquico.

#### **Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro**

Estabelece o regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais.

#### **Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto**

Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo.

#### **Lei n.º 53/2013, de 11 de junho**

Procede à segunda alteração à Lei n.º 88-A/97, de 25 de julho, que regula o acesso da iniciativa económica privada a determinadas atividades económicas.

### BANCO DE PORTUGAL

#### **Lei n.º 44/2013, de 3 de julho**

Procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 158/2002, de 2 de julho, permitindo o reembolso do valor de planos poupança para pagamento de contratos de crédito à habitação.

**Aviso n.º 3/2013, de 19 de agosto**

Procede à alteração do Aviso do Banco de Portugal n.º 6/2010, de 31 de dezembro, no que respeita à determinação dos fundos próprios em base consolidada. O presente Aviso produz efeitos a 30 de setembro de 2013.

**Aviso n.º 2/2013, de 30 de maio**

Altera o ponto 60-A da Parte 2 do Anexo III (Ponderadores de risco) do Aviso n.º 5/2007, de 27 de abril.

**ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES**

**Lei n.º 47/2013, de 10 de julho**

Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, que define o regime jurídico da construção, do acesso e da instalação de redes e infraestruturas de comunicações eletrónicas.

**Lei n.º 42/2013, de 3 de julho**

Procede à oitava alteração à Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro (Lei das Comunicações Eletrónicas), alterando as regras do barramento seletivo de comunicações relativo a serviços de valor acrescentado baseados no envio de mensagem e serviço de audiotexto.

**IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES TERRESTRES**

**VEÍCULOS**

**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.

**TRANSPORTE RODOVIÁRIO**

**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**

### **Decreto-Lei n.º 114/2013, de 7 de agosto**

Procede à sexta alteração ao Decreto-Lei n.º 196/2003, de 23 de agosto, alterado pelos Decretos-Leis n.os 178/2006, de 5 de setembro, 64/2008, de 8 de abril, 98/2010, de 11 de agosto, 73/2011, de 17 de junho, e 1/2012, de 11 de janeiro, que estabelece o regime jurídico a que fica sujeita a gestão de veículos e de veículos em fim de vida e seus componentes e materiais, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2013/28/UE, da Comissão, de 17 de maio de 2013, que altera o anexo II à Diretiva n.º 2000/53/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de setembro de 2000, relativa aos veículos em fim de vida.

### **Decreto-Lei n.º 110/2013, de 2 de agosto**

Procede à quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 366-A/97, de 20 de dezembro, alterado pelos Decretos-Leis n.os 162/2000, de 27 de julho, 92/2006, de 25 de maio, 178/2006, de 5 de setembro, e 73/2011, de 17 de junho, e transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2013/2/UE, da Comissão, de 7 de fevereiro de 2013, que altera o anexo I à Diretiva n.º 94/62/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 1994, relativa a embalagens e resíduos de embalagens.

### **Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho**

O presente decreto-lei tem por objeto o regime de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de captação, tratamento e distribuição de água para consumo público, de recolha, tratamento e rejeição de efluentes e de recolha e tratamento de resíduos sólidos, doravante designados sistemas multimunicipais.

### **Portaria n.º 247/2013, de 5 de agosto**

Aprova a delimitação do perímetro de proteção de duas captações de água subterrânea em Seixo de Gatões, no concelho de Montemor-o-Velho.

### **Portaria n.º 240/2013, de 29 de julho**

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas no concelho de Albergaria-a-Velha.

**Portaria, n.º 238/2103, de 24 de julho**

Aprova a delimitação de perímetros de proteção de captações de várias águas subterrâneas do Brulho e de Tentúgal situadas no concelho de Montemor-o-Velho.

**Portaria n.º 234/2013, de 23 de julho**

Aprova a delimitação de perímetros de proteção de captações de águas subterrâneas localizadas no Local de Boa Vista, no concelho de Leiria.

**Portaria n.º 233/2013, de 23 de julho**

Procede à primeira alteração à Portaria n.º 43/2013, de 1 de fevereiro, que aprova a delimitação dos perímetros de proteção de captação de vários polos localizados no concelho da Moita.

**Portaria n.º 232/2013, de 22 de julho**

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de sete captações de água subterrânea que constituem as origens de água, no concelho de Sever do Vouga.

**Portaria n.º 207/2013, de 21 de junho**

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de três captações de água subterrânea que integram o polo de captação da Barosa no concelho de Leiria.

**ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS  
Decreto-Lei n.º 84/2013, de 25 de junho**

Procede à terceira alteração aos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), aprovados em anexo ao Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril, completando a transposição das Diretivas n.os 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelecem as regras comuns para o mercado interno da eletricidade e do gás natural.

**Portaria n.º 231/2013, de 22 de julho**

Aprova os requisitos técnicos e funcionais dos contadores inteligentes, bem como regras relativas à disponibilização de informação e faturação e, bem assim, ao financiamento dos custos inerentes à respetiva instalação, ao abrigo do disposto nos n.os 4 e 5 do artigo 78.º -A do Decreto -Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro e 215 -A/2012, de 8 de outubro, que operou a sua republicação.

Determina ainda a realização de uma avaliação económica de dois em dois anos dos custos e benefícios da instalação dos contadores inteligentes com base na qual será aprovada a implementação de contadores inteligentes, incluindo o respetivo calendário de instalação.

**Portaria n.º 215-A/2013, de 1 de julho**

Altera os parâmetros e o limite máximo da remuneração do serviço de interruptibilidade, previstos na Portaria n.º 592/2010, de 29 de julho, alterada pelas Portarias n.ºs 1308/2010, de 23 de dezembro, 71/2011, de 10 de fevereiro, e 200/2012, de 2 de julho, e na Portaria n.º 1308/2010, de 23 de dezembro, alterada pelas Portarias n.ºs 268/2011, de 16 de setembro, e 200/2012, de 2 de julho. Estabelece ainda as regras aplicáveis à repercussão tarifária dos montantes pagos pelo operador da rede de transporte, responsável pela liquidação e faturação do serviço de interruptibilidade prestado por cada prestador do serviço.

**Portaria n.º 207-A/2013, de 25 de junho**

Aprova o Regulamento de Utilização, Identificação e Instalação de gás de petróleo liquefeito (GPL) e gás natural comprimido e liquefeito (GN) em veículos.

**Portaria n.º 201/2013, de 6 de junho**

Procede ao primeiro aditamento à Portaria n.º 137/2011, de 5 de abril, que aprova o Regulamento do Terminal de Receção, Armazenamento e Regaseificação de GNL.

**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.

**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 146/2013, de 9 de abril**

Procede à primeira alteração da Portaria n.º 279/2011, de 17 de outubro e define os valores de determinados fatores a aplicar para efeitos da remuneração do alisamento quinquenal dos proveitos permitidos para o ano de 2013.

**Portaria n.º 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).

C&R

JURISPRUDÊNCIA

*Comentário de Jurisprudência da União Europeia*

*Jurisprudência Geral*





# COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 6 de junho de 2013, no Processo C-536/11, *Donau Chemie*

*Fernando Xarepe Silveiro*

## Introdução

No acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), proferido em 6 de junho de 2013, no processo C-536/11 <sup>1</sup>, o tribunal pronuncia-se sobre a questão do acesso por terceiros aos documentos que compõem os autos do processo judicial em que está em recurso uma condenação por infração às regras da concorrência da União Europeia.

A decisão do TJUE teve por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), apresentado pelo *Oberlandesgericht Wien* em 20 de outubro de 2011.

## 1. O acórdão

### 1.1. O pedido

O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos princípios da efetividade e da equivalência tendo em conta as normas aplicáveis na ordem jurídica austríaca às ações de indemnização por violação do direito da concorrência da União Europeia.

O pedido foi apresentado no âmbito de um processo no *Oberlandesgericht Wien*, na sua qualidade de *Kartellgericht* (tribunal da concorrência), tendo por objeto um pedido apresentado pela *Verband Druck & Medientechnik* (VDMT), uma associação de empresas, a fim de aceder aos autos relativos ao processo judicial interposto pela *Bundswettbewerbsbehörde* (autoridade federal da

---

<sup>1</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (primeira secção), de 6 de junho de 2013, no processo C-536/11 (pedido de decisão prejudicial do Oberlandesgericht Wien – Áustria) – Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie AG, Donauchem GmbH, DC Druck -Chemie Süd GmbH & Co KG, Brenntag Austria Holding GmbH, Brenntag CEE GmbH, ASK Chemicals GmbH, antiga Ashland- -Südchemie-Kernfest GmbH, ASK Chemicals Austria GmbH, antiga Ashland Südchemie Hantos GmbH.

concorrência, doravante BWB) contra a *Donau Chemie AG*, a *Donauchem GmbH*, a *DC Druck-Chemie Süd GmbH & Co KG*, a *Brenntag Austria Holding GmbH*, a *Brenntag CEE GmbH*, a *ASK Chemicals GmbH*, anteriormente *Ashland-Südchemie-Kernfest GmbH*, e a *ASK Chemicals Austria GmbH*, anteriormente *Ashland Südchemie Hantos GmbH* (a seguir, conjuntamente, *Donau Chemie* e outros), e que culminou numa decisão definitiva do *Oberlandesgericht Wien*<sup>2</sup> que condenou estas últimas ao pagamento de uma coima por terem participado num cartel contrário ao artigo 101.º do TFUE.

### 1.2. O direito austríaco

O § 39, n.º 2, da Lei de 2005 relativa aos cartéis, *Kartellgesetz 2005* (KartG) enuncia que “[A]s pessoas que não sejam partes no processo só podem obter acesso aos autos do processo no tribunal da concorrência com o consentimento das partes”.

Por outro lado, o § 219, n.º 2, do Código de Processo Civil, *Zivilprozessordnung*, (ZPO) dispõe que:

“1. As partes podem consultar e obter, a expensas suas, cópias e extratos dos autos relativos aos respetivos processos e que se encontrem no tribunal (autos do processo), com exceção dos projetos de acórdãos e de despachos, das atas de discussão e votos do tribunal e dos documentos escritos que contenham disposições disciplinares.

2. Mediante o consentimento de ambas as partes, terceiros podem igualmente ter acesso aos autos e obter cópias e extratos dos mesmos, desde que essa medida não seja contrária ao interesse legítimo superior de outra pessoa ou a interesses públicos superiores na aceção do § 26, n.º 2, primeiro período, da Lei da proteção de dados de 2000 [*Datenschutzgesetz 2000*]. Na falta desse consentimento, o terceiro só poderá ter acesso e obter cópias dos autos se demonstrar a existência de um interesse jurídico.

[...]”

### 1.3. Litígio no processo principal

Por decisão de 26 de março de 2010, o *Oberlandesgericht Wien* aplicou à *Donau Chemie* e outros coimas no montante total de 1,5 milhões de euros por violação, designadamente, do artigo 101.º do TFUE, no mercado grossista dos produtos químicos para impressão gráfica. Por decisão de 4 de outubro

<sup>2</sup> Tribunal para onde fora recorrida a decisão do *Kartellgericht*.

de 2010, o *Oberster Gerichtshof* confirmou, em sede de recurso, esta decisão do *Oberlandesgericht Wien* que, deste modo, adquiriu força de caso julgado.

A *VDMT* foi criada com vista a defender os interesses dos seus membros, entre os quais figuram, designadamente, empresas do setor da impressão gráfica. Em 3 de julho de 2011, pediu ao *Oberlandesgericht Wien*, em conformidade com o § 219, n.º 2, do *ZPO*, acesso aos autos referentes ao processo judicial que opôs a *BWB à Donau Chemie e outros*. Este pedido tinha por finalidade recolher elementos que permitissem examinar, em especial, a natureza e o montante do prejuízo eventualmente sofrido pelos membros da *VDMT* em razão das infrações cometidas pela *Donau Chemie e outros*, e apreciar a oportunidade da propositura de uma ação de indemnização contra estas empresas.

Baseando-se no § 39, n.º 2, da *KartG*, todas as partes no processo judicial que opôs a *BWB à Donau Chemie e outros* recusaram, no essencial, consentir que a *VDMT* fosse autorizada a aceder aos referidos autos.

A este respeito, o *Oberlandesgericht Wien* salienta que, contrariamente ao previsto no § 219, n.º 2, do *ZPO*, o § 39, n.º 2, da *KartG* exclui qualquer faculdade de o juiz autorizar, na falta do acordo das partes, o acesso aos autos relativos aos processos judiciais em matéria de concorrência, mesmo quando o autor do pedido de acesso pode invocar validamente um interesse jurídico. Por outras palavras, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, no sistema austríaco, foi o próprio legislador que ponderou, por um lado, o interesse geral da autoridade federal da concorrência na obtenção de informações e na atualização de infrações ao direito da concorrência e, por outro, o interesse dos terceiros em beneficiarem de um acesso aos autos com o objetivo de facilitar o exercício de ações de indemnização. Deste modo, nessa ponderação, foi atribuída preferência absoluta ao primeiro destes interesses, em detrimento do segundo. Daqui decorre que, segundo esse órgão jurisdicional, mesmo que apenas uma das partes no processo não tenha dado o seu consentimento, o juiz, que não está autorizado a ponderar os interesses em presença, tem de recusar, de uma maneira geral, a consulta dos autos por terceiros.

#### 1.4. Questões prejudiciais

O referido órgão jurisdicional recordou que, segundo o acórdão de 14 de junho de 2011, *Pfleiderer*<sup>3</sup>, as disposições do direito da União Europeia em matéria

---

3 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de junho de 2011, no processo C-360/09, *Pfleiderer vs. Bundeskartellamt*.

de cartéis não se opõem a que uma pessoa obtenha o acesso aos documentos relativos a um processo de clemência respeitante ao autor de uma infração ao direito da concorrência da União Europeia. Com efeito, na falta de regulamentação vinculativa do direito da União Europeia na matéria, cabe aos Estados membros fixar e aplicar as regras nacionais que regulam o acesso das pessoas lesadas por um cartel aos documentos relativos a processos de clemência.

