REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO VII • NÚMERO 27-28
JULHO – DEZEMBRO 2016

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção
PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

presidência do conselho científico
ANTÓNIO FERREIRA GOMES • EDUARDO PAZ FERREIRA

presidência do conselho de redação
CATARINA ANASTÁCIO

conselho consultivo
JOÃO E. GATA • JORGE SIMÕES • NUNO CUNHA RODRIGUES

INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO FINANCEIRO E FISCAL FDL

ALMEDINA

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO
Ano VII • Número 27-28
julho – dezembro 2016

DIRETORES
PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

PROPRIETÁRIOS
AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
Av. de Berna, 19
1050-037 Lisboa
NIF: 506557057

IDEFF
FACULDADE DE DIREITO
Alameda da Universidade
1649-014 LISBOA
NIF: 506764877

SEDE DA REDAÇÃO
Avenida de Berna, 19
1050-037 Lisboa

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 2017

DEPÓSITO LEGAL
304538/10

N.º DE REGISTO NA ERC
126126

TIRAGEM
500 EXEMPLARES

ESTATUTO EDITORIAL
http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx

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

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**

15 **Doutrina**

17 **Doutrina geral**

19 Mary Catherine Lucey – *Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal*

27 Maria Elisabete Ramos – *Situação do "private enforcement" da concorrência em Portugal*

85 Pedro Matias Pereira – *O dever de resolver contratos públicos*

103 Luís Almeida – *A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE*

129 Bruno Miguel Fernandes – *A garantia de depósitos bancários*

183 **Dossier temático I**

Auxílios de Estado

185 Edmilson Wagner dos Santos Conde – *Poderão as decisões dos órgãos jurisdicionais que atribuam indemnizações constituir auxílios de Estado?*

199 Luis Seifert Guincho – *State aid and systemic crises: appropriateness of the European State aid regime in managing and preventing systemic crises*

239 Mariana Medeiros Esteves – *Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia*

265 Ricardo Quintas – *A incongruência judicativa de uma deliberação positiva de compatibilidade de um auxílio de Estado não notificado*

291 **Dossier temático II**

Responsabilidade criminal das pessoas coletivas e dos titulares dos órgãos sociais

293 Ana Catarina Martins – *Imputação subjetiva: como se constrói e se prova o dolo da pessoa coletiva?*

307 Maria João Almeida Semedo – *Imputação subjetiva: como se constrói e prova o dolo da pessoa jurídica - orientação jurisprudencial*

323 Joana Gato – *Identificação de algum, ou alguns dos dirigentes que são agentes do facto coletivo como requisito para a responsabilização da pessoa coletiva*

337 João Nuno Casquinho – *Responsabilidade penal das pessoas coletivas em casos de fusão, cisão ou transformação*

351 João Pedro Neves Rodrigues – *Critérios objetivos de imputação de facto coletivamente típico à pessoa coletiva e o conceito de gerentes de facto e de direito*

367 **Legislação**

369 **Legislação nacional**

369 Legislação nacional de regulação – julho a dezembro de 2016

375 **Jurisprudência**

377 **Jurisprudência geral**

377 Jurisprudência nacional de concorrência – julho a dezembro de 2016

387 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – julho a dezembro de 2016

393 **Bibliografia**

395 **Novidades bibliográficas**

397 **Eventos**

401 **Notas curriculares**

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

409 **Órgãos Sociais**

EDITORIAL/*EDITORIAL NOTE*

Paulo de Sousa Mendes
Miguel Sousa Ferro

No número duplo 27-28, continuamos a apostar na abertura da C&R a novos autores e às vozes dos jovens investigadores, bem como à difusão do trabalho realizado em várias Universidades portuguesas e estrangeiras. Alguns dos trabalhos incluídos neste número são uma amostra do elevado número de excelentes submissões ao Prémio Pitta e Cunha, criado pelo Instituto Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Abrimos com um artigo de Mary Catherine Lucey, um nome que dispensa apresentações para todos os que estão familiarizados com o mundo do direito europeu da concorrência. A autora traz-nos uma visão crítica do contributo dos programas impostos pela *troika* como contrapartida pelo

In double issue 27-28, we continue to foster the opening of C&R to new authors and to the voices of young researchers, as well as to the dissemination of the work carried out in several Portuguese and foreign universities. Some of the papers included in this issue are a sample of the high number of excellent submissions made for the Pitta e Cunha Award, instituted by the European Institute of the University of Lisbon Law School.

We open with a paper by Mary Catherine Lucey, a name who needs no presentations for all those who are familiar with the world of European competition law. The author brings us a critical overview of the contribution of programmes imposed by the troika *in*

apoio financeiro à Irlanda e a Portugal. É sabido que, entre as muitas condições impostas, estiveram exigências de reforma do direito nacional da concorrência e do quadro institucional da sua aplicação, com o propósito de reforçar a sua eficácia. Este artigo discute o conteúdo destas reformas e o papel de destaque que tiveram as respetivas autoridades nacionais da concorrência no seu desenho, bem como o sucesso diferenciado de propostas junto dos legisladores de ambos países.

Maria Elisabete Ramos traz-nos uma visão que tem feito falta na doutrina nacional: a de uma especialista em direito civil e direito societário que virou a sua atenção e saber para o estudo do direito da concorrência. Esta autora faz, assim, uma ponte entre estes ramos do Direito que é indispensável para atravessar as águas atribuladas dos ainda pouco explorados mares do *private enforcement* da concorrência. Neste estudo assente numa vasta base de doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, encontramos tomadas de posição breves e claras sobre vários dos principais pontos controversos, numa linguagem que será familiar e – cremos – persuasiva para os juristas bem conhecedores do direito privado que pretendam entrar no mundo da concorrência. A autora aborda, inclusivamente, assuntos ainda menos estudados entre nós, tais como os deveres dos administradores de

exchange for the financial support provided to Ireland and Portugal. It is well known that, among the many conditions imposed, there were demands of reform of national competition law and the institutional framework for its enforcement. This paper discusses the content of these reforms and the role played by the respective national competition authorities in their design, as well as the differentiated degree of success obtained by proposals before the legislators of both countries.

Maria Elisabete Ramos brings us a view which has been lacking in national doctrine: that of a specialist in civil law and company law who has turned her attention and knowledge to the study of competition law. This author thus establishes a bridge between these branches of the law, which is indispensable in order to cross the troubled waters of the yet little explored seas of the private enforcement of competition law. In this study, resting on a large base of doctrine and national and foreign case-law, we find brief and clear positions about several of the main controversial topics in a language which will be familiar and – we believe – persuasive for jurists who are well familiar with private law and wish to enter the world of competition law. Among others, the author takes on subjects that have not yet been particularly discussed amongst us, such as the duties of company

sociedades de atuarem em conformidade com o direito da concorrência e as consequências internas e externas que podem decorrer da violação desses deveres. Este artigo chama-nos a atenção para o facto de nada impedir que vejamos entre nós, mais tarde ou mais cedo, ações de *private enforcement*, não só contra empresas, mas também (solidariamente) contra os seus administradores que tomaram a decisão empresarial de violar a LdC.

Pedro Matias Pereira analisa a evolução do regime europeu da contratação pública, focando-se, em especial, no impacto do acórdão Comissão/Alemanha (processo C-504/04) e no pacote de Diretivas europeias de 2014, discutindo o âmbito da obrigação de resolver contratos públicos quando os tribunais europeus identificam uma violação associada do direito europeu.

Luís Almeida traz-nos uma visão conservadoramente otimista da reforma do direito europeu no que respeita à contratação pública verde, frisando a possibilidade de futuras inovações positivas por via legislativa ou jurisprudencial. Nesta luz, o autor apela aos Estados-membros para adotarem uma postura pró-ativa na resolução dos problemas associados a estas questões, ao utilizarem a significativa margem de discricionariedade que lhes é permitida pela Diretiva europeia.

Bruno Miguel Fernandes analisa o regime dos fundos de garantia de

administrators to act in accordance with competition law and the internal and external consequences which may arise from the infringement of these duties. This paper calls out attention to the fact that there is nothing to prevent the emergence, in Portugal, sooner or later, of private enforcement actions filed not only against undertakings, but also (solidarity) against its administrators which made the business decision to violate the Competition Act.

Pedro Matias Pereira analyses the evolution of the European regime for public tendering, focusing, in particular, on the impact of judgment Commission v Germany (case C-504/04) and on the 2014 package of EU Directives, discussing the extent of the duty to terminate public contracts when the European Courts have identified an infringement of EU law associated thereto.

Luís Almeida presents us with a conservatively optimistic view of the reform of the European legal framework relating to green public procurement, highlighting the possibility of future positive developments, through the efforts of the legislator or through the case-law. In this light, the author calls on Member States to take on a proactive posture in the resolution of problems associated to these issues, when using the significant margin of discretion that is allowed to them by the European Directive.

depósitos bancários. Traz-nos uma introdução ao enquadramento jurídico, discutindo algumas das suas fragilidades, acompanhado de números e factos importantes para a discussão da necessidade e sucesso destes sistemas.

Continuando com um primeiro Dossier Temático dedicado ao regime europeu dos auxílios de Estado, reunimos as perspetivas de quatro jovens autores sobre questões atuais e prementes.

Edmilson dos Santos Conde e Ricardo Quintas abordam questões do complexo inter-relacionamento entre as decisões de tribunais nacionais e as normas de auxílios de Estado.

O primeiro faz uma recolha de alguma da jurisprudência e prática decisória da Comissão Europeia segundo a qual os Estados-membros não podem contornar as suas obrigações ao abrigo dos artigos 107.º e 108.º do TFUE dando auxílios através de decisões de órgãos jurisdicionais. Assim, por exemplo, seria fácil privar aquelas normas do seu efeito útil se uma empresa obrigada a devolver o auxílio recebido de um Estado pudesse depois invocar danos em tribunal e ser compensada no mesmo montante. A compreensão desta linha jurisprudencial do TJUE mostra-se especialmente importante num momento em que assistimos ao "despertar" dos juristas nacionais para o *private*

Bruno Miguel Fernandes analyses the legal regime for guarantee funds for bank deposits. He provides us with an introduction to the legal framework, discussing some of its fragilities, together with numbers and facts which are important for the discussion of the need for and success of these systems.

Continuing with a first Special Dossier devoted to the European State aid regime, we bring together the perspectives of four young authors on several current and pressing issues.

Edmilson dos Santos Conde and Ricardo Quintas both address issues relating to the complex interplay between the decisions of national courts and State aid rules.

The first provides a summary of some of the case-law and decision-making practice of the European Commission, according to which Member States may not avoid their obligations under articles 107 and 108 of the TFEU by giving State aid through decisions of judicial bodies. Thus, for example, it would be easy to deprive those provisions of their effectiveness if a company obliged to return the aid received from a Member State could then invoke damages before a national court and be compensated for the same amount. The understanding of this line of case-law from the ECJ is particularly important at a moment when we are witnessing the "awakening" of national jurists to

enforcement da concorrência, cujas consequências se farão sentir também, mais tarde ou mais cedo, ao nível dos auxílios de Estado.

Ricardo Quintas frisa a necessidade de cooperação próxima e amigável entre os tribunais nacionais e a Comissão Europeia e TJUE ao aferir questões de auxílios de Estado, especialmente quando é necessário avaliar a compatibilidade de um auxílio com o artigo 107.º(3) do TFUE, algo que os tribunais nacionais não podem efetuar. Mas é possível que um tribunal nacional se veja confrontado com um pedido de reembolso de um auxílio que vem a ser autorizado pela Comissão Europeia. O autor aponta uma solução para estas situações, com base na jurisprudência europeia e no seu juízo de equidade.

Agora que parece que as economias europeias estão a deixar a crise financeira para trás, é um bom momento para refletir sobre os desafios enfrentados e o modo como algumas das ferramentas jurídicas utilizadas se mostraram adequadas. Luís Seifert Guincho olha de modo crítico para a aplicação das normas de auxílios de Estado ao setor financeiro durante a crise, sugerindo que a flexibilidade introduzida pela Comissão no sistema provou a sua inadequação a situações excecionais. O autor sugere ainda a necessidade de um repensar deste ramo do direito, em conjunto com a

the private enforcement of competition law, whose consequences will inevitably also come to be felt, sooner or later, at the level of State aid rules.

Ricardo Quintas stresses the need for close and friendly cooperation between national courts and the European Commission and ECJ when assessing State aid issues, particularly in cases where the assessment of compatibility of an aid measure under Art. 107(3) TFEU is required, as national courts are barred from carrying out this assessment. But it is possible for a national court to be confronted with an application for reimbursement of a certain State aid measure which is then authorized by the European Commission. The author points to a solution for these situations, on the basis of European case-law and of his judgment of fairness.

Now that it seems that the European economies are leaving the financial crisis behind, it seems to be a good moment to reflect on the challenges which were faced and the way some of the legal tools which were used proved or not to be adequate. Luís Seifert Guincho looks in a rather critical way at the application of State aid rules in the financial sector during the crisis, suggesting that the flexibility introduced into the system by the European Commission proved its inadequacy to exceptional circumstances. The author further suggests the need to rethink this

revisão do direito regulatório do sistema financeiro.

Mariana Medeiros Esteves discute outra das fragilidades deste ramo do Direito que se evidenciou recentemente e que já levou a alguma reação do legislador europeu, mas que promete continuar a suscitar controvérsias jurídicas dentro da UE e nas suas relações com Estados terceiros. A Europa tem de encontrar uma solução para evitar as preocupantes distorções ao funcionamento do mercado interno e a perda de receitas fiscais na UE que resultam da concorrência fiscal entre os Estados-membros, nomeadamente na regulação dos preços de transferência em transações intragrupo.

O segundo Dossier Temático debruça-se sobre a responsabilidade criminal das pessoas coletivas e dos titulares dos órgãos sociais. Os artigos foram extraídos de relatórios apresentados por alunos na disciplina Direito Penal IV do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no ano letivo de 2015-2016, sob a regência da Professora Teresa Quintela de Brito. São trabalhos de cunho eminentemente prático que versam sobre uma área relativamente nova, o direito penal das pessoas coletivas, cuja importância, aliás, transcende o próprio direito penal, pois a responsabilidade das pessoas coletivas emerge sobremaneira noutros ramos do direito sancionatório

branch of the law, together with the revision of the regulatory law applying to the financial system.

Mariana Medeiros Esteves discusses another one of the frailties of this branch of the law, which has evidenced itself recently and has already led to some reaction by the European legislator, but which promises to continue to raise legal controversies within the EU and in its relations with third States. The EU must find a solution to avoid the worrying distortions of the internal market and the loss of tax income in Europe which result from the tax competition between the Member States, namely when it comes to the regulation of transfer pricing in intra-group transactions.

The second Special Dossier focuses on the criminal liability of legal persons and of the members of their corporate bodies. The papers were extracted from reports presented by students in the Criminal Law IV course of the LL.M in Legal-Forensic Sciences at the University of Lisbon Law School in the academic year 2015-2016, under the direction of Professor Teresa Quintela de Brito. All papers are of an eminently practical nature and are focused on a relatively new area, corporate criminal liability, whose importance, moreover, transcends criminal law itself, since the liability of legal entities emerges also in the province of sanctionatory administrative law.

público. Ana Catarina Martins e Maria João Almeida Semedo tratam da questão da definição e prova do dolo da pessoa coletiva, considerando o estado da arte na discussão doutrinária, mas também a jurisprudência do Tribunal Constitucional português, a qual parece apontar para uma certa objetivação da responsabilidade da pessoa coletiva. Joana Gato foca a questão de saber se a responsabilidade da pessoa coletiva depende necessariamente da identificação de algum indivíduo com posição de liderança que vincule a pessoa coletiva através dos seus atos ou omissões, acabando a autora por concluir que essa identificação é necessária. João Nuno Casquinho trata especialmente da responsabilidade penal das pessoas coletivas em casos de fusão, cisão ou transformação. Finalmente, João Pedro Neves Rodrigues analisa os critérios objetivos de imputação de um facto punível à pessoa coletiva e o conceito de gerentes de facto e de direito. Em todos os contributos se destaca a atenção dada à análise da jurisprudência, assim nos permitindo perceber de forma problemática os tópicos escolhidos.

Ana Catarina Martins and Maria João Almeida Semedo deal with the question of the definition and proof of the intent of the legal entities, considering the state of the art in the legal literature, but also the doctrine of the Portuguese Constitutional Court, which seems to point to a certain objectification of the liability of legal entities. Joana Gato focuses on the question of whether the liability of legal entities necessarily depends on the identification of any individual with a leadership position that binds the collective person through his acts or omissions, concluding in the end that such identification is necessary. João Nuno Casquinho deals especially with the criminal liability of legal entities in cases of merger, demerger or transformation. Finally, João Pedro Neves Rodrigues analyses the objective criteria for attributing acts or omissions to legal entities and the concept of de facto *managers. All the contributions give a primary attention to the case law, thus allowing us to understand problematically the topics chosen.*

DOUTRINA

Doutrina geral

DOUTRINA GERAL

ECONOMIC CRISIS AND COMPETITION LAW IN IRELAND AND PORTUGAL

Mary Catherine Lucey

Abstract: *This paper offers an examination of the contribution of the Economic Adjustment Programmes in Ireland and Portugal to shaping the regime for enforcing competition law in these Member States. After sketching the main features of the Programmes, it examines provisions which sought to reform the enforcement of EU (and domestic) competition law in Ireland and Portugal. Some of the provisions relating to Ireland are interesting because, if they had been enacted, they would have brought the Irish enforcement regime into line with the EU enforcement model where civil/administrative fines are available. Another interesting enforcement tool which found legislative expression in Irish and Portuguese competition law following the Programmes is the settlement type mechanism. These areas of shared interest are discussed in this paper.*

Sumário: 1. Introduction. 2. Economic Adjustment Programmes. 3. Enforcement. 4. Civil fines. 5. Settlements. 6. Conclusion.

1. INTRODUCTION

Ireland, like Portugal, experienced an economic crisis to such an extent that it attracted the involvement of the so-called Troika, comprising the European Commission, European Central Bank (ECB) and the International Monetary Fund (IMF). Each State participated (separately) in a Troika Economic Adjustment Programme. Interestingly, competition law provisions formed part of the Programmes entered into by Ireland and Portugal.[1] This paper offers an examination of the Programmes' contribution to shaping the regime for enforcing competition law in these Member States.

1 For a discussion of this process see Lucey, 2016a.

This paper sets the scene by sketching the main features of the Economic Adjustment Programmes. It examines, in particular, provisions in the Programmes which sought to reform the enforcement of EU (and domestic) competition law in Ireland and Portugal. Some of the provisions relating to Ireland are interesting because, if they had been enacted, they would have brought the Irish enforcement regime into line with the EU enforcement model where civil/administrative fines are available. Another interesting enforcement tool which found legislative expression in Irish and Portuguese competition law following the Programmes is the settlement type mechanism. These areas of shared interest are discussed in this paper.

2. ECONOMIC ADJUSTMENT PROGRAMMES

The schema of the Economic Adjustment Programmes may be explained in simple terms as follows: In exchange for granted financial aid, a State[2] agrees to binding terms in Economic Adjustment Programmes which are detailed in *Memoranda of Understanding of Specific Economic Policy Conditionality to Benefit from Financial Assistance* (MoUs).[3] The finance is payable in instalments according to compliance by the recipient State with the agreed conditions which is monitored according to a schedule.[4]

3. ENFORCEMENT

The MoUs with Ireland and with Portugal specifically addressed the enforcement of competition law at national level. The Portuguese MoU stipulated that the "the speed and effectiveness of competition rules enforcement" would be improved.[5] In the case of Ireland, the most contentious enforcement issue tackled by the MoUs was the national competition authority's (NCA) lack of competence to impose civil/administrative fines. The NCA in Ireland comprises Irish courts and the Competition and Consumer Protection Commission

2 Other EU Member States which received analogous financial assistance include Greece and Cyprus.

3 A Memorandum of Economic and Financial Policies contains the aims and general measure. A Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality details the measures and the Technical Memorandum of Understanding sets out key definitions.