O *Oberlandesgericht Wien* sublinhou, no entanto, que nos n.ºs 30 e 31 do acórdão *Pfleiderer* o TJUE precisou igualmente que, no respeito do princípio da efetividade, é necessário zelar por que as regras nacionais aplicáveis não sejam formuladas de modo a tornar na prática impossível ou excessivamente difícil a obtenção dessa reparação e ponderar os interesses que justificam, por um lado, a comunicação das informações fornecidas voluntariamente pelo requerente de clemência e, por outro, a proteção destas. Tal ponderação só pode ser realizada pelos órgãos jurisdicionais nacionais numa base casuística, no quadro do direito nacional, e tomando em conta todos os elementos pertinentes do processo.

O *Oberlandesgericht Wien* teve dúvidas quanto à compatibilidade do § 39, n.º 2, da *KartG* com esta interpretação do direito da União Europeia aplicável, na medida em que esta disposição exclui qualquer ponderação, pelo juiz, dos interesses em presença.

Recordando a referência feita no n.º 30 do acórdão *Pfleiderer* ao princípio da equivalência, o órgão jurisdicional de reenvio questionou-se igualmente sobre se, embora o § 39, n.º 2, da *KartG* seja aplicável da mesma maneira a qualquer processo em matéria de cartéis, quer este assente no direito, nacional quer no direito da União Europeia, esta disposição não é contrária ao referido princípio na medida em que não se aplica às ações de indemnização por danos sofridos em razão de uma infração cometida noutros domínios do direito civil ou do direito penal, uma vez que estas ações são reguladas mais favoravelmente, no que diz respeito ao acesso aos autos, pelo § 219, n.º 2, do *ZPO*.

Nestas condições, o *Oberlandesgericht Wien* decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE as seguintes questões prejudiciais:

1) *Atendendo especialmente ao acórdão [Pfleiderer], o direito da União Europeia opõe-se a uma disposição nacional em matéria de cartéis que condiciona, sem exceções, a concessão do acesso aos autos do tribunal da concorrência a terceiros que não são partes no processo, com a finalidade de prepararem ações de indemnização contra membros de um cartel em processos em que foram aplicados o artigo 101.º ou o artigo 102.º do TFUE, em conjugação com o Regulamento (CE) n.º 1/2003 [...], à autorização de todas as partes no processo, e que não permite ao órgão jurisdicional*

*uma ponderação casuística dos interesses protegidos pelo direito da União Europeia para determinar as condições em que o acesso aos autos deve ser concedido ou recusado?*

*No caso de resposta negativa à primeira questão:*

*2) O direito da União Europeia opõe-se a uma disposição nacional dessa natureza que seja [...] aplicável [da mesma maneira] a um processo em matéria de cartéis exclusivamente de âmbito nacional e que [...] não preveja nenhum regime específico para documentos disponibilizados por requerentes de clemência quando [...] disposições nacionais comparáveis [permitem], noutros tipos de processos, em especial [...] processos civis de jurisdição contenciosa e de jurisdição voluntária e no processo penal, [...] o acesso aos autos mesmo sem a autorização das partes, desde que o terceiro que não é parte no processo demonstre um interesse jurídico no acesso aos autos e que, no caso concreto, interesses [superiores] de [outra pessoa] ou interesses públicos [superiores] não se oponham ao acesso aos autos?*

### **1.5. A análise do TJUE**

A fim de responder às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o TJUE começa por recordar que, do mesmo modo que cria encargos para os particulares, o direito da União Europeia cria direitos que entram no seu património jurídico; esses direitos nascem não só quando atribuídos explicitamente pelos Tratados mas também em razão de obrigações que estes impõem de maneira bem definida tanto aos particulares como aos Estados membros e às instituições da União Europeia<sup>4</sup>.

O TJUE já precisou que, uma vez que o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE produz efeitos diretos nas relações entre os particulares e cria direitos para os litigantes<sup>5</sup>, o efeito útil da proibição enunciada nesta disposição seria posto em causa se não fosse possível a qualquer pessoa reclamar a reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência<sup>6</sup>.

Enfatiza de seguida o TJUE que, como resulta de jurisprudência assente, cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais encarregados de aplicar, no quadro das suas competências, as disposições do direito da União Europeia, garantir

4 *Vide*, neste sentido, acórdãos de 19 de novembro de 1991, *Francovich e o.*, C-6/90 e C-9/90, Colet., p. I-5357, n.º 31, e de 20 de setembro de 2001, *Courage e Crehan*, C-453/99, Colet., p. I-6297, n.º 19, e jurisprudência aí referida.

5 Acórdão de 13 de julho de 2006, *Manfredi e o.*, C-295/04 a C-298/04, Colet., p. I-6619, n.º 39 e jurisprudência aí referida.

6 Acórdão *Courage e Crehan*, n.º 26.

a plena eficácia destas normas e proteger os direitos que as mesmas conferem aos particulares<sup>7</sup>.

Por um lado, o direito de qualquer pessoa de reclamar a reparação do prejuízo que lhe tenha sido causado por um contrato ou um comportamento suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, em violação, designadamente, do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, reforça o caráter operacional das regras da União Europeia relativas à concorrência, na medida em que é suscetível de desencorajar acordos ou práticas, frequentemente dissimulados, suscetíveis de restringir ou falsear o jogo da concorrência, contribuindo assim para a manutenção de uma concorrência efetiva na União Europeia<sup>8</sup>.

Por outro lado, este direito constitui uma proteção eficaz contra as consequências prejudiciais que qualquer violação do referido artigo 101.º, n.º 1, pode produzir aos particulares, na medida em que permite às pessoas que tiverem sofrido um prejuízo em razão da referida violação pedir uma compensação integral que inclua não só o dano real (*damnum emergens*) mas também os lucros cessantes (*lucrum cessans*), bem como o pagamento de juros<sup>9</sup>.

Na falta de regulamentação da União Europeia na matéria, cabe à ordem jurídica interna de cada Estado membro regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos litigantes pelo efeito direto do direito da União Europeia.

No que diz respeito, mais especialmente, às modalidades processuais das ações de indemnização por violação das regras de concorrência, incumbe aos Estados membros estabelecer e aplicar as regras nacionais quanto ao direito de acesso das pessoas lesadas por um cartel aos documentos relativos aos processos nacionais respeitantes a esse cartel<sup>10</sup>.

No entanto, embora a determinação e a aplicação destas regras ainda sejam da competência dos Estados membros, estes devem exercer essa competência em respeito pelo direito da União Europeia. Em particular, as regras aplicáveis às ações destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que resultam para os litigantes do efeito direto do direito da União Europeia não devem ser menos

---

7 Vide, neste sentido, acórdãos de 9 de março de 1978, *Simmmenthal*, 106/77, Colet., p. 243, n.º 16; de 19 de junho de 1990, *Factortame e o.*, C-213/89, Colet., p. I-2433, n.º 19; *Courage e Crehan*, n.º 25; e *Manfredi e o.*, n.º 89.

8 Vide, neste sentido, acórdãos *Courage e Crehan*, n.ºs 26 e 27; *Manfredi e o.*, n.º 91; e *Pfleiderer*, n.º 28.

9 Vide, neste sentido, acórdão *Manfredi e o.*, n.º 95.

10 Vide, neste sentido, acórdão *Pfleiderer*, n.º 23.

favoráveis do que as que dizem respeito a ações semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência) e não devem tornar na prática impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União Europeia (princípio da efetividade)<sup>11</sup>.

É à luz destas considerações que o TJUE responde às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

#### 1.4.1. a) Quanto à primeira questão

Com a primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio perguntou, no essencial, se o direito da União Europeia, em especial o princípio da efetividade, se opõe a uma disposição do direito nacional por força da qual o acesso aos documentos que figuram nos autos respeitantes a um processo nacional relativo à aplicação do artigo 101.º do TFUE – incluindo aos documentos comunicados no quadro de um programa de clemência – por parte de terceiros que não são partes nesse processo e que pretendem propor ações de indemnização contra participantes num cartel, está subordinado apenas ao consentimento de todas as partes no referido processo, sem que nenhuma possibilidade de ponderar os interesses em presença seja deixada aos órgãos jurisdicionais nacionais.

Destaca o TJUE que, a fim de responder a esta questão, no âmbito do exercício da sua competência para aplicar as regras nacionais relativas ao direito das pessoas que se consideram lesadas por um cartel de terem acesso aos documentos relativos aos processos nacionais respeitantes a esse cartel, é necessário que os órgãos jurisdicionais nacionais ponderem os interesses que justificam a comunicação das informações e a proteção destas<sup>12</sup>.

A necessidade dessa ponderação reside no facto de que, especialmente em matéria de concorrência, qualquer regra rígida, tanto no sentido de uma recusa absoluta de acesso aos documentos em causa, como no de um acesso generalizado a esses documentos, é suscetível de lesar a aplicação efetiva, designadamente, do artigo 101.º do TFUE e dos direitos que esta disposição confere aos particulares.

Com efeito, no que diz respeito, por um lado, a uma regra segundo a qual deveria ser recusado o acesso a qualquer documento do âmbito de um processo

11 *Vide* acórdãos *Courage e Crehan*, n.º 29; *Manfredi e o.*, n.º 62; e acórdão de 30 de maio de 2013, *Jörös*, C-397/11, Colet., p. I-0000, n.º 29. A este propósito, e especificamente no domínio do direito da concorrência, estas regras não devem prejudicar a aplicação efetiva dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (*vide* acórdão *Pfleiderer*, n.º 24, e de 7 de dezembro de 2010, *VEBIC*, C-439/08, Colet., p. I-12471, n.º 57)

12 *Vide*, neste sentido, acórdão *Pfleiderer*, já referido, n.º 30.

em matéria de concorrência, há que concluir que essa regra seria suscetível de tornar impossível ou, pelo menos, excessivamente difícil a proteção do direito a reparação de que beneficiam as pessoas lesadas por uma violação do artigo 101.º do TFUE. É nomeadamente o que acontece quando apenas o acesso aos documentos que figuram nos autos referentes ao processo pendente na autoridade nacional competente em matéria de concorrência permite a essas pessoas dispor dos elementos de prova necessários para fundamentar o seu pedido de reparação. Com efeito, quando as referidas pessoas não dispõem de nenhuma outra possibilidade de obter esses elementos de prova, a recusa de acesso aos autos que lhes é oposta priva de qualquer efeito útil o direito à reparação que lhes é conferido diretamente pelo direito da União Europeia.

No que diz respeito, por outro lado, a uma regra segundo a qual qualquer documento de um processo em matéria de concorrência deva ser comunicado a um interessado pela simples razão de este pretender intentar uma ação de indemnização, importa salientar, antes de mais, que essa regra de acesso generalizado não seria necessária para assegurar uma proteção efetiva do direito à reparação que assiste ao referido interessado, na medida em que é pouco provável que a ação de indemnização tenha de assentar em todos os elementos que figuram nos autos relativos a esse processo. Em seguida, essa regra poderia conduzir à violação de outros direitos conferidos pelo direito da União Europeia às empresas em causa, como, por exemplo, o direito à proteção do sigilo profissional ou do segredo de negócios, ou aos particulares em causa, como o direito à proteção dos dados pessoais. Por último, esse acesso generalizado também poderia prejudicar interesses públicos, como a eficácia da política de repressão das violações do direito da concorrência, na medida em que poderia dissuadir as pessoas envolvidas numa violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE de cooperarem com as autoridades da concorrência<sup>13</sup>.

Daqui resulta que, conforme o TJUE já teve ocasião de precisar, a ponderação dos interesses que justifica a comunicação das informações e a proteção destas só pode ser realizada pelos órgãos jurisdicionais nacionais numa base casuística, no quadro do direito nacional e tomando em conta todos os elementos pertinentes do processo<sup>14</sup>.

Embora seja verdade, como sublinha o Governo austríaco, que essa ponderação deve ser feita no quadro do direito nacional, este direito não deve ser

---

13 *Vide*, neste sentido, acórdão *Pfleiderer*, n.º 27.

14 *Acórdão Pfleiderer*, n.º 31.



concebido de modo a excluir qualquer possibilidade de os órgãos jurisdicionais nacionais procederem a essa ponderação caso a caso.

Resulta da decisão de reenvio e das observações apresentadas ao TJUE que, na aceção do § 39, n.º 2, da *KartG*, o acesso aos autos pendentes no Tribunal da Concorrência é autorizado unicamente na condição de nenhuma das partes no processo a tal se opor.

Nessa situação, os órgãos jurisdicionais nacionais que devem pronunciar-se sobre um pedido de acesso a esses autos não dispõem de nenhuma possibilidade de ponderar os interesses protegidos pelo direito da União Europeia. Em especial, esses órgãos jurisdicionais, que apenas estão habilitados a constatar a existência do cartel ou a recusa manifestada pelas partes no processo da divulgação dos elementos que figuram nos referidos autos, não podem intervir, com vista à proteção de interesses públicos superiores ou de interesses legítimos superiores de outras pessoas, designadamente para permitir a comunicação dos documentos pedidos, em caso de recusa oposta por apenas uma dessas partes.

Por outro lado, resulta igualmente da decisão de reenvio que as partes no processo pendente no tribunal da concorrência podem recusar o acesso aos autos sem ter de fornecer nenhuma justificação. Esta possibilidade deixa subsistir, na prática, um risco de recusa sistemática de qualquer pedido de acesso, sempre que esse pedido diga respeito a documentos cuja divulgação é contrária aos interesses das partes no processo, incluindo aos que possam conter elementos de prova nos quais um pedido de reparação se pudesse basear e aos quais o interessado não pode aceder por outras vias.

Daqui decorre que, na medida em que a regra do direito nacional em causa no processo principal deixa às partes que violaram o artigo 101.º do TFUE a possibilidade de impedir as pessoas supostamente lesadas pela violação desta disposição de terem acesso aos documentos em causa, sem tomar em conta a circunstância de que tal acesso poderia representar a única possibilidade oferecida a essas pessoas de obterem os elementos de prova necessários a fim de fundamentar os respetivos pedidos de reparação, esta regra pode tornar excessivamente difícil o exercício do direito à reparação conferido às referidas pessoas pelo direito da União Europeia.