4 For a more detailed description of the process see Ioannidis, 2014.

5 Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality for Granting Financial Assistance to Portugal, May 3, 2011, p. 32.

(CCPC).[6] Such a split of the NCA role among judicial and administrative institutions is not the usual model followed in EU Member States.[7]

The Competition and Consumer Protection Commission (CCPC) was formed by the amalgamation of the Competition Authority and the National Consumer Agency on October 2014.[8] It has competence to investigate suspected infringements of (EU and/or Irish) competition law. It may decide to commence a civil case before the courts and seek either an injunction and/or a declaration. In addition, it has power to refer its file to the Director of Public Prosecutions (DPP) who has sole discretion as to whether to start criminal proceedings in serious cases. Under Irish law, only courts have the competence to make a determination as to the existence of Arts 101-102 TFEU and/or domestic equivalent. Courts adjudicate on competition law matters in civil cases and in criminal cases. Fines (and/or prison sentences) are imposable only by courts in criminal cases.

4. CIVIL FINES

The absence of civil/administrative fines has long been regarded by the Competition Authority as problematic. Over several years, its Members and associated staff authored papers which discussed various options and made suggestions for legislative change.[9] However, these efforts from the agency (and from others) did not suceed in achieving the introduction of civil fines for competition law infringements.

In light of this background, it is understandable (even if not predictable) that the topic of competition law enforcement made its way onto the agenda of the negotiations with the Troika. The Irish MoU of December 2010 expressly committed Ireland to enacting to legislation granting judges power to fine and to impose other deterrent sanctions.[10] However, this provision was relatively short-lived. As noted above, a recipient State's compliance with conditions is monitored over time. This timetabled process has the merit of creating an opportunity to deal with particular compliance difficulties which may arise. By

6 For an explanation as to why this institutional arrangement was designed, see Lucey, 2003.

7 See Communication from European Commission *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*," COM (2014) 453.

8 For a discussion of the motivations supporting the amalgamation see Lucey, 2015.

9 Mackey, 2006; FitzGerald & McFadden, 2011.

10 www.imf.org/external/country/

April 2011 the MoU had been revised and contained a more loosely phrased promise which was drafted in terms of creating effective sanctions and, crucially, made no specific mention of competence to impose fines.[11] The most plausible explanation for this change is a concern to avoid the possibility of challenges to competition legislation under the Irish Constitution. It is not possible in this paper to present fully the Constitutional issues and a very short synopsis must suffice. The Irish Constitution stipulates that justice (and more broadly judicial power) must be administered by courts and also provides protection for accused persons in criminal trials. It is important to appreciate that there is debate on the precise implications of the Constitution for the enforcement of competition law.[12]

In any event, following the MoUs, the legislature enacted a relatively cautious piece of amending legislation. The *Competition (Amendment) Act 2012 Act* was enacted to fulfil the conditions of the MoUs. Notably, competence to impose civil/administrative fines was not bestowed on either the courts or the administrative agency (then the Competition Authority). Instead, the main reforms relating to sanctions enacted by the legislation related to increasing the maximum terms of prison sentences and in the maximum fines for criminal convictions and, in addition, provision for dis-qualifying directors involved in competition law infringements.[13] Thus, the Irish enforcement model was not reframed radically and remains significantly divergent from the EU norm.[14] As to whether the Irish reforms satisfy the EU obligation to provide for 'effective' enforcement of EU competition law is a challenging question that has been explored elsewhere.[15]

5. SETTLEMENTS

The reforms to competition law enacted in Ireland and Portugal in 2012 address another aspect of enforcement namely settlement type agreements. The Portuguese *Competition Act 2012* allows the PCA to close a file without imposing sanctions or reduce fine. The Irish *Competition (Amendment) Act 2012*

11 Attachment V MoU (First Update) April 28th, 2011, p 73, available at http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2011/cr11109.pdf.

12 Mackey, 2006; FitzGerald & McFadden, 2011.

13 Power, 2012; Whelan, 2013.

14 For a more detailed analysis of the divergence from the EU enforcement template see Lucey, 2016b.

15 Lucey, 2015.

introduced a mechanism which gives formal legal foundation to settlement type arrangements concluded between the CCPC and undertaking(s). The mechanism, as enacted, is remarkable for its intricacy and the inevitable lengthiness of complying with its many steps.[16] In summary, the legislation requires

16 S5 of Competition (amt) Act 20102 amended the Principal Act (Competition Act 2002) by inserting S.14B. "14B.—(1) This section applies to an agreement entered into by the competent authority with an undertaking— (a) following an investigation referred to in paragraph (b) of subsection (1) of section 30, and (b) that requires the undertaking to do or refrain from doing such things as are specified in the agreement in consideration of the competent authority agreeing not to bring proceedings under section 14A (inserted by section 4 of the Competition (Amendment) Act 2012) in relation to any matter to which that investigation related or any findings resulting from that investigation. (2) The High Court may, upon the application of the competent authority, make an order in the terms of an agreement to which this section applies if it is satisfied that— [2012.] [Competition (Amendment) Act 2012. No. 18.] (a) the undertaking that is a party to that agreement consents to the making of the order, (b) that undertaking obtained legal advice before so consenting, (c) the agreement is clear and unambiguous and capable of being complied with, (d) that undertaking is aware that failure to comply with any order so made would constitute contempt of court, and (e) the competent authority has complied with subsection (3). (3) Where the competent authority proposes to make an application for an order under subsection (2) in respect of an agreement to which this section applies, it shall, not later than 14 days before the making of the application— (a) publish the terms of that agreement on a website maintained by the competent authority, and (b) publish a notice, in not fewer than 2 daily newspapers circulating throughout the State— (i) stating that it intends to make such application, (ii) specifying the date on which such application will be made, and (iii) stating— (I) that the agreement to which the proposed application relates is published, in accordance with paragraph (a), on a website maintained by it, and (II) the address of that website. (4) An order under subsection (2) shall not have effect— (a) until the expiration of the period of 45 days from the making of the order, or (b) where an application is made to the High Court under subsection (5) in respect of the order, until the making of a final determination in relation to that application. (5) The High Court may, upon the application of any person (other than the competent authority or the undertaking to which an order under this section applies) made during the period referred to in paragraph (a) of subsection (4), make an order varying or annulling an order under subsection (2) if it is satisfied that the agreement in respect of which the order was made requires the undertaking to which the order applies to do or refrain from doing anything that would result in a breach of any contract between the undertaking concerned and the applicant or that would render a term of that contract not capable of being performed. 7 S.5 S.5 Amendment of section 30 of Principal Act. Amendment of section 45 of Principal Act. 8 [No. 18.] [2012.] Competition (Amendment) Act 2012. (6) The High Court shall not make an order under subsection (5) if it is satisfied that the contract or term of the contract to which the application for such order relates contravenes section 4 or 5, or Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. (7) The High Court may, upon the application of the competent authority or an undertaking to which an order under subsection (2) applies, make an order varying or annulling the first mentioned order if— (a) the party (other than the applicant for the order) to the agreement to which the first-mentioned order applies consents to the application, (b) the first-mentioned order contains a material error, (c) there has been a material change in circumstances since the making of the first-mentioned order that warrants the court varying or annulling the order, or (d) the court is satisfied that, in the interests of justice, the first-mentioned order should be varied or annulled. (8) Subject to any order under subsection (9), an order under subsection (2) shall cease to have effect upon the expiration of 7 years from the making of the second-mentioned order. (9) The High Court may, upon the application of the competent authority made not earlier than 3 months before the expiration of an order under subsection (2), make an order extending the period of the first-mentioned order (whether or not previously extended under this subsection) for a further period not exceeding 3 years. (10) Paragraphs (a), (b), (c) and (d) of subsection (2) shall apply in respect of the determination of an application referred to in subsection (9) as they apply in respect of the determination of an application referred to in subsection (2). (11) In this section 'undertaking' includes an association of undertakings.".

the agency to make an application to Court for an Order in the terms of the 'settlement' concluded with the undertakings. A breach of the Order may be regarded as contempt of court an, thus, carries serious penalties. On paper, it represents a potentially mighty tool but whether it will be effective in practice is far less certain.

6. CONCLUSION

The conditions in the MoUs with Ireland and Portugal were wide ranging and extended beyond the predictable areas such as banking. At first glance, the inclusion of competition law in the detailed MoUs is unexpected. However, their inclusion is not so surprising when one realises that the competition agencies in Ireland and Portugal were not distant and disinterested parties. Many if not most of the MoU's provisions on amending the Portuguese competition regime had already been identified by the Portuguese Competition Authority.[17] That the Programme made a positive contribution to the reform of competition law in Portugal has been asserted.[18] As for the Irish Competition Authority, it was described by one commentator as "... an important stakeholder...in a gifted position to pursue a reform agenda and to influence the terms of the EU/IMF agreement."[19] However, as shown above, the Irish agency did not get to rejoice in seeing its ideal reforms being enacted by the Irish legislature which instead declined to take a radical route of introducing civil/administrative fines which would have aligned the Irish regime more closely with the EU template.

17 Tavares & Gata, 2011.

18 Sebastião, 2012: "the law would in no way have been so good without the revisions made as part of the adjustment programme for Portugal and the support of the three multilateral institutions".

19 Murtagh, 2012: 66.

BIBLIOGRAPHY

Fitzgerald, G. & Mcfadden, D.

2011 "Filling a Gap in Irish Competition Law Enforcement: The Need for a Civil Fines Sanction", available at www.ccpc.ie/sites/default/files/2011-06-09%20Filling%20a%20gap%20in%20Irish%20competition%20law%20enforcement%20-%20the%20need%20for%20a%20civil%20fines%20sanction_0.pdf.

Ioannidis, M.

2014 "EU Financial Assistance Conditionality after 'Two-Pack'", 74 *Zeitschrift für ausländisches* öffentliches *Recht und Völkerrecht* 6.

Lucey, M. C.

2003 "Application of EC Competition Law- Some Implications of Bunreacht na hEireann", in Lucey, M. C. & Keville, C. (eds.), *Irish Perspectives on EC Law*, Thomsons.

2015 "The New Irish Competition and Consumer Protection Commission: Is this 'Powerful Watchdog with Real Teeth' Powerful Enough?" 6 *Journal of European Competition Law & Practice* 185.

2016a "So-called 'Soft Law' attempts to Achieve Convergent Public Enforcement Tools: Identifying the Achilles' Heel' of the European Adjustment Programmes in Ireland", Journal of Antitrust Enforcement, doi: 101093/jaenfo/jnw009.

2016b "Public Enforcement of EU Competition Law in Ireland: Appraising Divergence", 1 *Competition Law Review* 17.

Mackey, N.

2006 "Expanding Civil Penalties Constitutionally: Punishment without Crime? A Reflection on the Constitutional Issues Surrounding the Concept of Civil Crimes", available at: http://www.tca.ie/images/uploaded/documents/2006-09-28%20Competition%20Press%20Conferance.pdf.

Murtagh, A.

2012 "Irish Competition Policy Under the EU/IMF Spotlight", *Competition Law Review* 62

Power, V.

2012 "Ireland' Competition (Amendment) Act 2012: A By-Product of the Troika Deal but Legislation with Long-Term Consequences", *Commercial Law Practitioner* 180

Sebastião, M.
2012 "The national law enforcement challenges", in Raffaelli (ed.), *Tenth Conference on Antitrust Between EU law and National Law in Treviso on May 17-18 2012*, Bruylant.
Tavares, M. & Gata, J.
2011 "The Memorandum of Understanding on Specific Economic and Competition Policy Conditionality for granting Financial Assistance: Portuguese Point of View", *e-Competitions* No 37518.
Whelan, P.
2013 "Strengthening Competition Law Enforcement in Ireland: The Competition (Amendment) Act 2012" 4(2) *Journal of European Competition Law & Practice* 175.

SITUAÇÃO DO "PRIVATE ENFORCEMENT" DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL

Maria Elisabete Ramos[*]

Abstract: *This paper aims to describe the Portuguese experience on the private enforcement of competition law, before the transposition of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. In the Portuguese system, grounded on the public enforcement model, private enforcement plays a useful complementary role. The main issues addressed by this paper are: a) distinction between private enforcement and public enforcement; b) voidness of the agreements that breach the competition rules and the damage compensation; c) breach of competition rules, the unlawfulness of the conducts and the enterprises' and directors' liability; d) available remedies to be used by the private enforcer; e) litigation funding.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A experiência portuguesa de *public enforcement* e de *private enforcement*. 2.1. Do arquétipo internacional à receção portuguesa. 2.2. Âmbito material e estrutura institucional do *private enforcement*. 3. A nulidade "comunitária" e o regime jurídico-civil português. 4. Responsabilidade civil pela violação de normas de direito da concorrência. 4.1. Responsabilidade civil extracontratual. 4.2. As fronteiras entre o lícito e o ilícito. 5. Administradores de sociedades e *law compliance* da concorrência. 5.1. Dever de cada gestor atuar em conformidade com a lei da concorrência. 5.2. Decisão empresarial de violação da concorrência e responsabilização civil dos gestores. 5.3. As ações de indemnização. 6. Infrações da concorrência e ação popular. 7. Financiamento do litígio. 8. Conclusão.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Economia de Coimbra. Email: mgramos@fe.uc.pt.

1. INTRODUÇÃO

No caso *Brunswick* o tribunal afirmou lapidarmente "the antitrust laws protect 'competition, not competitors'"[1]. A concorrência é "o mecanismo básico de funcionamento da economia de mercado. É o mecanismo em que cada empresa decide autonomamente das suas concorrentes as variáveis sob o seu controlo, tais como preços, quantidades, investimentos, mercados geográficos e de clientes, actividades de marketing, de forma a maximizar o lucro dessa mesma empresa. Através deste mecanismo dá-se a descentralização das decisões de produção, investimento e consumo dos diversos produtos e serviços que satisfazem as necessidades humanas, segundo a alternativa mais eficiente, tendo em conta a restrição da escassez de recursos"[2]. Tudo isto implica que em um mercado concorrencial sejam praticados preços mais baixos, seja melhorada a qualidade nos produtos e serviços e, não menos importante, sejam potenciadas as condições para a inovação tecnológica e maximizado o bem-estar dos consumidores.

É da natureza da concorrência e da rivalidade entre empresas que lhe é própria que sejam eliminadas as empresas menos eficientes, menos inovadoras, em suma, menos preparadas para enfrentar a pressão das restantes. Não restam dúvidas que as empresas que sucumbem neste processo concorrencial sofrem prejuízos porque vendem menos ou deixam de vender os produtos e serviços, pondo em crise a sua própria existência. Mas estas são as consequências desejadas pela economia de mercado que, através da concorrência, promove a eliminação de empresas ineficientes e, através da proibição de infrações a concorrência, quer impedir que tais empresas se financiem através do "imposto" obtido pelas infrações à concorrência.

Pese embora os proclamados benefícios da concorrência para consumidores, empresas e economia geral, a verdade é que as empresas têm, ao longo do tempo, desenvolvido práticas destinadas a falsear, reduzir ou eliminar a concorrência. Através de tais práticas ilícitas, as empresas procuram furtar-se ou mitigar os efeitos fisiológicos da concorrência.

---

1 *Apud* Ginsburg, 2010:43.

2 Mateus, 2006. O acórdão *Suiker Unie* decidiu que "cada operador económico deve determinar de forma independente a política que pretende adotar (...) incluindo a escolha das pessoas e empresas às quais faz ofertas ou vende" – Acórdão *Suiker Unie* c. Comissão, Processo 4/73, Rec., p. 1663, n.º 173. Sousa Ferro (2016a: 72) refere que da análise de jurisprudência portuguesa resulta que os "tribunais demonstram, frequentemente, que o seu raciocínio assenta numa noção de concorrência diversa daquela que subjaz ao direito da concorrência".

Há, pois, que regular o poder de mercado porque ele "pode dar azo a perdas de bem-estar, requerendo, por conseguinte, um controlo por parte de uma entidade exterior ao mercado".[3] Não é recente a *hostilidade* quer da jurisprudência quer do legislador "à utilização opressiva do poder económico"[4], garantindo aos lesados a proteção contra os danos sofridos por tais práticas. Remonta aos finais do século XIX a hostilidade dos tribunais dos Estados Unidos da América aos *trusts*[5], tendo como fundamento jurídico não só os princípios de *common law* como os de direito estadual societário.[6] Mas cedo se percebeu que "essas soluções de caráter estadual eram manifestamente insuficientes"[7] e que a resposta estava numa intervenção de âmbito federal. O que aconteceu com o *Sherman Act* de 1890, que recebeu o nome do seu proponente (o senador republicano do Ohio, John Sherman).

Rompendo com a situação anterior ("na sua esmagadora maioria, as velhas regras sobre as "restrições ao comércio" pertenciam, na verdade, ao domínio da *private law*"[8]), o *Sherman Act* assumiu *public character*[9]. O que teve efeitos nos instrumentos de *enforcement*. Ao lado de uma ação penal e de uma ação civil com caráter público, foi prevista uma ação privada a favor de "any person who shall be injured in his business or property by any other person or corporation by reason of anything forbidden or declared to be unlawful (...) shall recover threefold the damages by him sustained, and the costs of suit, including a reasonable attorney's fees". A *triple damages clause*[10] concede aos particulares um

3 Marques, 2015: 218 s.

4 Leitão Marques, 2002: 20.

5 O *Sherman Act* de 1890 é conhecido como lei *antitrust* porque, justamente, o "trust representava uma forma juridicamente vinculativa de unificar o controlo através da combinação dos direitos de voto" – cfr. Menezes Leitão, 2009: 444. O *trust* começou por ser aplicado na indústria petrolífera, constituindo um acordo envolvendo sócios de 40 sociedades petrolíferas e por força do qual os intervenientes transmitiam as respetivas participações sociais para um *board of trustees*, recebendo em contrapartida *trust certificates*. Este *trust certificates* garantiam a repartição do direito aos lucros, mas não o direito de voto que pertencia exclusivamente aos *trustees*. Estas sociedades abrangidas pelo *trust*, embora juridicamente independentes, tornavam-se economicamente dependentes. Sobre esta experiência, v. Nogueira Serens, 2007: 325 ss.

6 Nogueira Serens, 2007: 327 ss.

7 Nogueira Serens, 2007: 339.

8 Nogueira Serens, 2007: 339.

9 Nogueira Serens, 2007: 340.

10 Nogueira Serens, 2007: 340, salienta que entre 1890 e 1904 os "treble damages" não estimularam o interesse dos privados pelo *private enforcement* e que se viveu, neste período, um ambiente de desprezo pelo Sherman Act.

poderoso incentivo económico à litigância contra as empresas que infringem as regras da concorrência. Mas é essencial que "the antitrust enforcement system promotes competition, not merely litigation"[11].