Esta interpretação não pode ser posta em causa pelo argumento do Governo austríaco segundo o qual essa regra é necessária, designadamente quanto aos documentos carreados pelas partes para os autos relativos ao processo em aplicação de um programa de clemência, a fim de assegurar a eficácia desse programa e, ao mesmo tempo, a da aplicação do artigo 101.º do TFUE.

Na verdade, conforme salientado<sup>15</sup>, os Estados membros não podem organizar o acesso aos autos de modo a lesar interesses públicos como, designadamente, a eficácia da política de repressão das violações do direito da concorrência.

A este propósito, o TJUE reconheceu que os programas de clemência constituem instrumentos úteis no combate eficaz para detetar e pôr cobro às violações das regras de concorrência e servem, assim, o objetivo da aplicação efetiva dos artigos 101.º do TFUE, e que a eficácia destes programas poderia ser afetada pela comunicação dos documentos relativos a um procedimento de clemência às pessoas que pretendem propor uma ação de indemnização por danos. Com efeito, é razoável considerar que, face à eventualidade de tal comunicação, uma pessoa implicada numa violação do direito da concorrência seria dissuadida de utilizar a possibilidade oferecida por esses programas de clemência<sup>16</sup>.

Observe-se, no entanto, que estas considerações, embora possam justificar que o acesso a certos documentos que figuram nos autos de um processo nacional em matéria de concorrência possa ser recusado, não implicam que tal acesso possa ser sistematicamente recusado, uma vez que qualquer pedido de acesso aos documentos em causa deve ser objeto de apreciação caso a caso que tome em conta todos os elementos do processo<sup>17</sup>.

No âmbito dessa apreciação, cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais avaliar, por um lado, o interesse do lesado em obter o acesso a esses documentos a fim de preparar a sua ação de indemnização, tendo em conta, em especial, as outras possibilidades eventualmente ao seu dispor.

Por outro lado, esses órgãos jurisdicionais devem ter em consideração as consequências realmente prejudiciais às quais tal acesso pode dar lugar, tendo em conta interesses públicos ou interesses legítimos de outras pessoas.

Em especial, no que diz respeito ao interesse público ligado à eficácia dos programas de clemência ao qual se refere o Governo austríaco no caso vertente, há que sublinhar que, tendo em conta a importância das ações de indemnização por danos intentadas nos órgãos jurisdicionais nacionais com vista à manutenção de uma concorrência efetiva na União Europeia<sup>18</sup>, a simples invocação de um risco de que o acesso aos elementos de prova, que figuram nos autos de um processo em matéria de concorrência e necessários para fundamentar essas

15 Cfr. n.º 33 do acórdão em análise.

16 Acórdão *Pfleiderer*, n.ºs 25 a 27.

17 *Vide*, neste sentido, acórdão *Pfleiderer*, n.º 31.

18 *Vide* acórdão *Courage e Crehan*, n.º 27.

ações, afete a eficácia de um programa de clemência, no âmbito do qual esses documentos foram comunicados à autoridade competente da concorrência, não pode justificar a recusa de acesso a esses elementos.

Em contrapartida, a circunstância de que essa recusa possa impedir o exercício das referidas ações, fornecendo por outro lado às empresas em causa, que podem já ter beneficiado de uma imunidade, pelo menos parcial, em matéria de sanções pecuniárias, a possibilidade de se subtraírem igualmente à sua obrigação de reparar os danos resultantes da violação do artigo 101.º do TFUE, e isso em detrimento das pessoas lesadas, exige que essa recusa assente em razões imperativas ligadas à proteção do interesse invocado e aplicáveis a cada documento cujo acesso é recusado.

Com efeito, apenas a existência de um risco de que um determinado documento lese concretamente um interesse público ligado à eficácia de um programa nacional de clemência pode justificar que esse documento não seja divulgado.

Tendo em conta as considerações precedentes, há que responder à primeira questão no sentido de que o direito da União Europeia, em especial o princípio da efetividade, se opõe a uma disposição do direito nacional por força da qual o acesso aos documentos que figuram nos autos respeitantes a um processo nacional relativo à aplicação do artigo 101.º do TFUE, incluindo aos documentos comunicados no quadro de um programa de clemência, de terceiros que não são partes nesse processo e que pretendem propor ações de indemnização contra participantes num cartel está subordinado apenas ao consentimento de todas as partes no referido processo, sem que nenhuma possibilidade de ponderar os interesses em presença seja deixada aos órgãos jurisdicionais nacionais.

#### **1.4.2. b) Quanto à segunda questão prejudicial**

Tendo em conta a resposta dada à primeira questão, não há que responder à segunda questão.

#### **Decisão**

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declara:

**O direito da União Europeia, em especial o princípio da efetividade, opõe-se a uma disposição do direito nacional por força da qual o acesso aos documentos que figuram nos autos respeitantes a um processo nacional relativo à aplicação do artigo 101.º do TFUE, incluindo aos documentos comunicados no**

quadro de um programa de clemência, de terceiros que não são partes nesse processo e que pretendem propor ações de indemnização contra participantes num cartel está subordinado apenas ao consentimento de todas as partes no referido processo, sem que nenhuma possibilidade de ponderar os interesses em presença seja deixada aos órgãos jurisdicionais nacionais.

## 2. Comentário

### 2.1. O acórdão

O acórdão *supra*, proferido pela primeira secção do TJUE em 13.6.2013 (*Donau Chemie*), debate e decide sobre a questão do acesso por terceiros aos documentos que compõem os autos do processo judicial em que está em recurso uma condenação por infração às regras da concorrência da União Europeia, *in casu*, ao artigo 101.º do TFUE, face às normas austríacas que regulam o acesso a este tipo de processos.

Esta problemática não é nova para o direito da União Europeia. Tampouco é nova para o TJUE. Recordemos que no acórdão *Pfleiderer*, repetidamente citado no acórdão *Donau Chemie*, esteve em discussão a questão do acesso a documentos que integram um processo por infração ao direito da concorrência da União Europeia<sup>19 20</sup>.

Contudo, os dois arestos partiam de premissas diferentes: enquanto no acórdão *Pfleiderer* estava em causa a possibilidade de acesso por terceiros aos documentos na posse da autoridade de concorrência alemã – *Bundeskartellamt* – e submetidos na sequência de um requerimento de clemência por parte de uma empresa participante num cartel, no acórdão *Donau Chemie* questionou-se a compatibilidade de uma norma de direito interno que condiciona o acesso a terceiros aos autos de processos no tribunal da concorrência à obtenção do consentimento das partes nestes processos.

---

19 Recordemos que no acórdão *Pfleiderer* o TJUE decidiu que as disposições do direito da União Europeia em matéria de cartéis, em especial o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem a que uma pessoa lesada por uma infração ao direito da concorrência da União Europeia e que procura obter uma indemnização tenha acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência respeitante ao autor da referida infração. Incumbe, porém, aos órgãos jurisdicionais dos Estados membros, com base no seu direito nacional, determinar as condições nas quais tal acesso deve ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União Europeia.

20 Sobre o acórdão *Pfleiderer*, seus antecedentes, interpretação e implicações *vide* Anastácio, 2012, bem como a bibliografia aí citada.

Sendo a temática no acórdão *Donau Chemie* mais vasta (quando comparada com o acórdão *Pfleiderer*), a mesma não deixa de ter subjacente a tensão entre, por um lado, a pretensão de quem tenha sofrido danos por violação dos artigos 101.º do TFUE se querer prevalecer do acesso a decisões administrativas e judiciais que condenaram aqueles comportamentos (bem como documentos que constam dos respetivos processos) para se verem ressarcidos dos danos sofridos e, por outro lado, os incentivos indispensáveis para que um regime jurídico de clemência seja apelativo para aqueles que, tendo participado num cartel, optem por revelar essa sua participação às autoridades de concorrência e cooperem na investigação<sup>21</sup>. Note-se que, apesar de a questão de base do direito austríaco dizer respeito a todo o processo – o § 39, n.º 2, da *Kartellgesetz* 2005 enuncia que *as pessoas que não sejam partes no processo só podem obter acesso aos autos do processo no tribunal da concorrência com o consentimento das partes* – tanto o percurso feito pelo TJUE no acórdão *Donau Chemie*, como a decisão final – a resposta à *primeira questão prejudicial* – incluem a menção expressa aos “documentos comunicados no quadro de um programa de clemência”.

Em *Donau Chemie* o TJUE recupera a ponderação dos interesses em presença como ideia matriz que perpassava o acórdão *Pfleiderer*, afastando os cenários mais extremos: “A necessidade dessa ponderação reside no facto de que, especialmente em matéria de concorrência, qualquer regra rígida, tanto no sentido de uma recusa absoluta de acesso aos documentos em causa como no de um acesso generalizado a esses documentos, é suscetível de lesar a aplicação efetiva, designadamente, do artigo 101.º do TFUE e dos direitos que esta disposição confere aos particulares”<sup>22</sup>.

Reitera o TJUE que é fundamental procurar que o acesso seja concedido na medida necessária para *assegurar uma proteção efetiva do direito à reparação que assiste aos lesados por infrações ao direito da concorrência, sem que esse acesso prejudique interesses públicos, como a eficácia da política de repressão das violações do direito da concorrência, na medida em que poderia dissuadir as pessoas envolvidas numa violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE de cooperarem com as autoridades da concorrência*.

21 Vide Anastácio, 2012: 299-302; Silveiro, 2012: 272. Veja-se, também, entre muitos, Canenbley & Steinworth, 2011: 315-326; Caruso 2010: 460-469; Miller, Nordlander & Owens, 2010: 1-14; Idot, 2007: 96-97; Bloom, 2006: 558-562 e Lasserre, 2005: 18-19.

22 Parágrafo 31.

Outro ponto merecedor de destaque é a confirmação de uma imprescindível análise casuística – necessariamente *a posteriori* –, a fazer pelos órgãos jurisdicionais nacionais, que verifique que o referido equilíbrio se encontra assegurado. O TJUE deixa bem claro que não acolhe a leitura feita pelo órgão jurisdicional de reenvio de que o próprio legislador – no § 39, n.º 2, da *Kartellgesetz* 2005 – ponderou, “por um lado, o interesse geral da autoridade federal da concorrência na obtenção de informações e na atualização de infrações ao direito da concorrência e, por outro, o interesse dos terceiros em beneficiarem de um acesso aos autos com o objetivo de facilitar o exercício de ações de indemnização. Deste modo, nessa ponderação, foi atribuída preferência absoluta ao primeiro destes interesses, em detrimento do segundo”.

Na defesa da análise casuística que deve presidir à recusa de acesso aos documentos (incluindo aqui os que tenham sido juntos ao processo no âmbito da cooperação associada a programas de clemência) o TJUE faz, de novo, uma abordagem intrínseca e duplamente concreta: “exige que essa recusa assente em razões imperativas ligadas à proteção do interesse invocado e aplicável a cada documento cujo acesso é recusado”<sup>23</sup> e que “apenas a existência de um risco de que um determinado documento lese concretamente um interesse público ligado à eficácia de um programa nacional de clemência pode justificar que esse documento não seja divulgado”<sup>24</sup>.

Duas breves referências finais: uma para notar que o TJUE omite qualquer referência ao argumento que o órgão jurisdicional de reenvio elencara – retomado pelo Advogado Geral Jääskinen – e que se relacionava com o facto de, nos termos do direito austríaco, as ações de responsabilidade civil em processos cíveis e em processos penais não ser exigido o consentimento de todas as partes relativamente aos dossiês na posse dos tribunais. Sendo um argumento que ancorava – no princípio da equivalência – as dúvidas do tribunal da concorrência austríaco plasmadas na segunda questão prejudicial, poderia, todavia, o mesmo ter sido usado em reforço da resposta à primeira questão.

Uma outra para registar que o TJUE foi completamente indiferente – ou pelo menos não deixou perpassar o contrário para o texto do acórdão – ao argumento usado pelo Advogado Geral Jääskinen de que o facto de os acórdãos do tribunal austríaco da concorrência não serem publicados contribuiria, também,

---

23 Parágrafo 47.

24 Parágrafo 48.

para a desproporção que a norma que impede o acesso ao processo de terceiros – na ausência de consentimento das partes – corporiza<sup>25</sup>.

## 2.2. Depois do acórdão

Em 11 de junho de 2013 a Comissão publicou uma proposta de diretiva para promover a propositura de ações de responsabilidade civil por danos sofridos em virtude de comportamentos anticoncorrenciais<sup>26</sup>.

Resultado de quase uma década de reflexão na Comissão, e entre esta e os Estados membros<sup>27</sup>, a proposta de diretiva apresenta como seu primeiro objetivo otimizar a interação entre a aplicação pública e a aplicação privada das regras de concorrência da União Europeia. Como segundo objetivo a proposta visa assegurar que os lesados que hajam sofrido danos em consequência de infrações às regras de concorrência da União Europeia obtêm uma reparação dos danos sofridos<sup>28</sup>.

Fundando a necessidade de uma regulamentação abrangente, a proposta identifica riscos consideráveis de a aplicação pública pela Comissão e pelas autoridades de concorrência ser prejudicada, se não existirem regras comuns sobre a aplicação pública e privada das normas de concorrência.

Embora a proposta de diretiva se apresente, de gênese, abstrata, a forma e os termos com que expõe as justificações e os objetivos que a enformam, deixa a percepção da sua umbilical ligação à questão do melhor modelo de disponibilização dos documentos relacionados com pedidos de clemência<sup>29</sup>.

25 Esta situação foi entretanto alterada, sendo as decisões daquele tribunal publicadas: *vide* Stanevičius, 2013, p. 324.

26 Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados membros e da União Europeia (COM/2013/0404 final) 2013/0185, consultada em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:PT:HTML>.

27 Discussão essa materializada, essencialmente, na publicação de um *green paper* em 2005 e um *white paper* em 2008.

28 Reconhece-se, na própria proposta de Diretiva, que “apesar de algumas recentes melhorias nalguns Estados membros, até hoje, a maior parte das vítimas de infrações às regras de concorrência da UE, não obtêm, na prática, uma reparação pelos danos sofridos”, *vide* p. 4 da proposta de Diretiva.