Nos Estados Unidos da América, em matéria de efetivação das normas de concorrência, cada particular é visto como "private attorney general"[12], o que sintetiza o lugar central dos *private enforcers* na perseguição das práticas anti-concorrenciais de empresas. Apesar do interesse com que a experiência dos EUA em matéria da aplicação das normas da concorrência tem sido olhada e estudada na Europa, a verdade é que vários fatores convergem para uma situação muito diversa deste lado do Atlântico.

É comum a afirmação que sublinha a escassez de pretensões de *private enforcement* na Europa, por referência à intensidade destas iniciativas nos EUA. São apontados vários fatores que contribuem para aquele diagnóstico da situação europeia: *a*) os custos elevados que o particular tem de suportar quando se envolve em litígios comerciais complexos contra empresas em posição dominante dotadas de amplos recursos (*deep pocket*) e de quem o autor da ação (que pretende reagir, através de mecanismos jurídico-privados) pode depender para assegurar a sua viabilidade; *b*) os atrasos judiciais e a incerteza quanto ao desfecho da ação; *c*) as perturbações sofridas no seu negócio causadas pela necessidade de funcionários especialmente capazes terem de acompanhar o processo durante meses, se não anos; *d*) a inadequação dos instrumentos processuais; *e*) as dificuldades e os custos inerentes à obtenção das provas.

Na Europa é privilegiado o modelo de *public enforcement* do direito da concorrência, confiando, por isso, a perseguição das infrações da concorrência a entidades públicas, remetendo-se o *private enforcement* para um lugar de segunda linha[13]. Ainda assim, são reconhecidas as vantagens do *private enforcement*, porquanto pode: *a*) induzir o efeito de dissuasão ("deterrence") e aumentar o nível de cumprimento das regras da concorrência; *b*) contribuir para desenvolver a cultura da concorrência; *c*) sindicar casos em que o *public enforcement* não atua[14]; *d*) contribuir para aumentar a concorrência e a competitividade da

11 Ginsburg, 2010: 58.

12 Ginsburg, 2010: 40.

13 Segundo Cisotta (2014), as diferenças entre a Europa e os EUA radicam no facto de que "the European competition law framework largely builds upon the ordo liberal doctrine, according to which the functioning of the market has to be supervised and governed by a strong public authority".

14 Recorde-se que, nos termos do art. 5.º, *c*), dos Estatutos da AdC, e do art. 7.º, 1, do Regime Jurídico da Concorrência (RJC), a Autoridade da Concorrência (AdC) deve atribuir graus de prioridade diferenciados no tratamento das questões que é chamada a analisar.

economia europeia; *e*) permitir a compensação de vítimas de infrações anti-concorrenciais; *f*) valer-se de mecanismos de tutela cautelar.

Mantendo a fidelidade ao *public enforcement*[15], a União Europeia procura dar um *novo impulso* ao *private enforcement,* criando condições para que esta via de efetivação do direito da concorrência alcance uma maior intensidade. Os Estados-Membros da União Europeia (e, em particular, Portugal) não estão no grau zero da aplicação privada do direito da concorrência. No que diz respeito a Portugal, a jurisprudência regista casos decididos[16], a doutrina debruça-se sobre esta matéria e, não menos importante, a ordem jurídica globalmente considerada prevê mecanismos jurídicos que podem ser postos ao serviço das pretensões dos *private enforcers*.

Pretende-se com o presente trabalho traçar a situação portuguesa do *private enforcement*, antes da transposição da Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Para tanto, há que recordar a *fidelidade* do sistema português ao modelo da aplicação pública do direito da concorrência, mas não esquecendo a complementaridade que entre este e o do *private enforcement* deve existir.

O Regulamento 1/2003 afirmou esta *relação de complementaridade* quando, a propósito da concessão de indemnizações às vítimas das infrações, reconhece que o papel dos tribunais nacionais é o "complementar o das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência"[17]. Mais recentemente, a Diretiva 2014/104/UE vinca o mesmo objetivo de complementaridade entre aplicação pública e aplicação privada, quando sublinha que "importa regular com coerência a articulação entre as duas formas de aplicação" (considerando (6) da Diretiva).

---

15 Velasco San Pedro (2011: 37) refere que o modelo de aplicação pública acolhido pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) tem dado bons resultados, mas razões de *justiça distributiva* impõem que seja reconhecido direito à reparação dos danos sofridos pelas vítimas de práticas restritivas da concorrência, em particular consumidores.

16 V. Sousa Ferro, 2016a, *passim*.

17 Sérvulo Correia (2008: 1750) refere que um dos objetivos da reforma de 2003/2004 foi o de libertar a Comissão Europeia de uma parte significativa de tarefas em matéria de litigância sobre concorrência para que esta instituição da União Europeia (UE) se possa concentrar na definição de política de concorrência e na definição de regras (os chamados regulamentos de isenção). Sobre os antecedentes da reforma operada pelo Regulamento 1/2003, v. Cruz Vilaça, 2003: 717 ss.

Neste contexto, o estudo aborda as seguintes questões principais: *a*) distinção entre *private enforcement* e *public enforcement*; *b*) nulidade de convenções negociais e responsabilidade civil como as principais reações privadas aos ilícitos concorrenciais; *c*) a delimitação da ilicitude relevante para efeitos de responsabilização civil de empresas e de administradores pela infração da concorrência; *d*) os instrumentos processuais ao dispor dos *private enforcers*; *e*) alternativas para o financiamento do litígio.

2. A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA DE *PUBLIC ENFORCEMENT* E DE *PRIVATE ENFORCEMENT*

2.1. Do arquétipo internacional à receção portuguesa

Denotando a influência dos EUA (e, talvez, o poder e a preeminência dessa experiência no contexto do direito da concorrência), vulgarizou-se na Europa a dicotomia *private enforcement versus public enforcement*. A vulgarização do uso de tais conceitos não corresponde a uma consolidada, rigorosa e nítida distinção jurídica. Corresponde, sim, a um arquétipo internacional, a um *standard* forjado na experiência dos EUA que, a partir daí, irradia e é recebido em experiências jurídicas. Sendo assim, não podemos ignorar que esse arquétipo é confrontado, em cada ordem jurídica onde é recebido, com as resistências próprias de cada sistema recetor. Certamente que a fluidez da distinção permite a adaptação às concretas ordens jurídicas onde é recebida, mas não dispensa o trabalho de determinar o sentido jurídico daqueles conceitos[18].

Parece-me que o âmbito específico de *private enforcement* e de *public enforcement* deve ser construído juridicamente à *luz de cada ordem jurídica*, sendo de afastar uma conceção universal, idealizada a partir de um arquétipo[19]. Esta posição metodológica continua a ser juridicamente adequada, ainda que não se ignore que os arts. 101.º, ss. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia são aplicáveis em toda a União Europeia e vinculam cada um dos Estados- Membros.[20] E que o Regulamento 1/2003 unifica as regras relativas

18 Para este exercício de distinção, v. Basedow, Francq & Idot, 2012.

19 Também Sérvulo Correia (2008: 1753) rejeita conceitos únicos de *private enforcement* e de *public enforcement*.

20 Em Portugal, v. art. 8.º da Constitutição da República Portuguesa (CRP).

à aplicação dos arts. 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Estas normas não impedem que cada Estado Membro preveja outras infrações à concorrência (não previstas no Direito da União Europeia). É o que acontece na ordem jurídica portuguesa que tipifica o "abuso de dependência económica" (art. 12.º do Regime Jurídico da Concorrência – RJC[21]) como contraordenação[22]. Trata-se de uma infração que, não sendo incompatível com as regras da União Europeia da concorrência, está contemplada em direitos nacionais[23].

A distinção entre *public* e *private enforcement* não é objeto de harmonização no contexto da União Europeia. Esta distinção não é objeto da Diretiva 2014/104/UE. Como o próprio título da Diretiva denuncia, ela visa harmonizar *certas regras* (não todas) relativas às ações de indemnização. A Diretiva não cuida da distinção entre *private enforcement* e *public enforcement*. Portanto, caberá a cada ordem jurídica, à luz dos seus quadros jurídicos, identificar as notas caraterizadoras e o âmbito específico de *private enforcement* e de *public enforcement*.

Dito isto, mantém-se a questão: como distinguir *private enforcement* de *public enforcement*, à luz da ordem jurídica portuguesa? À luz da ordem jurídica portuguesa não basta que a reação a indícios de práticas anticoncorrenciais tenha sido da iniciativa de um particular[24] para que se possa afirmar estar-se perante uma manifestação de *private enforcement*. Veja-se, por exemplo, o caso em que um particular apresenta, junto da AdC, uma denúncia de violação das normas da concorrência que a Autoridade vai investigar, mediante a abertura de inquérito (arts. 8.º e 17.º do RJC)[25]. Este caso configura, certamente, um *impulso privado*, uma *iniciativa privada*, mas não consubstancia um exemplo de *private enforcement*. Configure-se, agora, o caso em que o Estado, de modo a ressarcir-se de danos sofridos por práticas de conluio na contratação pública, intenta uma ação de responsabilidade civil em tribunal cível contra os

21 Aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

22 O abuso de dependência económica, introduzido no ordenamento jurídico português pelo art. 4º do Decreto-Lei n.º 371/93, está atualmente previsto no art. 12.º do RJC. Sobre esta infração, v. Mariano Pego, 2001: 85 ss.; Mariano Pego, 2013; Botelho Moniz, 2016: 135 ss..

23 Botelho Moniz, 2016: 135 ss..

24 Sérvulo Correia (2008: 1756) fala em "iniciativa privada de aplicação do direito da concorrência, tanto através do procedimento administrativo no âmbito da AdC, como dos meios processuais administrativos perante o Tribunal de Comércio de Lisboa".

25 V. também o art. 8.º do RJC, relativo ao processamento de denúncias.

concorrentes conluiados. Este caso, embora resulte de uma iniciativa processual imputada ao Estado, não configura um caso de *public enforcement*.

A distinção pode mostrar-se ainda mais complexa se considerarmos que o novo regime jurídico da concorrência enxerta no processo sancionatório relativo a práticas restritivas (arts. 13.º e s. do RJC) figuras jurídicas que são próprias do processo de civil, como sejam o procedimento de *transação* no inquérito (art. 22.º do RJC) ou o procedimento de *transação* na instrução (art. 27.º do RJC)[26]. Ou, ainda, a possibilidade de a AdC "aceitar compromissos propostos pelo visado que sejam suscetíveis de eliminar os efeitos sobre a concorrência decorrentes das práticas em causa, arquivando o processo mediante a imposição de condições destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos propostos" (art. 23.º, n.º 1, do RJC). Medida que também pode ser aplicada na fase de instrução (art. 28.º do RJC).

Sérvulo Correia considera que a tradução correta de *enforcement* é "aplicação impositiva"[27] e não aplicação privada[28] nem execução. Na verdade, o que carateriza em geral o *enforcement* é o seu caráter impositivo[29] – ou seja, o "exercício de um poder de autoridade de definição imperativa do teor de situações jurídicas individuais e concretas"[30]. Cabe tal poder à AdC enquanto regulador transversal à economia encarregado de velar pela aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência (art. 1.º, n.º 2, dos Estatutos da AdC[31]). Mas também está investido deste poder de aplicação impositiva do direito da concorrência o Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), como outros tribunais chamados a resolver questões jurídicas que convoquem normas da concorrência.

É certo, no entanto, que a AdC está comprometida com o interesse público de defesa da concorrência – *não é, por conseguinte, em matéria de prossecução deste interesse público de promoção da concorrência, neutral*[32]. É o que resulta claramente da definição da sua missão, plasmada no art. 1.º, n.º 3, dos Estatutos da AdC.

---

26 Recorde-se que a transação prevista no art. 1248.º do Código Civil é o "contrato pelo qual as partes previnem ou terminam um litígio mediante recíprocas concessões".

27 Sérvulo Correia, 2008: 1754.

28 Na ordem jurídica portuguesa, servem-se desta tradução Moura e Silva, 2008: 189 ss.; Coutinho de Abreu, 2011; Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 101.

29 Sérvulo Correia, 2008: 1755.

30 Sérvulo Correia, 2008: 1754.

31 Aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

32 Gomes Canotilho & Moreira, 2010: 802.

Em ordem a poder cumprir a sua missão, a AdC está munida dos poderes que lhe permitem sancionar (sem prévio recurso a entidades judiciais) as violações das normas da concorrência. Assim resulta do art. 6.º, n.º 2 dos Estatutos da AdC, relativo aos poderes sancionatórios da AdC.

Já os *private enforcers* têm de acomodar a sua conduta à proibição de justiça privada constante do art. 1.º do Código de Processo Civil (CPC): "a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito" e, por isso, necessitam de recorrer a terceiro (entidades administrativas, tribunais estaduais ou meios de resolução alternativa de litígios) para alcançarem a tutela das suas pretensões.

Sérvulo Correia, refletindo sobre esta dicotomia *public enforcement/private enforcement* à luz da (revogada) Lei n.º 18/2003, defende que, para a distinção, é necessário atender ao "ambiente institucional em que decorre a preparação e a tomada de decisões"[33] e aos "meios utilizados: procedimento administrativo, processo administrativo ou processo civil"[34].

Na ordem jurídica interna, o *public enforcement* do direito da concorrência[35] constitui missão, em primeira linha, da AdC que identifica e investiga os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia[36], que decide sobre os respetivos processos e, se for o caso, aplica sanções, cobra coimas[37], adota medidas cautelares (art. 6.º, n.º 2, dos Estatutos da AdC). A AdC tem "por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores" (art. 1.º, n.º 2, dos Estatutos da AdC). Por conseguinte, as decisões preparadas e tomadas no

33 Sérvulo Correia, 2008: 1755.

34 Sérvulo Correia, 2008: 1755.

35 Sobre as caraterísticas do modelo público de aplicação da concorrência, v. Martínez Mulero, 2005; Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013.

36 Sobre o sistema de competências paralelas, v. Goucha Soares, 2006.

37 Brodi (2008) refere que as coimas aplicadas às empresas no quinquénio 2002-2007 por violação do art. 81.º do TCE são inferiores ao montante dos chamados "deadweight loss", caracterizados, estes últimos, pela Commission of the European Communities, *Comission Staff Working Document accompanying document to the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Impact Assessment*, Bruxelles, 2008, p. 14, como "the economic benefits forgone by consumers and other victims who do not purchase, or purchase a smaller quantity, due to the unlawfully inflated price".

âmbito da missão e das atribuições da AdC, destinadas a zelar pelo cumprimento do direito da concorrência[38], integram o *public enforcement*, ainda que o inquérito tenha sido aberto na sequência de denúncia de privados ou que aquele ou a instrução seja concluído com a transação entre a AdC e a empresa visada ou com a aceitação pela Autoridade de compromissos propostos pela visada[39].

O TCRS, criado pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, instituído pelo Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março, tem competência territorial de âmbito nacional (v. art. 83.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2003, de 26 de agosto, alterada pela Lei n.º 40-A/2016, de 22 de dezembro, daqui em diante LOSJ). Compete-lhe, nos termos do art. 112.º, n.º 1, *a*), da LOSJ, e em matéria de concorrência, "conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente suscetíveis de impugnação" proferidas pela AdC. Por outro lado, o TCRS é materialmente competente para as questões previstas no art. 112.º, n.º 2, da LOSJ.[40]

Também a impugnação judicial de decisões da AdC que aplicam normas de direito da concorrência (seja junto do TCRS, seja junto do Tribunal da Relação de Lisboa[41]) constituem exemplos de *public enforcement*. Na verdade, neste caso de recurso interposto para os tribunais está a ser solicitado o controlo judicial da administração, *in casu*, de uma decisão da AdC[42].

---

38 E não só o direito português da concorrência. Nos termos do art. 5.º, *a)*, dos Estatutos da AdC, incumbe à AdC velar pelo direto da concorrência da União Europeia.

39 Como é fácil de ver, nem todas as decisões administrativas tomadas no âmbito da AdC integram o *public enforcement*; só as que têm por objeto a aplicação impositiva de normas da concorrência (de direito nacional e de Direito da União Europeia) na decisão de um litígio entre a AdC e empresa(s) visada(s). Deste modo, parece-me que todas as atribuições constantes das alíneas *b), c), d) e), f) g), h), i)* e *j*) do art. 5º dos Estatutos não se integram no *public enforcement*, designadamente a fixação de graus de prioridade no tratamento de questões que a AdC é chamada a analisar.

40 Para a distinção entre o regime de reação jurisdicional a atos administrativos praticados no âmbito dos procedimentos administrativos relativos ao exercício dos poderes de supervisão da AdC e o regime dos atos administrativos praticados no âmbito de procedimentos contraordenacionais, no quadro dos poderes sancionatórios da AdC, v. Vieira de Andrade & Moniz, 2013: 873 ss.

41 Sobre as razões que justificam que o recurso de decisões do TCRS, tomadas em matéria de concorrência, seja interposto para o Tribunal da Relação de Lisboa e não para o Tribunal da Relação de Évora, v. Simas Santos, 2013: 855.

42 Poder-se-á discutir se a possibilidade de recurso para o membro do Governo responsável pela área da economia das decisões de proibição em sede de controlo de concentrações (art. 41º dos Estatutos da AdC), integra o *public enforcement* das normas de direito da concorrência. E isto não tanto por não ser a AdC a tomar a decisão, nem por não ser um tribunal o destinatário do recurso, mas sim porque o fundamento para a decisão tomada pelo Governo *já não é o respeito pelas as normas de direito da concorrência*, mas sim "os benefícios resultantes [da concentração] para a prossecução de interesses estratégicos fundamentais da

As decisões de dispensa ou de redução de coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência, previstas nos arts. 75.º e seguintes do RJC, integram-se no *public enforcement*, porquanto são da competência da AdC. São decisões preparadas e tomadas por este regulador e, quando é concedida a dispensa ou redução da coima, cada uma delas representa, justamente, *incentivos económicos* (traduzidos na dispensa ou redução de coima) para a exposição e fornecimento de provas reveladoras de acordos ou práticas concertadas entre empresas (arts. 70.º, 75.º e 77.º e ss. do RJC)[43].

O que ressalta no *public enforcement* é a existência de um *litígio* entre a Administração Pública, *in casu*, a AdC, e empresa(s) visada(s). Tal litígio é, num primeiro momento, resolvido pela AdC que, comprometida institucionalmente com a prossecução do interesse público da defesa e promoção da concorrência, o resolve ela própria pela aplicação impositiva das normas da concorrência. Tal *compromisso institucional* (e, por consequência, não neutralidade da AdC) com a prossecução do interesse público de defesa da concorrência não equivale, é importante que se saliente, a ausência de controlo jurisdicional da atividade administrativa da AdC. Bem pelo contrário. Porque se trata de atos administrativos da AdC e, em cumprimento do direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, consagrado no art. 268.º, n.º 4, da CRP, é reconhecido à empresa visada por tais decisões o direito de impugnação judicial de atos administrativos lesivos[44].

É comum que na dicotomia *public enforcement/private enforcement* seja convocada uma *delimitação negativa* para caraterizar esta última[45]. A vulgarmente designada *aplicação privada do direito da concorrência* já foi caraterizada entre

---

economia nacional superem, em concreto, as desvantagens para a concorrência inerentes à sua realização" (art. 41.º, n.º 1, dos Estatutos da AdC). A decisão deste recurso extraordinário pelo Conselho de Ministros é ponderada fora dos quadros das regras nacionais e da União Europeia da concorrência e, por essa razão, em rigor, a decisão do Conselho de Ministros não procede à aplicação das normas da concorrência. Parece-me que a circunstância de o Governo fixar medidas de mitigação de riscos para a concorrência, previstas no art. 41.º, n.º 4, do Estatuto da AdC não prejudicam a conclusão formulada no texto.