29 *Vide* p. 3: “Este aspeto pode ser ilustrado muito claramente no caso das informações facultadas voluntariamente pelas empresas às autoridades da concorrência no âmbito do seu programa de clemência. A imprevisibilidade decorrente do facto de cada tribunal nacional ter de decidir, numa base *ad hoc* e de acordo com as regras nacionais aplicáveis, se deve ou não conceder o acesso a essas informações relacionadas com a clemência, não pode ser adequadamente resolvida por uma legislação nacional potencialmente divergente.”

A proposta de Diretiva prevê uma proteção absoluta daqueles que considera os documentos fundamentais ao dispor das autoridades de concorrência para investigação de infrações às regras de concorrência da União Europeia: as declarações das empresas no âmbito de programas de clemência, por um lado, e as propostas de transação, por outro. Para tal, o artigo 6.º da proposta de Diretiva (*Limites à divulgação de elementos de prova do dossiê de uma autoridade da concorrência*) prevê, no seu n.º 1, que “[o]s Estados membros devem assegurar que, para efeitos de ações de indemnização, os tribunais nacionais não podem, em momento algum, ordenar a uma parte ou a um terceiro que divulgue qualquer das seguintes categorias de informação: a) declarações de empresa em matéria de clemência; e, b) propostas de transação”.

A solução presente no artigo 6.º, n.º 1, da proposta de Diretiva, na tentativa de concatenar os interesses contraditórios entre o *public* e o *private enforcement* no que ao acesso aos documentos diz respeito, não é congruente com aquilo que o TJUE decidiu nos acórdãos *Pfleiderer* e *Donau Chemie*<sup>30</sup>.

Recordemos que em ambos os arestos o TJUE decidiu que a problemática do acesso (ou de recusa de acesso) aos documentos deve ser ponderada caso a caso e documento a documento. Qualquer regra rígida – de permissão absoluta de acesso, ou de recusa total de acesso – viola, no entender do TJUE, o princípio da efetividade consagrado no Direito da União Europeia<sup>31</sup>. E a forma pela qual se optou, com o elenco de documentos no artigo 6.º, mormente no n.º 1 – em que a inacessibilidade é perentória – parece ter feito tábua rasa daquela jurisprudência<sup>32</sup>.

Em *Donau Chemie* o TJUE também não foi sensível ao argumento de que o legislador (austríaco), no desenho do seu quadro normativo que proibia o acesso aos autos do processo no tribunal da concorrência (a não ser que houvesse

30 “The draft directive’s attempt to alleviate the tension between public and private enforcement of competition law by exempting certain documents from disclosure and by privileging successful leniency applicants in relation to the injured parties is not fully in line with recent ECJ judgments”, Kersting, 2014:2.

31 Vide *Donau Chemie* (parágrafos 31 e 48) e *Pfleiderer* (parágrafo 30). Vide, Kersting, 2014: 2, Hirst, 2013: 486.

32 Na nota explicativa da proposta de Diretiva, a Comissão não deixa grande margem de interpretação do teor do artigo 6.º, n.º 1: “Em primeiro lugar, prevê uma proteção absoluta para dois tipos de documentos que são considerados cruciais para a eficácia das ferramentas de aplicação pública. Os documentos referidos são as declarações de empresa no âmbito de um programa de clemência e as propostas de transação. A divulgação desses documentos corre o risco de afetar seriamente a eficácia do programa de clemência e os procedimentos de transação. Nos termos da proposta de diretiva, um tribunal nacional nunca pode ordenar a divulgação de tais documentos no âmbito de uma ação de indemnização” (vide 4.2. da proposta de Diretiva, destaque nosso).



consentimento das partes) já havia feito uma ponderação abstrata e apriorística entre o *public* e o *private enforcement* subjacente a esse acesso. A proposta de Diretiva – ou, pelo menos, a defesa das opções que ela corporizou<sup>33</sup> – parece assentar na mesma lógica. Podemos estar perante mais um foco de conflito entre a posição da Comissão (ou do Parlamento Europeu se a aprovar nestes precisos termos) e a jurisprudência recente do TJUE<sup>34</sup>.

A proximidade temporal entre o acórdão *Donau Chemie* e o momento em que a proposta de Diretiva foi tornada pública é notória e foi alvo dos mais diversos comentários: “Few pronouncements of the Community Courts have been so quickly eclipsed by a European Commission proposal as the *Donau Chemie* decision (Case C-536/11) has been by the proposed directive on damages, which was issued five days after the judgment of the European Court of Justice [...]. To misquote Mark Twain, however, a close reading of the judgment suggests that reports of its death (and its predecessor, *Pfleiderer*) may prove greatly exaggerated”<sup>35</sup>.

---

33 “The proposed Directive is a completely different scenario than the Austrian one. When asked by one of the parties to order the disclosure of a given document, the national judges will, as part of the necessity and proportionality test, balance the conflicting interests in favor and against disclosure. It is only with regard to corporate statements and settlement submissions, which are voluntary and self-incriminating, that such balancing is done a priori by the European legislator. This is because of the prevailing public interest to protect the leniency and the settlement programs”, afirmou o Diretor Geral da Concorrência, Alexander Italianer na 12.ª Conferência Anual da Associação de Juízes de Direito Europeu da Concorrência, que decorreu no Luxemburgo, em palestra intitulada “Competition Law within a framework of rights and the Commission’s proposal for a Directive on antitrust damage actions” consultada em [http://ec.europa.eu/competition/speeches/index\\_speeches\\_by\\_the\\_dg.html](http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_speeches_by_the_dg.html), (destaque nosso).

34 Não encontrando na jurisprudência do TJUE sobre esta problemática diferenças entre a ponderação apriorística feita pelo legislador nacional ou pelo legislador da União Europeia, vide Adkins & Beighton, 2013: 11 e Kersting, 2014:2. Para estes autores, tendo o TJUE em *Donau Chemie*, baseado a sua decisão na violação do princípio da efetividade, a fundamentação não é substancialmente afetada por tal princípio ser posto em causa por uma norma de direito interno de um Estado membro ou pelo texto de uma Diretiva do Parlamento Europeu. De notar a peculiaridade de ser a própria proposta de Diretiva, no artigo 3.º, a chamar o princípio da efetividade a enformar o teor com que as legislações nacionais concretizarão os termos da diretiva quando tem sido a violação deste mesmo princípio que tem levado o TJUE a recusar às legislações nacionais a possibilidade de recusa que agora se quer consagrar por via de diretiva. Em sentido mais favorável para o consagrado na proposta de Diretiva, Nordlander & Abenhaïm.

35 Adkins & Beighton, 2013: 10.

**BIBLIOGRAFIA**

ADKINS, Bernardine & BEIGHTON, Sam

2013 “The Donau Chemie Case. The thorny issue of access to leniency documents remains unresolved”, *Competition Law Insight*, vol. 12, Issue 7, 9 July 2013, pp. 10-11.

ANASTÁCIO, Catarina

2012 “Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Junho de 2011, no processo C-360/09, *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*”, *Revista da Concorrência & Regulação*, n.º 10, abril-junho 2012, pp. 291-314.

BLOOM, Margaret

2006 “Despite Its Great Success, the EC Leniency Program Faces Great Challenges”, in *European Competition Law Annual: Enforcement of Prohibition of Cartels, 2006*, pp. 543-570.

CANENBLEY, Cornelis & STEINVORTH, Till

2011 “Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programs and Private Damages Actions?”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, vol. 2, n.º 4, pp. 315-326.

CARUSO, Antonio

2010 “Leniency Programmes and Protection of Confidentiality: The experience of the European Commission”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n.º 6, pp. 453-477.

HIRST, Nicholas

2013 “*Donau Chemie*: National Rules Impeding Access to Antitrust Files Liable to Breach EU Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, n.º 1, pp. 484-486.

IDOT, Laurence

2007 “Programmes de clémence et droit de la concurrence. L'entrée dans la phase III”, in *Revue JURIDIQUE de l'économie publique/Cahiers Juridiques de l'électricité et du gaz*, n.º 640, março de 2007, pp. 89-97.

KERSTING, Christian

2014 “Removing the Tension Between Public and Private Enforcement: Disclosure and Privileges for Successful Leniency Applicants”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 5, n.º 1, pp. 1-4.

LASSERRE, Bruno

2005 “Propos introductifs in Clémence et Transaction en Matière de Concurrence, premières expériences et interrogations de la pratique”, Colóquio organizado a 19.1.2005, in *Gazette du Palais*, n.º 287-288, de 14.10.2005, disponível

em <http://www.creda.ccip.fr/colloques/pdf/2005-clemence-transaction/actes-clemence.pdf%20>, pp. 7-19.

MILLER, Samuel R., NORDLANDER, Kristina & OWENS, James C.

2010 “U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials”, in *The CPI Antitrust Journal*, março, pp. 2-14.

NORDLANDER, Kristina & Abenhaim, Marc

2014 “The ‘Discoverability’ of Leniency Documents and the Proposed Directive on Damages Actions for Antitrust Infringements”, in *CPI Antitrust Chronicle*, fevereiro, pp. 1-8.

SILVEIRO, Fernando Xarepe

2012 “O regime jurídico da clemência na nova lei da concorrência: Novas valências, novos desafios”, *Revista da Concorrência & Regulação*, n.º 10, abril-junho 2012, pp.-251-281.

STANEVIČIUS, Mantas

2013 “Cartel File Disclosure to Damage Claimants: AG Opinion in Donau Chemie”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, n.º 4, pp. 322-324.

TURNBULL, Sarah, WHITEFORD, Elaine & BEHLES, Adele

2013 “Striking a balance. The European Commission wants to promote private enforcement of competition law without jeopardizing enforcement”, *Competition Law Insight*, vol. 12, Issue 7, 9 July 2013, pp. 8-9.



# JURISPRUDÊNCIA GERAL

## JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – ABRIL A SETEMBRO DE 2013

*elaborado por André Forte*

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa (9.<sup>a</sup> Secção) de 4.4.2013, proferido no âmbito do Processo n.º 349/11.7TYLSB.L1 (recurso de Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa).

**Recorrente:** *ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento*

**Sumário:** nega provimento ao recurso, confirmando a decisão recorrida [que condenou a arguida, pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 4.º, n.º 1 e 43.º, n.º 1 al. a) e n.º 2 da LdC, na coima de 969.000,00 euros; a proceder, a expensas suas, à publicação no Diário da República, II Série, de um extrato da decisão do qual constem os fundamentos de facto e de direito que levaram à sua condenação bem como da parte decisória num jornal de circulação nacional]; condena a recorrente nas custas.

**Normas relevantes:** arts. 4.º, 17.º, 18.º, 19.º, 22.º, 24.º, 25.º, 26.º, 42.º e 43.º da LdC; arts. 8.º, 18.º, 41.º, 42.º, 50.º, 54.º, 58.º, 59.º, 63.º, 64.º, 74.º e 75.º do RGIMOS; art. 13.º do CP; arts. 39.º, 61.º, 119.º, 124.º, 126.º, 358.º, 359.º, 374.º, 379.º e 410.º do CPP; arts. 10.º, 12.º, 18.º, 20.º, 29.º, 32.º e 205.º da CRP; art. 3.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003; artigo 101.º do TFUE.

**Acórdão** do Tribunal da Relação de Lisboa (3.<sup>a</sup> Secção, em conferência) de 10.4.2013, proferido no âmbito do Processo n.º 350/08.8TYLSB.L2 (recurso de Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa).

**Requerente:** *Abbott – Laboratórios, Lda.*

**Sumário:** indefere o requerido [declaração de nulidade do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa; declaração da prescrição do procedimento contraordenacional em relação à requerente]; condena a requerente nas custas.

**Normas relevantes:** arts. 49.º, 50.º e 52.º da LdC; arts. 41.º, 59.º, 73.º, 74.º e 75.º do RGIMOS; arts. 4.º, 97.º, 379.º, 380.º, 399.º, 420.º, 424.º e 425.º do CPP; arts. 660.º, 668.º, 671.º, 672.º, 677.º, 679.º e 720.º do CPC; arts. 1.º, 2.º, 3.º, 18.º, 20.º, 32.º, 203.º, 205.º e art. 210.º da CRP; art. 84.º da LTC; art. 6.º da CEDH.

**Sentença** do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 24.5.2013, proferida no âmbito do Processo n.º 18/12.0YUSTR (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contraordenação).

**Recorrente:** *LACTOGAL – Produtos Alimentares, S.A.*

**Sumário:** nega provimento ao recurso, decidindo manter a condenação da arguida pela prática, como autora material, de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 4.º, 43.º, n.º 1, al. a) e 44.º da LdC e, em consequência, aplicar-lhe uma coima no valor de trezentos e quarenta e um mil e noventa e oito euros; condena a arguida nas custas do processo.

**Normas relevantes:** arts. 4.º, 43.º, 44.º e 48.º da LdC; arts. 27.º, 28.º, 41.º, 58.º e 93.º do RGIMOS; arts. 119.º, 121.º, 374.º e 379.º do CPP; art. 4.º do Regulamento (CE) n.º 330/2010; art. 101.º do TFUE.

**Sentença** do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (1.º Juízo) de 19.7.2013, proferido no âmbito do Processo n.º 88/12.1YUSTR (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contraordenação).

**Recorrentes:** EUREST (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda.; GERTAL – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A.; ICA – Indústria e Comércio Alimentar, S.A.; ITAU – Instituto Técnico de Alimentação Humana, S.A.; NORDIGAL – Indústria de Transformação Alimentar, S.A.; TRIVALOR – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A.; UNISELF – Gestão e Exploração de Restaurantes de Empresas, Lda.; SODEXO PORTUGAL – Restauração e Serviços, S.A.; José Luís Silvestre Cordeiro; Manuel António Ribeiro Sevinat de Sousa; Carlos Alberto dos Santos Martins Moura; Mateus da Silva Alves; Cecília Maria Andrade Grilo Silva.