43 Vieira de Andrade & Moniz, 2013: 877, questionam o regime jurídico aplicável à impugnação da decisão de dispensa ou redução de coima (ou do ato de recusa de dispensa ou redução de coima). Concluem estes autores que o regime aplicável decorre de uma "aproximação ao regime processual do ilícito de mera ordenação social".

44 Sobre este direito de impugnação judicial das decisões da AdC, v. Vieira de Andrade & Moniz, 2013: 875 ss.

45 Sobre este modelo, a sua origem norte-americana e os possíveis abusos a que se proporciona, v. Martínez Mulero, 2005: 114 ss.. Hodges (2012) salienta as diferentes culturas jurídicas vividas nos EUA e na Europa, concluindo que "European legal system rely on a diferente balance between public and private enforcement, and on different theories of enforcement other than just deterrence".

nós como "a aplicação do direito da concorrência independente das autoridades administrativas competentes para a sua garantia específica"[46]. Ou como "a forma privada de tutela da concorrência e está em causa sempre que uma parte privada apresenta um pedido civil independente ou uma reconvenção baseados na violação de regras de defesa da concorrência, sendo o seu elemento característico o facto de conduzir a qualquer forma de sanção civil contra o infrator"[47].

Repare-se, todavia, que a pretensão de *private enforcement* pode surgir na sequência e apoiada em prévia decisão da AdC *(follow on actions* ou ações de seguimento*)*. E, em tais casos, não será adequado, por um lado, dizer que a aplicação do direito da concorrência é independente da entidade administrativa nem, por outro lado, será ajustado afastar tal iniciativa do *private enforcement*. O que se acaba de afirmar é corroborado pelo art. 9.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104/UE, quando impõe que os Estados-Membros, no processo de transposição, "devem assegurar que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo dos artigos 101.º e 102.º do TFUE ou do direito nacional da concorrência".

Por outro lado, poderá acontecer que o resultado do *private enforcement* não seja a aplicação de uma sanção civil ao infrator. Considere-se, por exemplo, o caso em que o réu demandado em ação cível de cumprimento defende-se por exceção perentória invocando a nulidade (art. 9.º, 2, do RJC e art. 101.º, n.º 2, do TFUE) das estipulações negociais cujo cumprimento lhe é exigido[48]. E funda tal nulidade na violação de normas legais imperativas constantes do RJC.

Para Miguel Ferro, o *private enforcement* "abrange todas as circunstâncias em que uma pessoa, seja qual for a sua natureza (incluindo pessoas de direito público e de direito privado), promove uma ação perante uma autoridade judicial, ou entidade análoga com poderes vinculativos sobre as partes (e.g., arbitragem ou mediação), na qual invoca normas europeias e/ou nacionais de concorrência em prol dos seus direitos ou interesses, ou de direitos ou interesses coletivos ou difusos, sem que esteja diretamente em causa a aplicação de contraordenações ou de medidas ao abrigo da Lei da Concorrência ou do

46 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 101.

47 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 101.

48 *V. infra*.

direito europeu da concorrência, ou em que se promove através das mesmas entidades, passos para preparar ou dar sequência a tais ações"[49].

Na génese das reações e dos "remédios" do *private enforcement* estão, as mais das vezes, *litígios entre privados (ou entre sujeito privado e sujeito público não investido do seu poder de ius imperii)*[50], movidos pelo seu *interesse privado* em reagir a acordos e práticas concertadas que impeçam, falseiem ou restrinjam a concorrência, de abuso de posição dominante ou de abuso de dependência económica. O *private enforcer* procura a proteção de um interesse privado: seja a reparação do dano causado pela violação das normas da concorrência, seja desvincular-se de um contrato ou de cláusulas que são violadoras das normas legais imperativas da concorrência, seja desvincular-se de obrigação de não concorrência, de obrigações de compra exclusiva, da obrigação de pagamento de um montante que lhe exigido, *etc*. O propósito destas iniciativas processuais de *private enforcement* não é macroeconómico, mas sim microeconómico.

A AdC *não é competente* para dirimir litígios entre particulares que tenham, designadamente, por objeto quer a *invalidade* de contratos cujas estipulações negociais ofendem o direito da concorrência quer *pretensões de indemnização* destinadas a reparar danos causados por ilícitos concorrenciais[51]. Por outro lado, o TCRS não tem competência para "ações entre particulares que tenham como causa de pedir a lesão de direitos ou interesses legalmente protegidos decorrentes de acordos e práticas concertadas que impeçam, falseiem ou restrinjam a concorrência, de abuso de posição dominante ou de abuso de dependência económica"[52].

2.2. Âmbito material e estrutura institucional do *private enforcement*

A ordem jurídica portuguesa não resolve expressa e diretamente a questão do âmbito material do *private enforcement* – ou seja, a questão de saber que infrações são suscetíveis de serem perseguidas através dos mecanismos de aplicação impositiva de iniciativa privada do direito da concorrência (Sérvulo Correia).

A Diretiva *não cuida* da questão de saber qual é o âmbito material do *private enforcement* em cada um dos Estados-Membros. Expressão disso mesmo é o

49 Sousa Ferro, 2016a: 1. No entendimento deste Autor, todas as ações relativas aos auxílios de Estado são exemplos de *private enforcement*.

50 Sérvulo Correia, 2008: 1773.

51 Invocando razões constitucionais, v. Sérvulo Correia, 2008: 1772.

52 Sérvulo Correia, 2008: p. 1762. Sobre a competência do TCRS, v. Vieira Cura, 2014: 175 ss.

considerando (5) que afirma que "as ações de indemnização são apenas um elemento de um sistema efetivo de aplicação privada em caso de infração ao direito da concorrência, sendo complementadas por vias de recurso alternativas, como a resolução amigável de litígios e decisões de aplicação pública que incentivem as partes a prestar indemnização". A Diretiva procura harmonizar "certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia". Para efeitos da Diretiva, "infração do direito da concorrência" é "uma violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE ou do direito nacional da concorrência" (art. 2.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104/UE). Sendo também de assinalar que o "direito nacional da concorrência" é nesta Diretiva definido como "as disposições do direito nacional que visam predominantemente o mesmo objetivo que os artigos 101.º e 102.º do TFUE e que são aplicadas no mesmo processo e em paralelo com o direito da concorrência da União, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, excluindo as disposições do direito nacional que impõem sanções penais a pessoas singulares, exceto na medida em que tais sanções penais constituam os meios para aplicar as regras da concorrência às empresas" (art. 2.º, n.º 2, da Diretiva 2014/104/UE).

É verdade que o art. 101.º, n.º 2, do TFUE prevê a *nulidade*[53] de acordos e de decisões de associação de empresa restritivos da concorrência. A circunstância de a nulidade ser o único mecanismo de *private enforcement* previsto no TFUE não pode ser lida como a exclusão de outros remédios e, por conseguinte, não responde à questão de saber qual é o âmbito material do *private enforcement* na ordem jurídica portuguesa.

É tradicional a resposta de que o *private enforcement* exercido através das *ações de indemnização* diz respeito à violação dos arts. 101.º e 102º do TFUE e das normas nacionais correspondentes. Quem olha para estes temas de um ponto de vista económico ou de análise económica do direito, sublinha que, de tais pontos de vista, diferentes infrações apresentam diferentes incentivos ao *private enforcement*[54]. Se os acordos restritivos da concorrência e o abuso de posição dominante apresentam significativos incentivos económicos que podem estimular o *private enforcement* (traduzidos na indemnização em que a

53 Sobre o conceito "comunitário" de nulidade, v. Nogueira Serens, 1993: 78 ss., que conclui, a p. 81, que a "noção comunitária" de nulidade não se afasta da caraterização plasmada no Código Civil português.

54 Cfr. Ginsburg, 2010: 48.

empresa infratora pode ser condenada), já a reação privada à violação das regras sobre o controlo de concentrações ou à concessão de auxílios de estado ilegais a empresas concorrentes pode contar com menores incentivos económicos[55].

Do *ponto de vista jurídico*, os danos causados pela infração dos arts. 101.º e 102.º do TFUE ou provocados por práticas restritivas da concorrência (arts. 9.º e seguintes do RJC) podem ser ressarcidos, através de *indemnização* (que, constitui, justamente, o incentivo económico para o *private enforcer*). Será mais difícil sustentar que a violação da obrigação de notificação de concentração causou danos a particulares ressarcíveis através de responsabilidade civil. E daí as violações das normas sobre o controlo de concentrações apresentarem menos incentivos económicos. Já em matéria de auxílios de Estado[56], a reação não se traduzirá, em regra, na fixação de uma indemnização, mas sim na condenação da empresa a restituir benefícios ilegais[57]. Em regra, o particular desejará "não ter de suportar custos desiguais em áreas que deveria ser de concorrência aberta"[58], causados pela ilegalidade dos auxílios de Estado.

É preciso atender, no entanto, que a nulidade e as ações de indemnização não são os únicos "remédios" de que se pode valer o *private enforcer*. São pensáveis outros mecanismos de reação.[59] Na doutrina portuguesa, Miguel Sousa Ferro defende que "no que respeita às normas substantivas de concorrência, o *private enforcement* não diz apenas respeito aos artigos 101.º e 102.º TFUE e disposições nacionais correspondentes, mas também ao abuso de dependência

55 Cfr. Ginsburg, 2010: 48.

56 Repare-se que em matéria de auxílios de Estado, a AdC tem uma "mera competência de aconselhamento", traduzida na formulação de recomendações que, como o nome indica, não têm caráter vinculativo. Para a lista de recomendações formuladas pela AdC, v. Botelho Moniz, 2016: 631 ss..