**Sumário:** concede parcial provimento ao recurso e determina: a condenação da arguida EUREST (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda. pela prática de intercâmbio de informações sensíveis, com o efeito de restringir de forma sensível a concorrência, como autora de uma contraordenação por violação do art. 4.º, n.º 1 da LdC e, em consequência, aplica-lhe uma coima

no valor de € 2.000.000,00; a condenação da TRIVALOR, em que se integram a TRIVALOR – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A., a GERTAL – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A. e a ITAU – Instituto Técnico de Alimentação Humana, S.A., pela prática de intercâmbio de informações sensíveis, com o efeito de restringir de forma sensível a concorrência, como autora de uma contraordenação por violação do art. 4.º, n.º 1 da LdC e, em consequência, aplica-lhe uma coima no valor de € 2.700.000,00; a condenação da arguida UNISELF – Gestão e Exploração de Restaurantes de Empresas, Lda. pela prática de intercâmbio de informações sensíveis, com o efeito de restringir de forma sensível a concorrência, como autora de uma contraordenação por violação do art. 4.º, n.º 1 da LdC e, em consequência, aplica-lhe uma coima no valor de € 850.000,00; a condenação da ICA – Indústria e Comércio Alimentar S.A./NORDIGAL – Indústria de Transformação Alimentar, S.A. pela prática de intercâmbio de informações sensíveis, com o efeito de restringir de forma sensível a concorrência, como autora de uma contraordenação por violação do art. 4.º, n.º 1 da LdC e, em consequência, aplica-lhe uma coima no valor de € 600.000,00; a condenação da arguida SODEXO Portugal – Restauração e Serviços, S.A. pela prática de intercâmbio de informações sensíveis, com o efeito de restringir de forma sensível a concorrência, como autora de uma contraordenação por violação do art. 4.º, n.º 1 da LdC e, em consequência, aplica-lhe uma coima no valor de € 180.000,00; a condenação da arguida Cecília Maria Andrade Grilo Silva, administradora da SODEXO desde 2003, pela prática, como autora, de uma contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da LdC e, em consequência, aplica-lhe uma coima no valor de € 2.000,00; a condenação do arguido Manuel António Ribeiro Sevinate Sousa, administrador da ICA/NORDIGAL desde pelo menos 1995, como autor de uma contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da LdC e, em consequência, aplica-lhe uma coima no valor de € 2.500,00; a condenação do arguido Mateus da Silva Alves, sócio gerente da UNISELF desde a sua constituição, pela prática, como autor, de uma contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da LdC e, em consequência, aplica-lhe uma coima no valor de € 2.600,00; a condenação do arguido Carlos Alberto dos Santos Martins Moura, Presidente do Conselho de Administração da ITAU (TRIVALOR) desde, pelo menos, 1995, pela prática, como autor, de uma contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da LdC e, em consequência, aplica-lhe uma coima no valor de € 2.700,00; condenação do arguido José Luís Silvestre Cordeiro, Presidente do Conselho de Administração da GERTAL (grupo

TRIVALOR) desde pelo menos 1995, pela prática, como autor, de uma contraordenação prevista no art. 47.º, n.º 3 da LdC, e em consequência, aplica-lhe uma coima no valor de € 2.700,00.

Determina ainda a manutenção da condenação dos arguidos na sanção acessória, ao abrigo do artigo 45.º da LdC, de publicação do prazo de 20 (vinte dias), a contar do trânsito em julgado da decisão, de extrato da mesma na II Série do Diário da República e a parte decisória num jornal de expansão nacional, com expressa menção à sanção aplicada aos legais representantes, quando aplicável.

Finalmente, condena os arguidos nas custas do processo.

**Normas relevantes:** arts. 2.º, 4.º, 5.º, 10.º, 17.º, 19.º, 22.º, 26.º, 43.º, 44.º, 45.º, 47.º e 49.º da LdC; arts. 4.º da Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto; arts. 8.º, 9.º, 17.º, 18.º, 27.º-A, 28.º, 32.º, 41.º, 50.º, 51.º e 58.º do RGIMOS; art. 13.º do CP; arts. 119.º, 126.º, 128.º, 129.º, 138.º, 140.º, 174.º, 176.º, 177.º, 179.º, 283.º, 269.º, 355.º, 358.º, 359.º, 374.º e 379.º do CPP; arts. 2.º, 18.º, 20.º, 29.º, 30.º, 32.º, 34.º, 97.º e 205.º da CRP; art. 101.º do TFUE; art. 3.º do Regulamento n.º 1/2003; art. 6.º da CEDH.

**Decisão Sumária** do Tribunal Constitucional (2.ª Secção) de 30.7.2013, proferido no âmbito do Processo n.º 588/2013 (recurso).

**Requerente:** Abbott – Laboratórios, Lda.; **Ministério Público**

**Sumário:** decide não julgar inconstitucional a norma extraída, quer diretamente do art. 73.º, n.º 1 do RGIMOS, quer através da sua conjugação com o art. 50.º, n.º 1 e com o art. 52.º, n.º 1 da LdC, quando interpretados no sentido de ser irrecorrível despacho que conheça da invocação de prescrição do processo contraordenacional, após prévia prolação de sentença, mediante remissão para a fundamentação constante dos Acórdãos n.º 659/2006, n.º 95/2008 e n.º 355/2012. Em consequência, decide negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e pela Abbott – Laboratórios, Lda. em 20.2.2013, quanto à interpretação normativa identificada.

Decide não conhecer do objeto do recurso quanto às restantes interpretações normativas identificadas nos recursos interpostos pela Abbott – Laboratórios, Lda. Finalmente, decide condenar a recorrente Abbott – Laboratórios, Lda. em custas.

**Normas relevantes:** arts. 49.º, 50.º e 52.º da LdC; arts. 41.º e 73.º do RGIMOS; arts. 374.º, 379.º, 413.º, e 425.º do CPP; arts. 20.º e 32.º da CRP; arts. 70.º, 75.º-A, 76.º, 78.º-A, 79.º-C e 84.º da LTC; art. 6.º da CEDH.



**Sentença** do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (1.º Juízo) de 27.9.2013, proferido no âmbito do Processo n.º 45/13.OYUSTR (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contraordenação).

**Recorrentes:** ANF – Associação Nacional das Farmácias; FARMINVESTE – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.; FARMINVESTE 3 – Gestão de Participações, SGPS, Lda.

**Sumário:** concede provimento ao recurso, declarando a nulidade da decisão administrativa e atos subsequentes e determinando a remessa dos autos à Autoridade da Concorrência para que esta pratique os atos necessários a dar integral cumprimento ao direito de defesa, notificando as arguidas dos novos factos desfavoráveis e dos meios de prova que os sustentam, e concedendo-lhes a possibilidade de, em prazo razoável, se pronunciarem sobre os mesmos.

**Normas relevantes:** arts.11.º e 43.º da LdC; arts. 41.º e 50.º do RGIMOS; arts. 120.º, art. 122.º e 283.º do CPP; art. 32.º da CRP.



## JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE REGULAÇÃO – ABRIL A SETEMBRO DE 2013

*elaborado por José Renato Gonçalves*

### VALORES MOBILIÁRIOS

**Sentença** do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 1.º Juízo, 2.ª Secção, de 15 de junho, no Processo n.º 1557/08.3TFLSB, que revoga a decisão condenatória da CMVM e absolve a arguida. Nos autos de contraordenação n.º 3/2008, a CMVM procedera ao cúmulo jurídico de 100 sanções e condenara a arguida (BCP, SA) numa coima única de três milhões de euros, embora admitindo a execução parcial da coima desde que verificadas diversas condições, pela violação a título doloso, entre os anos 2000 e 2007, dos deveres de (i) não praticar intermediação financeira excessiva, prevista no artigo 310.º do Código dos Valores Mobiliários (CVM), (ii) evitar conflitos de interesses (artigo 309.º, n.º 3, do CVM), (iii) conservadoria de documentação de operações (artigo 308.º, n.º 1, do CVM) e, a título negligente, do dever (iv) prestar informação de qualidade à entidade de supervisão (artigo 7.º do CVM). O recurso interposto na altura pela arguida foi julgado procedente, por sentença de 25 de outubro de 2010, que a absolveu da prática de várias contraordenações e revogou a decisão da CMVM, mas, na sequência de recurso interposto por esta entidade e pelo Ministério Público, o Tribunal da Relação, por acórdão de 28 de junho de 2011, viria a conceder provimento parcial, tendo confirmado a decisão recorrida em parte e determinado o reenvio para novo julgamento quanto à prática de 57 contraordenações, por violação a título doloso do dever de conservadoria de documentos, com vista a sanar o vício decisório previsto nos artigos 410.º, n.º 1, alínea b), 426.º, n.º 1, e 426.º-A do Código de Processo Penal, questão apreciada nos autos.

**Arguida/recorrente:** Banco Comercial Português, SA.

**Tipo de ilícito:** violação dos deveres de não intermediação financeira excessiva, de evitar conflitos de interesses, de conservar documentos de operações financeiras e de prestar informação de qualidade à entidade de supervisão.

**Decisão:** foi revogada a decisão condenatória e absolvida a arguida. A CMVM interpôs recurso para o Tribunal da Relação.

**Normas relevantes:** entre outros, os artigos 7.º, n.º 1, 308.º, n.º 1, 309.º, n.º 3, 310.º, 388.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, 389.º, n.º 3, alínea *b)*, 397.º, n.º 2, alíneas *b)* e *c)*, n.º 4, alínea *a)*, 402.º, n.º 1, 415.º, n.ºs 1, 2, 3 e 5, todos do CVM, artigos 17.º, n.º 4, e 19.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, e artigos 410.º, n.º 1, alínea *b)*, 426.º, n.º 1, e 426.º-A do CPP.

## JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – ABRIL A SETEMBRO DE 2013

*elaborado por Fernando Pereira Ricardo*

### **Abusos de posição dominante**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.09.2013, proferido no âmbito do Processo C-56/12 P.

Partes: *European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM)/Comissão e o.*

Acórdão do Tribunal Geral de 30.05.2013, proferido no âmbito do Processo T-74/11.

Partes: *Omnis Group Srl/Comissão.*

### **Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26.09.2013, proferido no âmbito do Processo C-179/12 P.

Partes: *The Dow Chemical Company/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26.09.2013, proferido no âmbito do Processo C-172/12 P.

Partes: *EI du Pont de Nemours and Company/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26.09.2013, proferido no âmbito do Processo C-679/11 P.

Partes: *Alliance One International Inc./Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26.09.2013, proferido no âmbito do Processo C-668/11 P.

Partes: *Alliance One International Inc./Comissão.*

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-412/10.

Partes: *Roca/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-411/10.

Partes: *Laufen Austria AG/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-408/10.

Partes: *Roca Sanitario, S.A./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-396/10.

Partes: *Zucchetti Rubinetteria SpA/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-386/10.

Partes: *Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-380/10.

Partes: *Wabco Europe e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito dos Processos T-379/10 e T-381/10.

Partes: *Keramag Keramische Werke AG e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-378/10.

Partes: *Masco Corp. e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-376/10.

Partes: *Mamoli Robinetteria SpA/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-375/10.

Partes: *Hansa Metallwerke AG e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito dos Processos T-373/10, T-374/10, T-382/10 e T-402/10.

Partes: *Villeroy & Boch Austria GmbH* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-368/10.

Partes: *Rubinetteria Cisl SpA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-364/10.

Partes: *Duravit AG*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-497/07.

Partes: *Compañía Española de Petróleos (CEPSA), SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-496/07.

Partes: *Repsol Lubricantes y Especialidades, SA* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-495/07.

Partes: *Productos Asfálticos (PROAS), SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-482/07.

Partes: *Nynäs Petroleum AB* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-462/07.

Partes: *Galp Energía España, SA* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-566/08.

Partes: *Total Raffinage Marketing*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-548/08.

Partes: *Total SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18.07.2013, proferido no âmbito do Processo C-501/11 P.

Partes: *Schindler Holding Ltd* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18.07.2013, proferido no âmbito do Processo C-499/11 P.

Partes: *The Dow Chemical Company* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.07.2013, proferido no âmbito do Processo C-444/11 P.

Partes: *Team Relocations NV* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.07.2013, proferido no âmbito do Processo C-440/11 P.

Partes: Comissão/*Stichting Administratiekantor Portielje* e o.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.07.2013, proferido no âmbito do Processo C-439/11 P.

Partes: *Ziegler SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.07.2013, proferido no âmbito do Processo C-429/11 P.

Partes: *Gosselin Group NV*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 11.07.2013, proferido no âmbito dos Processos T-108/07 e T-354/08.

Partes: *Diamanthandel A. Spira BVBA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 11.07.2013, proferido no âmbito dos Processos T-104/07 e T-339/08.

Partes: *Belgische Vereniging van handelaars in- en uitvoerders geslepen diamant (BVGD)*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 04.07.2013, proferido no âmbito do Processo C-287/11 P.

Partes: Comissão/*Aalberts Industries NV* e o.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.06.2013, proferido no âmbito do Processo C-269/12 P.

Partes: *Guillermo Cañas*/Comissão.



Acórdão do Tribunal de Justiça de 18.06.2013, proferido no âmbito do Processo C-681/11 (a título prejudicial).

Partes: *Bundeswettbewerbsbehörde* e o./*Schenker & Co. AG* e o.

Acórdão do Tribunal Geral de 18.06.2013, proferido no âmbito do Processo T-406/08.

Partes: *Industries chimiques du fluor*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 18.06.2013, proferido no âmbito do Processo T-404/08.

Partes: *Fluorsid SpA* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.06.2013, proferido no âmbito do Processo C-511/11 P.

Partes: *Versalis SpA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.06.2013, proferido no âmbito do Processo C-536/11.

Partes: *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie AG* e o.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.05.2013, proferido no âmbito do Processo C-70/12 P,

Partes: *Quinn Barlo Ltd* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 17.05.2013, proferido no âmbito do Processo T-154/09.

Partes: *Manuli Rubber Industries SpA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 17.05.2013, proferido no âmbito dos Processos T-147/09 e T-148/09.

Partes: *Trelleborg Industrie SAS* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 17.05.2013, proferido no âmbito do Processo T-146/09.

Partes: *Parker ITR Srl* o./Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 08.05.2013, proferido no âmbito do Processo C-508/11 P.

Partes: *Eni SpA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-451/08.

Partes: *Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå u.p.a./* Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-442/08.

Partes: *International Confederation of Societies of Authors and Composers/* Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-434/08.

Partes: *Tono/*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-433/08.

Partes: *Società italiana degli autori ed editori/*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-432/08.

Partes: *Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger reg. Gen. mbH/*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-428/08.

Partes: *Samband tónskálda og eigenda flutningsréttar/*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-425/08.

Partes: *Koda/*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-422/08.

Partes: *Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique/*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-421/08.

Partes: *Performing Right Society Ltd/*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-420/08.

Partes: *Združenje skladateljev, avtorjev in založnikov za zaščito avtorskih pravic Slovenije*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-419/08.

Partes: *Lietuvos autorių teisių gynimo asociacijos agentūra*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-418/08.

Partes: *Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o. s.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-417/08.

Partes: *Sociedade Portuguesa de Autores CRL*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-416/08.

Partes: *Eesti Autorite Ühing*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-415/08.

Partes: *Irish Music Rights Organisation Ltd*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-414/08.

Partes: *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-413/08.

Partes: *Slovenský ochranný Zväz Autorský pre práva k hudobným dielam*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-411/08.

Partes: *Artisjus Magyar Szerzői Jogvédő Iroda Egyesület*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-410/08.

Partes: *Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-401/08.

Partes: *Säveltäjäin Tekijänoikeustoimisto Teosto ry*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-398/08.

Partes: *Stowarzyszenie Autorów ZAiKS*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.04.2013, proferido no âmbito do Processo T-392/08.

Partes: *AEPI Elliniki Etairia pros Prostasian tis Pnevmatikis Idioktisias AE*/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.04.2013, proferido no âmbito do Processo C-652/11 P.

Partes: *Mindo Srl*/Comissão.

### **Auxílios de Estado**

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-325/10.

Partes: *IliadG e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-258/10.

Partes: *Orange*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-79/10.

Partes: *Colt Télécommunications France*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.09.2013, proferido no âmbito dos Processos T-226/09 e T-230/09.

Partes: *British Telecommunications plc e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-525/08.

Partes: *Poste Italiane SpA/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-551/10.

Partes: *Fri-El Acerra Srl/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.09.2013, proferido no âmbito do Processo T-347/09.

Partes: Alemanha e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18.07.2013, proferido no âmbito do Processo C-6/12 (a título prejudicial).

Partes: *P Oy/Estado finlandês*.

Acórdão do Tribunal Geral de 03.07.2013, proferido no âmbito do Processo T-209/11.

Partes: *MB System GmbH & Co. KG/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.06.2013, proferido no âmbito do Processo C-287/12 P.

Partes: *Ryanair Ltd/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.06.2013, proferido no âmbito dos Processos C-630/11 P a C-633/11 P.

Partes: *HGA srl e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.05.2013, proferido no âmbito do Processo C-677/11.

Partes: *Doux Élevage SNC e o./Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche, de la Ruralité et de l'Aménagement du territoire e o.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16.05.2013, proferido no âmbito do Processo C-615/11 P.

Partes: *Comissão/Ryanair Ltd e o.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 08.05.2013, proferido no âmbito dos Processos C-197/11 e C-203/11.

Partes: *Eric Libert e o./Gouvernement flamand.*

### **Concentrações de empresas**

Acórdão do Tribunal Geral de 07.06.2013, proferido no âmbito do Processo T-405/08.

Partes: *Spar Österreichische Warenhandels AG*/Comissão.

### **Questões processuais**

Acórdão do Tribunal Geral de 06.09.2013, proferido no âmbito dos Processos T-289/11, T-290/11 e T-521/11 (poderes de inspeção da Comissão e direitos de defesa).

Partes: *Deutsche Bahn AG* e o./Comissão.

# C&R

## BIBLIOGRAFIA

*Recensão*

*Novidades Bibliográficas*





# RECENSÃO

Luís da Silva Morais, *Joint Ventures and EU Competition Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013.

*elaborado por Ricardo Bayão Horta*

## O Autor

Luís da Silva Morais é Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDL) (2005); Professor Associado da FDL; Vice-Presidente do Instituto da Cooperação da FDL; Vice-Presidente do Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da FDL (IDEFF); Vogal da Direção do Instituto Europeu da FDL (IE); Cátedra Jean Monnet (*‘Ad Personam’*) atribuída pela Comissão Europeia referente a projeto de investigação e ensino no domínio da regulação económica. É advogado e Autor de numerosas obras e artigos científicos nos domínios do direito da UE, *maxime* direito da concorrência, e também nos domínios do direito económico e financeiro em geral.

## Sinopse da obra

A obra apresentada tem por base a Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas, apresentada pelo Autor na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em julho de 2004 e discutida em julho de 2005<sup>1</sup>.

Não obstante, embora tal tenha representado o seu ponto de partida inicial, comparativamente o texto da atual obra foi objeto de um substancial exercício de reescrita (*vis* obra-base), acabando por se traduzir num livro diferente e vocacionado para um público mais alargado.

Feita esta breve nota de enquadramento, o elemento central da obra materializa-se na complexa figura da empresa-comum (“joint venture”). Ao longo do seu estudo, o Autor aborda a temática da empresa-comum no

---

<sup>1</sup> Luís D. S. Morais, *Empresas Comuns (Joint Ventures)*, no *Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra: Almedina, 2006.

seio do direito europeu da concorrência (essencialmente) sem deixar de recorrer, contudo, a uma perspectiva de direito comparado, em particular ao direito norte-americano.

A obra estrutura-se em 3 grandes blocos, complementado por um quarto. No primeiro, o Autor contextualiza a figura da empresa-comum em sede de direito da concorrência, tentando ensaiar-lhe uma conceptualização que permita, por um lado, individualizar os elementos que caracterizam uma empresa-comum sujeita ao controlo de concentrações de empresas<sup>2</sup>, distinguindo-os daqueles que são típicos de um empresa-comum sob a alçada do regime de acordos de cooperação entre empresas, acordos entre associações de empresas e práticas concertadas [artigo 101.º do Tratado sob o Funcionamento da União Europeia (TFUE)] e, por outro, encontrar um denominador geral e comum às várias variantes desta figura complexa, relacionando-a com outros domínios do direito empresarial e comercial.

No segundo grande bloco, o Autor apresenta a sua proposta para um modelo analítico a ser usado na avaliação substantiva de empresas-comuns em sede de direito europeu da concorrência, concretamente vocacionado para empresas-comuns que se encontrem sob a alçada do artigo 101.º TFUE. A demonstração prática da aplicação deste modelo é o tema central do terceiro grande bloco. Nele, o Autor submete aos parâmetros do modelo proposto cenários de empresas-comuns a atuar no âmbito de alguns dos principais tipos de acordos de cooperação entre empresas – *in casu* acordos de investigação e desenvolvimento, acordos de produção, acordos de comercialização, e acordos de compra.

Estes três grandes blocos são complementados por um quarto, mais centrado na relevância da figura da empresa-comum num contexto de reflexão sobre a evolução do direito da concorrência.

### **Análise da obra**

Como anteriormente referido, a presente obra tem por base uma dissertação de doutoramento. Não obstante – e ainda que se trate de uma “obra baseada” – nem por isso a caracterização da sua estrutura, a definição do seu objeto de estudo, a elevada complexidade da sua exposição, bem como das consequentes reflexões e conclusões ficam aquém da obra-base.

---

2 Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, publicado no OJ L 024 de 29 de janeiro 2004 p. 0001 – 0022.

Dito isto, a figura central da obra em apreciação é a empresa-comum, a *joint-venture* e, com o enfoque nela, a análise das principais questões que dela resultam em sede de direito da concorrência.

Mas a presente obra em apreciação não se limita a dar a estudar uma das mais complexas e mais difíceis de decifrar figuras do direito da concorrência. De facto, o verdadeiro mérito do Autor (e desta obra) pode ser sintetizado em dois grandes objetivos: por um lado, ensaiar uma conceptualização da *joint-venture*; e, por outro, desenvolver um modelo analítico, cujo conseqüente conjunto de conclusões permita aos múltiplos *stakeholders*, que interagem com o instituto<sup>3</sup>, compreendê-lo [ao instituto] e retirar das suas características singulares as necessárias reflexões suscetíveis de contribuir para uma saudável evolução e desenvolvimento do direito da concorrência.

O primeiro objetivo tem por primeira fase o ensaio tendente a uma conceptualização da figura da empresa-comum. Por recurso à decomposição da sua natureza complexa e híbrida, cuja base assenta em elementos de natureza estrutural e comportamental, económicos e jurídicos, o Autor realça, por um lado, a fusão de componentes estruturais e comportamentais e, por outro, a flexibilidade de modalidades possíveis e de níveis de integração empresarial de que aqueles que a ela recorrem podem beneficiar.

A segunda fase da prossecução deste primeiro objetivo concretiza-se no “elevantar” o instituto da *joint-venture* a um estatuto de categoria autónoma, suscetível de ser objeto de estudo e de tratamento científico específico, diferenciado das restantes grandes áreas do direito da concorrência, *maxime* práticas restritivas da concorrência, controlo de concentrações, e auxílios públicos ou de Estado<sup>4</sup>. O Autor chega mesmo a caracterizar a figura da *joint-venture* como um *tertium genus* a par dos regimes jurídicos subjacentes ao artigo 101.º TFUE e ao controlo de operações de concentração de empresas.

A prossecução do segundo grande objetivo é, da mesma forma, composta por duas fases.

Numa primeira fase, o Autor recorre às conclusões do exercício de conceptualização (*vide supra*) para desenvolver um modelo analítico de empresas-comuns, assente numa flexibilização do que caracteriza ser uma visão dema-

3 Entre outros, legisladores que sobre ela legissem, empresários que a ela recorram no âmbito das suas atividades, académicos que sobre ela reflitam, e aplicadores do direito.

4 Respetivamente, artigos 101.º e 102.º TFUE, Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de janeiro de 2004 (cit. nota de rodapé 2), e artigos 107.º e seguintes TFUE, bem como artigos 9.º e seguintes, 36.º e seguintes, e 65.º, todos da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

siado formalista e “cega” da proibição patente no artigo 101.º, n.º 1 TFUE, quando aplicável às *joint-ventures*.

Com recurso a este modelo, o Autor analisa criticamente a avaliação comumente realizada sobre os acordos de cooperação entre empresas, em sede do artigo 101.º TFUE, e que tenham por protagonista uma empresa-comum.

A base do modelo preconizado assenta nos seguintes três parâmetros: (i) a natureza das relações económicas entre as empresas que participam na *joint-venture* (i.e. empresas-mãe e a própria empresa-comum); (ii) a natureza das relações entre o(s) mercado(s) onde as empresas-mãe desenvolvem as suas atividades e o(s) mercado(s) onde a *joint-venture* desenvolve as suas, e; (iii) os potenciais efeitos no mercado resultantes da atividade da empresa-comum, em particular aqueles que possam originar restrições da concorrência.

Em síntese, o objetivo do modelo proposto é o de identificar um conjunto suficientemente estável e estabilizado de critérios de natureza económica e jurídica os quais, em conjunto, permitam (por sua vez) criar uma matriz de análise sobre qualquer *joint-venture* subsumida ao crivo do artigo 101.º, n.º 1 TFUE; matriz essa que seja suficientemente homogénea e uniforme, e cuja característica principal assente no que o Autor designa de *weighed or global effect* protagonizado pelas componentes que conferem a natureza híbrida à empresa-comum (*vide supra*).

Seria este efeito “balanceado” ou “global” resultante da tomada em consideração das múltiplas componentes e elementos que caracterizam a figura híbrida e complexa da empresa-comum (*vide supra*) que, na opinião do Autor, permitiriam flexibilizar e relativizar uma aplicação “cega” e demasiado formalista da proibição patente no artigo 101.º, n.º 1 TFUE.

O resultado seria, na opinião do Autor, um maior reconhecimento das vertentes e potencialidades proconcorrenciais, geralmente associadas à figura da *joint-venture*, em detrimento de uma postura de quase-presunção de restrições concorrenciais.

Por sua vez, a segunda fase deste segundo grande objetivo recai na aplicação concreta da matriz resultante do modelo descrito em quatro dos principais tipos de acordos de cooperação entre empresas, e sobre os quais o recurso à figura da empresa-comum por parte dos agentes económicos se encontra mais divulgado: (i) acordos de investigação e desenvolvimento; (ii) acordos de produção; (iii) acordos de comercialização, e; (iv) acordos de compra.

Dos resultados da aplicação concreta da matriz – e sempre salvaguardando as necessárias especificidades que caracterizam cada tipo de acordo de

cooperação –, o Autor conclui que é possível criar um conjunto de critérios-base (uma *checklist*) que permita, numa fase de análise ainda bastante embrionária e ainda em sede do artigo 101.º, n.º 1 TFUE, identificar e distinguir aqueles acordos de cooperação entre empresas envolvendo empresas-comuns que, com um elevado grau de probabilidade, não darão azo a preocupações de natureza jusconcorrencial, daquelas que as poderão vir a ter, com um elevado grau de probabilidade, sem prejuízo de uma posterior análise ao abrigo do n.º 3 daquele normativo.

### Comentário

É inegável que a reflexão que o Autor nos traz tem tanto de ambicioso e de entusiasmante, como de complexo e... novamente, de ambicioso.

Revela-se um projeto ambicioso e entusiasmante pela forma como potencia a autonomização ontológica e epistemológica de um instituto que, até recentemente e apesar de desde há muito existir, pouco reconhecimento gozava fora do léxico associado ao universo empresarial, e que, atualmente, não representa mais que uma modalidade de acordo de cooperação entre empresas ou uma modalidade de operação de concentração de empresas.

A título lateral e puramente irónico, arriscamo-nos a uma comparação com uma descoberta científica de um qualquer elemento da Natureza, que sempre existiu e nos rodeou, mas em que apenas a partir da sua descoberta se constatou o seu verdadeiro valor e potencialidade.

Julgamos que a presente obra – à semelhança daquela na qual se baseia – representa uma etapa decisiva para a consagração do valor e das potencialidades de uma figura complexa e híbrida como a da empresa-comum, com as suas características de flexibilidade para se adaptar às mais variadas soluções que o mercado em geral e os agentes económicos em particular escolham como as que melhor se adequem aos seus projetos.

Neste sentido, consideramos que o Autor nos oferece um vastíssimo campo de conhecimento e de aplicação concreta ainda por explorar.

A outro tempo, contudo, arriscamo-nos a reconhecer que a complexidade da exposição e da obra aqui apresentada se revela diretamente proporcional à complexidade da sua figura central. Com efeito, reconhecendo o necessário grau de complexidade que reveste uma dissertação de doutoramento, questionamo-nos até que ponto a obra baseada não beneficiaria com uma exposição e uma explicação do seu objeto, bem como das suas reflexões e conclusões, mais acessíveis ao leitor e aplicador.

Igualmente vemos esta obra – à semelhança da obra na qual se baseia – como um projeto ambicioso até numa perspectiva do legislador, porquanto as soluções avançadas pelo Autor implicam uma mudança de paradigma do edifício jurídico que suporta o direito da concorrência, traduzindo-se na “chamada à colação” de uma variante (*in casu* a existência de uma empresa-comum) suscetível de alterar os parâmetros de aplicação do artigo 101.º TFUE.

Feitas estas considerações, não podemos deixar de considerar que a obra de Luís da Silva Morais merece o cunho de obra indispensável à compreensão da figura da empresa-comum.

Até que ponto as suas reflexões terão o eco e o impacto que a obra merece, dependerá do grau de acolhimento e de compreensão que *stakeholders* relevantes lhe reconhecerão. Neste sentido reafirmamos a questão colocada *supra* relativamente à maior acessibilidade da exposição e explicação do seu objeto, bem como das suas reflexões e conclusões.

Por último, deixamos aqui uma pequena questão/reflexão/provocação ao Autor: uma vez testado e implementado o recurso ao modelo preconizado em sede de análise de *joint-ventures* no âmbito do artigo 101.º TFUE, equacionar-se-ia estender a sua aplicação a todos os acordos de cooperação horizontal, independentemente de terem por base ou protagonista uma empresa-comum?

# NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

– ABRIL A SETEMBRO DE 2013

*elaborado por Catarina Anastácio*

## CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

- ADRIAN MECH/DAVID STALLIBRASS – *China's Anti-Monopoly Law: The First Five Years*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.
- COSMO GRAHAM – *EU and UK Competition Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Pearson Education Limited, 2013.
- D. SOKOL/THOMAS CHENG/IOANNIS LIANOS (eds.) – *Competition Law and Development*, Stanford: Stanford Law Books, 2013.
- DANIEL GORE/STEPHEN LEWIS/ANDREA LOFARO/FRANCES DETHMERS – *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- DAVID LEWIS – *Building New Competition Law Regimes*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.
- DAVID LEWIS – *Enforcing Competition Rules in South Africa*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.
- DAVID MCFADDEN – *The Private Enforcement of Competition Law in Ireland*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013.
- DIETER AHLERT/BENJAMIN SCHEFER – *Vertical Price Coordination and Brand Care: Interdisciplinary Perspectives on the Prohibition of Resale Price Maintenance*, Berlin: Springer, 2013.
- EINER R. ELHAUGE – *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.
- EUAN BURROWS/MARK CLARKE – *The International Comparative Legal Guide to Competition Litigation 2014*, London: Global Legal Group, 2013.
- FIRAT GENDIZ – *Antitrust Federalism in the EU and the US*, London: Routledge, 2013.
- FRANCISCO ENRIQUE GONZALEZ-DIAZ/ROBERT SNELDERS – *EU Competition Law: Volume V, Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*, Deventer: Claeys & Casteels Publishing, 2013.
- GEORGIOS ZEKOS – *Economics and Law on Competition in Globalisation*, Nova Science Publishers, 2013.

- JAMES C. COOPER (ed.) – *The Regulatory Revolution at the FTC: A Thirty-Year Perspective on Competition and Consumer*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- JOHN E. KWOKA/LAWRENCE J. WHITE – *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- JORGE PADILLA/ROBERT O'DONOGHUE – *The Law and Economics of Article 102 TFEU: Second Edition*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013.
- KASTURI MOODALIYAR/SIMON ROBERTS (eds.) – *The Development of Competition Law and Economics in South Africa*, Human Sciences Research Council, 2013.
- KELYN BACON – *European Union Law of State Aid*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- KIRAN KLAUS PATEL/HEIKE SCHWEITZER – *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- LOUIS KAPLOW – *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton: Princeton University Press, 2013.
- LUIS ORTIZ BLANCO – *EU Competition Procedure*, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MANFRED NEUMANN/JÜRGEN WEIGAND – *The International Handbook of Competition*, 2.<sup>a</sup> ed., Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.
- MARK WILLIAMS – *The Political Economy Of Competition Law In Asia*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.
- MICHAEL W. DOWDLE/JOHN GILLESPIE/IMELDA MAHER (eds.) – *Asian Capitalism and the Regulation of Competition: Towards a Regulatory Geography of Global Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- MIHAIL DANOV/FLORIAN BECKER/PAUL BEAUMONT (eds.) – *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2013.
- MORITZ LORENZ – *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- MORTEN P. BROBERG – *Broberg on the European Commission's Jurisdiction To Scrutinise Mergers*, 4.<sup>a</sup> ed., The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2013.
- PETER WILLIS – *Introduction to EU Competition Law*, London: Routledge, 2013.
- PHILLIP E. AREEDA/LOUIS KAPLOW/AARON S. EDLIN – *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases*, Seventh Edition, Aspen Publishers, 2013.



STEVEN M. DAVIDOFF/CLAIRE A. HILL – *Law And Economics Of Mergers And Acquisitions*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.

STEVEN TRUXAL – *Competition and Regulation in the Airline Industry: Puppets in Chaos*, London: Routledge, 2013.

**REGULAÇÃO – NACIONAL**

FRANCISCO LUÍS ALVES – *Direito dos Seguros – Cessação do Contrato, Práticas Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2013.



C&R

EVENTOS



# EVENTOS

*elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral*

## EVENTOS E CONFERÊNCIAS

*A realizar*

### AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

#### **21st St. Gallen International Competition Law Forum ICF**

*St. Gallen, 15 e 16 de maio de 2014*

Na 21.<sup>a</sup> edição do St. Gallen International Competition Law Forum irão discutir-se assuntos da atualidade da aplicação do direito da concorrência, como o “private enforcement”, a reforma do regulamento da União Europeia de controlo de operações de concentração de empresas e os 10 anos do Regulamento 1/2003, entre outros temas.

Mais informação disponível em: <http://www.sg-icf.ch/>.

#### **12th Experts’ Forum on New Developments in European State Aid Law**

*Bruxelas, 22 e 23 de maio de 2014*

Nesta conferência será realizada uma atualização sobre auxílios de Estado a nível da União Europeia, contando com a participação de oradores da Comissão Europeia, Tribunal de Justiça da União Europeia, setor privado e académicos.

Mais informação disponível em: <http://www.lexxion.de/en/verlagsprogramm-konferenzen/state-aid-law/12th-experts-forum-on-new-developments-in-european-state-aid-law/programme.html>.

#### **13th Annual International Mergers and Acquisitions Conference**

*Nova Iorque, 11 e 12 de junho de 2014*

A IBA organiza esta Conferência dedicada aos últimos desenvolvimentos sobre concentrações e aquisições a nível internacional.

Mais informação disponível em: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=8cb1fef7-b118-4eb0-9783-4204b6667793>.

### **IBC Legal's 7<sup>th</sup> Annual Competition Law Challenges in the Financial Services Sector 2014**

*London, 12 de junho de 2014*

Nesta conferência organizada pela IBC Legal Conferences será discutido o impacto de decisões recentes como o caso LIBOR, questões de “*compliance*”, bem como tópicos de reforma dos auxílios de Estado e controlo de concentrações.

Mais informação disponível em: <http://www.ibclegal.com/event/Competition-Law-Challenges-in-the-Financial-Services-Sector-Conference?xtssot=0>.

### **GCR Live 2nd Annual IP & Antitrust**

*Bruxelas, 23 de junho de 2014*

A Global Competition Review organiza esta conferência com o objetivo de proporcionar uma visão completa sobre a interação entre propriedade intelectual e práticas restritivas da concorrência. Na conferência serão abordados, entre outros temas, os casos Samsung e Motorola, “patente hold up” e licenciamento com condições FRAND.

Mais informação disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/events/1686/gcr-live-2nd-annual-ip-antitrust/>.

### **Competition Law Challenges in the Motor Vehicle Sector 2014**

*Bruxelas, 24 de junho de 2014*

A IBC Legal Conferences organiza esta conferência dedicada a questões relacionadas com a distribuição no sector automóvel, trocas de informação, garantias e casos de cartel.

Mais informação disponível em: <http://www.ibclegal.com/event/Competition-Law-Challenges-in-the-Motor-Vehicle-Sector-Conference?xtssot=0>.

### **Vertical Agreements 2014**

*Bruxelas, 25 de junho de 2014*

Organizada pela IBC Legal Conferences, esta conferência faz um balanço dos quatro anos de revisão do Regulamento de isenção por categoria da Comissão Europeia sobre restrições verticais e respetivas orientações, incluindo aspetos da sua aplicação prática.

Mais informação disponível em: <http://www.ibclegal.com/event/Vertical-Restraints-Conference?xtssot=0>.

**GCR Live 3rd Annual Telecoms, Media & Technology**

*London, 26 de junho de 2014*

Nesta conferência serão abordados tópicos como questões jusconcorren-  
ciais na busca e publicidade, a proposta de pacote telecomunicações da União  
Europeia e as reformas dos direitos de autor na era digital.

Mais informação disponível em: [http://globalcompetitionreview.com/  
events/1689/gcr-live-3rd-annual-telecoms-media-technology/](http://globalcompetitionreview.com/events/1689/gcr-live-3rd-annual-telecoms-media-technology/).

**Competition Policy in Regulated Markets**

*Londres, 30 de junho de 2014*

Na Conferência Anual da Chatham House sobre política de concorrência  
será discutido o papel da política da concorrência nos mercados regulados, com  
especial enfoque nos mercados financeiros, telefonia móvel e eletricidade, bem  
como no sistema de propriedade intelectual.

Mais informação disponível em: [http://www.chathamhouse.org/  
competition14](http://www.chathamhouse.org/competition14).

**Summer Course on European Competition Law**

*Trier, 7 a 11 de julho de 2014*

O curso organizado pela ERA – Academy of European Law tem por obje-  
tivo proporcionar aos participantes uma visão completa e aprofundada dos  
aspectos mais básicos do direito da concorrência da União Europeia.

Mais informação disponível em: [https://www.era.int/cgi-bin/cms?\\_SID  
=8d9a12a2f4c341fd72352f81d442b23809a53afb00292443055491&  
sprache=en&\\_bereich=artikel&\\_aktion=detail&idartikel=124302](https://www.era.int/cgi-bin/cms?_SID=8d9a12a2f4c341fd72352f81d442b23809a53afb00292443055491&_sprache=en&_bereich=artikel&_aktion=detail&idartikel=124302).

**IBC Legal's 16<sup>th</sup> Annual EU Competition Law Summer School 2014**

*Cambridge, 11 a 15 de agosto de 2014*

A IBC Legal Conferences organiza um curso intensivo sobre direito da  
concorrência da União Europeia, desde os seus aspetos introdutórios a questões  
mais complexas.

Mais informação disponível em: [http://www.ibclegal.com/event/eu-  
competition-law-summer-school?xtssot=0](http://www.ibclegal.com/event/eu-competition-law-summer-school?xtssot=0).

**INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA  
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (IDEFF)**

Em áreas próximas ou relevantes no domínio da Concorrência e Regulação, estão abertas as inscrições, a iniciar-se ou em curso as seguintes Pós-Graduações organizadas pelo IDEFF:

**V Curso de Pós-Graduação de Especialização em Mercados Financeiros,  
sob Coordenação do Professor Doutor Eduardo Paz Ferreira**

Este Curso é constituído pelos seguintes módulos: 1.º Semestre - Sistema Financeiro Português; Produtos e Instrumentos Financeiros; Supervisão Bancária e Financeira; o Sistema Financeiro Mundial perante a Crise; 2.º Semestre: Fiscalidade dos Mercados e dos Produtos Financeiros; Auditoria e Ilícitos; *Compliance*. O corpo docente integra reputados académicos e profissionais de elevada experiência, conhecimento e responsabilidade nas áreas a lecionar, a saber: Luís Máximo dos Santos, Paulo Câmara, José Bracinha Vieira, Manuela Teixeira, Mário Freire, Helena Bolina e Carlos Albuquerque.

**Segundo Curso de Especialização em “Emissão e Gestão da Dívida Pública  
e Mercados da Dívida Pública”**

Este Curso integra quatro módulos: Módulo I – Dívida Pública e Macroeconomia, a cargo do Professor Doutor José Miguel Costa; Módulo II – Mercado Financeiro, da responsabilidade do Mestre Jorge Guedes e da Dr.ª Sofia Torres; Módulo III – A Estratégia de Gestão da Dívida Pública Portuguesa, a cargo da Dr.ª Sofia Torres; Módulo IV – A dívida pública no contexto da crise financeira internacional – 2007-2012 – uma visão jurídico-económica, pelo Mestre Carlos Costa Pina; Módulo V – Enquadramento institucional e jurídico, a cargo da Dr.ª Maria João Parreira e do Mestre Sérgio Gonçalves do Cabo. Os coordenadores científicos são os Professores Doutores Eduardo Paz Ferreira, Luís Silva Morais e João Moreira Rato.

**Curso Pós-Graduado de especialização em “O Direito Europeu em Ação  
– A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia”**

Este Curso tem a Coordenação Geral do Professor Doutor Eduardo Paz Ferreira e é organizado pelo Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa.



## NOTAS CURRICULARES

### **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). Bolsheiro 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.*

### **DAVID SILVA RAMALHO**

Advogado na *Sérvulo & Associados* e *Fellow* no *Tech and Law Center* de Milão, tem como áreas preferenciais de atividade profissional e académica o Direito Penal e das Tecnologias de Informação. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2010), Pós-Graduado em Direito Intelectual (2010) e em Direito e Cibersegurança (2014) e Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na mesma Faculdade (2012/2014).

*David Silva Ramalho is a lawyer at Sérvulo & Associados and a Fellow at the Tech and Law Center, in Milan. His main areas of professional and academic activity are Criminal Law and Information Technology Law. Graduated in Law at the Faculty of Law of the University of Lisbon (2010), concluded post-graduation courses in Intellectual Property Law (2010) and in Law and Cybersecurity (2014) and is currently pursuing a Master's degree at the same Faculty (since 2012).*

### **FERNANDA PAULA STOLZ**

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Franciscano – Brasil (2007), licenciada em Contabilidade pela Faculdade de Ciências Contábeis da Universidade Federal de Santa Maria – Brasil

(2010), especialista (2010) e mestre (2013) em Direito (Ciências Jurídico-Empresariais) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É advogada e contabilista no Brasil.

*Fernanda Paula Stolz is graduated in law from Franciscan University Center Law School - Brazil (2007), is graduated in accounting from the Federal University of Santa Maria - Brazil (2010), specialist and master in law (legal and business sciences) from the University of Lisbon Law School (2013). She is lawyer and accountant in Brazil.*

### **FERNANDO XAREPE SILVEIRO**

Licenciado em Direito pela Universidade de Lisboa (1994), onde obteve o grau de Mestre em Direito (2001). Foi assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa de 1994 a 2011, onde lecionou as disciplinas de Direito da Economia I, Direito da Economia II, Direito Fiscal, Direito Comercial, Finanças Públicas, Relações Económicas Internacionais e Economia Política. Entre 1996 e 1997 desempenhou funções como Advogado na Direção dos Serviços Jurídicos da União de Bancos Portugueses e na Direção de Assessoria Jurídica do Banco Mello S.A. Ingressou nos quadros do Instituto de Seguros de Portugal em 1999, onde, até 2001, desempenhou funções de Técnico-Jurista, no Departamento de Registo e Certificação e na Direção Jurídica. Entre 2001 e 2003 exerceu as funções de jurista no Departamento de Consultadoria e Planeamento do Tribunal de Contas. Ocupa, desde 2008, o cargo de diretor-adjunto na Autoridade da Concorrência, onde ingressou em 2003 no Departamento de Mercados Regulados e dos Auxílios de Estado.

*Fernando Xarepe Silveiro is graduated in Law from University of Lisbon Law School (1994), where he also concluded his Master in Law (2001). Teaching Assistant Professor at the University of Lisbon Law School from 1994 to 2011, where he lectured in Economy Law I, Economy Law II, Tax Law, Commercial Law, Public Finances, International Economic Relations and Political Economy. Between 1996 and 1997, he was a lawyer at the Directorate of Legal Services of the União de Bancos Portugueses and of Banco Mello S.A. In 1999, he joined the Instituto de Seguros de Portugal (Insurance and Pension Funds Supervisory Authority), where he was legal officer until 2001 at the Department for Registry and Certifications and the Legal Directorate. Between 2001 and 2003, he was a legal officer at the the Planning and Consultancy Department of the Court of Auditors. Since 2008, he is Deputy Director at the Portuguese Competition Authority which he joined in 2003 in the Department for Regulated Markets and State Aid.*

**KONSTANTINA BANIA**

Konstantina Bania é estudante de doutoramento no Departamento de Direito do Instituto Universitário Europeu, estando a finalizar uma dissertação sobre a forma como o direito da concorrência da União Europeia pode ser aplicado de forma a ter em conta o pluralismo nos meios de comunicação social. Tem produzido vários trabalhos de investigação na área do direito e da política, da União Europeia e nacional, da comunicação social. É advogada registada na Ordem dos Advogados de Thessaloniki e, desde 2010, é consultora numa sociedade internacional de advogados sediada em Florença. Realizou um estágio na Unidade C4 (Auxílios de Estado na área da comunicação social e telecomunicações) da DG Concorrência da Comissão Europeia. Fez Mestrado em Direito Comparado, Europeu e Internacional no Instituto Universitário Europeu e em Direito Internacional e Europeu na Vrije Universiteit Brussel (PILC). Fez uma Pós-Graduação em Administração de Negócios pela Universidade de Barcelona. É Licenciada pelas Faculdades de Direito da Universidade Aristóteles de Thessaloniki e da Universidade de Salamanca.

*Konstantina Bania is a PhD candidate at the Department of Law of the European University Institute completing a dissertation that explores how European Union competition law can be applied so as to take account of media pluralism. She has worked on various research projects in the area of European Union and national media law and policy. She is a lawyer registered at the Thessaloniki Bar (GR) and, since 2010, she has been of counsel at an international law firm based in Florence. She has also completed a traineeship with Unit C4 (State aids in media and telecommunications), DG Competition, European Commission. Konstantina holds a LL.M. in Comparative, European and International Legal Studies from the European University Institute, a LL.M. in International and European law from Vrije Universiteit Brussel (PILC), and a MSc in Business Administration from the University of Barcelona. She completed her undergraduate studies at the Faculties of Law of the Aristotle University of Thessaloniki and the University of Salamanca.*

**LUCAS SARETTA FERRARI**

Advogado brasileiro atuante nas áreas de Propriedade Intelectual, Direito Digital e Internet. Mestrando e Especialista em Direitos Intelectuais e da Sociedade da Informação pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade

Federal do Rio Grande do Sul. Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI). Advogado associado do escritório Leão Propriedade Intelectual.

*Brazilian attorney in the areas of Intellectual Property, Internet and IT Law. LL.M. student in Intellectual Property and Internet Law at the Lisbon University Law School. LL.B from the Federal University of Rio Grande do Sul Law School. Member of the Portuguese Association of Intellectual Rights (APDI). Associate attorney, Leão Intellectual Property Law Firm.*

#### **MANUEL DA COSTA CABRAL**

Manuel da Costa Cabral exerce funções na Direção de Relações Exteriores da ANACOM, Autoridade Nacional de Comunicações, tendo representado Portugal em diversas reuniões da União Internacional das Telecomunicações (UIT) e da *European Conference of Postal and Telecommunications Administrations* (CEPT). Foi Vice-Presidente, em representação da Europa, para a Conferência Mundial das Telecomunicações Internacionais (WCIT-12). No âmbito da CEPT, assumiu funções de coordenador europeu para a WCIT-12. Foi *Policy Officer* na Comissão Europeia, assumindo função na Direção Geral para a Sociedade de Informação e Media, atualmente designada DG Connect, onde foi responsável pelo desenvolvimento de análises económicas necessárias à formulação e à avaliação das políticas comunitárias para o setor das Comunicações Eletrónicas. Neste contexto, colaborou na elaboração do “Impact Assessment” relativo à revisão do Regulamento Roaming conhecida por Roaming II. É licenciado em Gestão de Empresas pela Universidade Católica Portuguesa e é Pós-Graduado em Gestão das Comunicações e Multimedia pelo Instituto Superior de Economia e Gestão (ISEG).

*Manuel da Costa Cabral works at the External Affairs Department of ANACOM, the Regulatory Authority for Electronic Communications in Portugal. He is a Portuguese Representative to the International Telecommunication Union (ITU) and to the European Conference of Postal and Telecommunications Administrations (CEPT). He was the Vice-President in representation of Europe to the World Conference on International Telecommunication (WCIT-12). Within CEPT, he was also the European Coordinator for the WCIT-12. He was a “Policy Officer” within the European Commission’s DG Information Society and Media, currently named as DG Connect, where he was responsible for providing economic analysis which sustained the development and evaluation of EU policies for the Electronic Communication Sector. In this context, he participated in the development*

*of the impact assessment related to the extension of the Roaming Regulation, known as Roaming II. He holds a business degree from Universidade Católica Portuguesa and a Post-Graduation in Communication and Multimedia Management from the Instituto Superior de Economia e Gestão (ISEG).*

#### **MARTA MOREIRA DIAS**

Marta Moreira Dias é licenciada em Direito pela Universidade de Coimbra e pós-graduada pela Universidade de Lisboa em Ciências Jurídico-Administrativas. Trabalhou como jurista no departamento administrativo, financeiro e legal da Direção-Geral das Autarquias Locais e, entre 1998 e maio de 2013, trabalhou como assessora legal e diretora do departamento de Comunicação&Imagem da Fundação para a Computação Científica Nacional, FCCN. Atualmente é assessora legal e responsável pelas relações externas da Associação DNS.PT, é membro do conselho diretivo do capítulo nacional da Internet Society, ISOC e representante nacional no ccNSO (country code Name Supporting Organization) do ICANN.

*Marta Moreira Dias holds a Law Degree from the University of Coimbra and as well a post-graduate degree from the University of Lisbon in Administrative and Juridical Sciences. She has worked as legal expert at the administrative, financial, and legal department of the Direção-Geral das Autarquias Locais, and since 1998 until may 2013 she worked for Fundação para a Computação Científica, FCCN, as a legal adviser and communications manager. Nowadays she is the legal advisor and external relations manager of the Associação DNS.PT, she is member of the Executive Board of the national chapter of the Internet Society, ISOC and the national representative at ccNSO/ICANN.*

#### **MIGUEL PRATA ROQUE**

Miguel Prata Roque é Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas, pela mesma Faculdade, onde leciona ou lecionou disciplinas de Direito Constitucional, de Direito Administrativo e de Direito Processual Civil e Penal. Exerce atualmente funções de Assessor do Gabinete de Juízes do Tribunal Constitucional. Já exerceu advocacia na área do contencioso cível, comercial e penal. É membro fundador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais e associado do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas.

*Miguel Prata Roque is an Auxiliary Professor at the University of Lisbon Law School and has a PhD in Public Law, granted by the referred University, where*

*he teaches (or has teach) Constitutional Law, Administrative Law and Civil and Criminal Procedural Law. Holds an office as advisor of the Judges' Cabinet of the Portuguese Constitutional Court. Worked as a lawyer in the fields of private, corporate and criminal litigation. He is a founding member of the Institute of Penal and Criminal Sciences and associate of the Institute of Public Law Sciences.*

#### **MILENE VIEGAS MARTINS**

Licenciada em Direito (2009) e Mestre em ciências jurídico-forenses (2012) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Fez estágio no Tribunal de Comarca de Loulé para a Direção Geral da Administração da Justiça (2011). É advogada estagiária inscrita no conselho distrital de Faro da Ordem dos Advogados.

*Milene Viegas Martins is graduated in Law (2009) and Master in Legal Forensic Sciences (2012) of the University of Lisbon Law Faculty. Completed a training course in Loulé District Court for the Directorate-General of Justice Administration (2011). Trainee Lawyer registered at the Faro District Council of the Portuguese Bar Association*

#### **RICARDO BAYÃO HORTA**

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2000). Grau LL.M – Master of Laws in Commercial and Corporate Law, atribuído pela Faculdade Queen Mary, Universidade de Londres (2003). Advogado (inscrição suspensa). Estágio no Office of the General Counsel do European Bank for Reconstruction and Development (2003). Jurista na Autoridade da Concorrência, no Departamento de Controlo de Concentrações (2003 – abril 2010) e no Gabinete de Estudos Económicos e Acompanhamento de Mercados (desde maio 2010). Membro da Associação Portuguesa de Direito Europeu.

*Ricardo Bayão Horta is law graduate from the Portuguese Catholic University Law School (2000). LL.M – Master of Laws in Commercial and Corporate Law from Queen Mary College, University of London (2003). Lawyer (with suspended registry at the Portuguese Law Bar Association). Internship at the Office of the General Counsel of the European Bank for Reconstruction and Development (2003). Legal adviser at the Portuguese Competition Authority's Merger Department (2003–April 2010) and at the Bureau of Economic Studies and Market Monitoring (as from May 2010). Member of the Portuguese Association of European Law.*

**VICTOR CASTRO ROSA**

Advogado. Associado e Diretor da “Circulo d’Autor – Centro de Estudos de Direito de Autor e Conexos” (Associação integrada na rede da *ALAI – Association Littéraire et Artistique Internationale*). Especialista em problemas de direitos de autor e *copyright*.

*Attorney-at-law. Associate and Director of “Circulo d’Autor – Center of Studies on Copyright and Connected Rights” (a civic Association integrated in the network of ALAI – Association Littéraire et Artistique Internationale). Specialist in copyright law and connected rights.*





*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

Luís Silva Morais/Paulo de Sousa Mendes

### CONSELHO CIENTÍFICO

**Presidentes:** António Ferreira Gomes/Eduardo Paz Ferreira

#### **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 Gerger	Jürgen Wolter
Diogo Rosenthal Coutinho	Keiichi Yamanaka
Donald Baker	Klaus Rogall
Douglas Rosenthal	Laurence Idot
Eleanor Fox	Luís Cabral
Fernando Borges Araújo	Luís Greco
Fernando Herren Aguillar	Manuel da Costa Andrade
Florian 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 Poiars Maduro
Harry First	Nicolas Charbit
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 CONSULTIVO**

João E. Gata/Nuno Cunha Rodrigues

#### **CONSELHO REDATORIAL**

**Presidente:** Catarina Anastácio

#### **Comissão Coordenadora:**

Ana Perestrelo de Oliveira  
André Forte  
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*

Margarida Rosado da Fonseca

*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/Paulo Gonçalves

*Econometria*

Jorge Rodrigues

**Secretariado Executivo:**

Manuela Oliveira

Natália Leite





# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

DIREÇÃO:  
LUÍS SILVA MORAIS  
PAULO DE SOUSA MENDES

## 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, 80, 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