57 Sobre o papel dos tribunais nacionais em matéria de auxílios de Estado, v. Botelho Moniz, 2016: 632. Este Autor refere que "decorre da doutrina da plenitude de competência do juiz nacional (...) a obrigação dos tribunais nacionais assegurarem os direitos subjetivos atribuídos aos particulares pela norma comunitária. A realização desta obrigação, no campo dos auxílios de Estado, pode exigir dos tribunais nacionais: (*i*) a verificação da incompatibilidade do ato de direito interno com o direito da União e a sua consequente inaplicabilidade (*ii*) a obrigação de recuperação do auxílio de Estado prestado ou (*iii*) a outorga de medidas provisórias, se necessário". Sobre o regime nacional dos auxílios de Estado, v. Lopes Porto, Nogueira de Almeida & Andrade, 2013.

58 Cfr. Ac. do STA de 3.5.2007, Proc. 1050/03, que considerou que o "recurso contencioso de anulação" é o instrumento adequado para um particular reagir contra indemnizações compensatórias ilegais.

59 Vieira de Andrade & Moniz, 2013: 880, referem que, em caso de ato administrativo fictício (arts. 50.º, n.º 4, e 53.º, n.º 5, do RJC) de não oposição à concentração de empresas, a eventual reação jurisdicional de terceiros contra tal decisão "segue a forma de ação administrativa especial de impugnação de atos administrativos".

económica (artigo 12.º da LdC), às normas de auxílios de Estado e, potencialmente, ao controlo de concentrações"[60].

Escapa à missão e às atribuições da AdC dirimir os litígios privados com fundamento em violações do direito da concorrência. Nem sequer lhe compete declarar a nulidade de acordos restritivos da concorrência, prevista no art. 9.º do RJC e no art. 102º do TFUE.

Em matéria jurisdicional, o TCRS (arts. 83.º, n.º 3, *b)* e 112º da LOSJ) não tem, até ao momento[61], competência em matéria de ações cíveis de *private enforcement*. Neste momento, o pedido de reparação de danos por violação das normas da concorrência (maxime, os arts. 101.º e 102.º do TFUE, seus correspondentes nacionais e abuso de dependência económica) deverá dar entrada nos juízos centrais cíveis (art. 117.º da LOSJ), nos juízos locais civeis ou nos juízos de competência genérica.

Também serão estes os tribunais competentes para a ação de responsabilidade civil proposta por terceiros contra administradores, ao abrigo do art. 79.º do CSC, com fundamento na violação das normas da concorrência, em ordem a reclamarem a indemnização de danos[62].

Em matéria de concorrência, os pedidos próprios das ações de indemnização são arbitráveis. É o que resulta hoje, de forma clara, das normas da Lei de Arbitragem Voluntária que elege o critério da patrimonialidade como critério da *arbitrabilidade objetiva*. Em 3 de abril de 2014, o Tribunal da Relação de Lisboa confirmou, justamente, uma *decisão arbitral* que condenou uma empresa por abuso de posição dominante no setor de saúde. Trata-se do caso que ANF vs. IMS Health. Neste caso, o Tribunal considerou que as disposições do contrato são nulas (aplicando o art. 280.º do Código Civil (CC)) e fixou o montante a ser prestado em 887 000 euros.

---

60 Sousa Ferro, 2016a: 4. Menezes Leitão, 2009: 400, defende que a violação de regras de direito europeu que proíbem os acordos verticais e horizontais, o abuso de posição dominante, o controlo das concentrações e as disposições que se aplicam a setores específicos como agricultura, os transportes e a energia podem "fundamentar pretensões indemnizatórias de terceiros".

61 A proposta de transposição de Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, apresentada pela AdC ao Governo, inclui a solução de alargar a competência do TCRS de modo a concentrar neste Tribunal as ações de indemnização e outras ações cíveis "cujo pedido se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência". Esta proposta de alteração do art. 112.º do LOSJ é controversa, já que não impede que outros tribunais, espalhados pelo país, sejam convocados a dirimir questões de concorrência. Pense-se, por exemplo, em pedidos complexos ou nos casos em que a invocação das normas de concorrência é feita em via de exceção.

62 V. Coutinho de Abreu & Ramos, 2017: 977; Ramos, 2016: 46 ss..

3. A NULIDADE "COMUNITÁRIA" E O REGIME JURÍDICO-CIVIL PORTUGUÊS

Em sede de "remédios" idóneos à *reação privada* a práticas restritivas da concorrência proibidas pelos arts. 101.º e 102.º do TFUE, seus correspondentes nacionais, e pelo art. 12.º do RJC, pontuam a *nulidade* (total ou parcial) dos negócios jurídicos que infringem as normas da concorrência, a *indemnização* de danos causados pelas referidas práticas restritivas da concorrência, a condenação à cessação de tais práticas e eliminação dos seus efeitos[63]. Podemos, ainda, acrescentar, as injunções de *facere* ou *non facere.*

Concentremos, de momento, a nossa atenção na *nulidade*. O Acórdão *Courage/Crehan*[64] respondendo, em sede de reenvio prejudicial, à questão "Deve o artigo 81.° CE (ex-artigo 85.°) ser interpretado no sentido de que uma parte num contrato ilícito de locação de um estabelecimento de venda de bebidas, com uma cláusula de exclusividade, pode invocar esse artigo para obter protecção jurisdicional ('relief') contra a outra parte contratante?", decidiu que "uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na acepção do artigo 85.° do Tratado, pode invocar a violação desta disposição para obter protecção jurisdicional ("relief") contra a outra parte contratante" e que "o artigo 85.° do Tratado opõe-se a uma norma de direito nacional que proíba a uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na acepção da referida disposição, reclamar uma indemnização em reparação de um prejuízo decorrente da execução do referido contrato pelo simples motivo de o autor do pedido ser parte no mesmo contrato".[65]

Este mesmo Acórdão *Courage/Crehan* recordou que o (então) art. 85.º constitui "uma disposição fundamental indispensável ao cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, ao funcionamento do mercado interno" e, dada a sua importância, foi prevista a *nulidade* de acordos e decisões de associações de empresas restritivos da concorrência. Neste contexto, o Tribunal de Justiça considerou que a *nulidade* prevista no art. 85.º, n.º 2, do Tratado (hoje art. 101.º, n.º 2, do TFUE), "pode ser invocada por todos, impõe-se ao juiz desde que as condições de aplicação do art. 85.º, n.º 1, estejam reunidas e que

63 Sérvulo Correia, 2008: 1773 ss.

64 Acórdão *Courage/Crehan*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.9.2001, no Processo C-453/99. Sobre os problemas tratados por este Acórdão, v. Cisotta, 2014: 86.

65 Ponto 36 do Acórdão *Courage/Crehan*.

o acordo em causa não possa justificar a concessão de uma isenção ao abrigo do art. 85.º, n.º 3, do Tratado (…). Uma vez que a nulidade visada no art. 85.º, n.º 2, tem carácter absoluto, um acordo nulo nos termos desta disposição não produz efeitos nas relações entre os contratantes e não é oponível a terceiros. (…) Além disso, tal nulidade é suscetível de afetar todos os efeitos, passados ou futuros, do acordo ou da decisão em causa"[66].

O art. 102.º do TFUE e o art. 11.º do RJC não preveem expressamente a nulidade. "Estando em causa um ilícito de natureza unilateral, não resulta típica a sua materialização em negócios jurídicos"[67]. Não pode deixar de se considerar que a nulidade é a sanção civil aplicável a relações jurídicas passíveis de invalidade decorrentes de abuso de posição dominante. Esta tem sido a posição da doutrina e também a orientação seguida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia que, chamado a pronunciar-se em reenvio prejudicial sobre as consequências jurídicas da prática de abuso de posição dominante, no Acórdão *Ahmed Saeed Flugreisen v. Zentrale zur Bekämpfung Wettbewerbs*[68], claramente decidiu de que "If it is found that an undertaking has abused its dominant position on the market and that trade between Member States may be affected, the conduct of the undertaking concerned falls under the prohibition laid down in Article 86. In the absence of action by the Commission, pursuant to its powers under the Treaty and the rules implementing the Treaty, to put an end to the infringement or impose sanctions, the competent national administrative or judicial authorities must draw the inferences from the applicability of the prohibition and, where appropriate, rule that the agreement in question is void on the basis, in the absence of relevant Community rules, of their national legislation"[69].

Também a jurisprudência portuguesa sufragou a orientação da nulidade das cláusulas contratuais indissociáveis desse abuso (nalguns casos aplicando-se o 101.º(2) ou disposição nacional correspondente, noutros – que nos parecem

66 Acórdão *Courage/Crehan*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.9.2001, no Processo C-453/99. Também o Acórdão *Manfredi* declarou, no ponto 57, que a "nulidade visada no artigo 81.º, n.º 2, CE tem caráter absoluto, um acordo nulo nos termos desta disposição não produz efeitos nas relações entre os contratantes e não é oponível a terceiros".

67 Anastácio, 2013: 161. Sérvulo Correia (2008: 1772) admite que nos litígios entre particulares seja invocada a nulidade de relações contratuais nascidas em clima de abuso de posição dominante ou de dependência económica.

68 Processo 66/86, de 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen and others v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*.

69 *Ahmed Saeed Flugreisen and others v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, n.º 45.

mais adequados –, aplicando-se a regra geral do direito civil)[70]. Entre as cláusulas nulas podem ser consideradas as cláusulas de exclusividade e compras mínimas, casos relativos a preços excessivos ou esmagamento de margens, cláusula de não-concorrência e encerramento do mercado.

A nulidade de tais cláusulas pode encontrar fundamento no art. 294.º do Código Civil ou, segundo outras opiniões, no art. 280.º do Código Civil. Parece-me que a norma adequada no caso é a do art. 294º do Código Civil, pois "sendo as normas de concorrência imperativas, e parte essencial de ordem pública, a sua violação implica como consequência a nulidade de tais negócios jurídicos"[71]/[72]. Sendo as normas de defesa da concorrência normas imperativas, a nulidade enquadra-se na *contrariedade à lei* que se encontra consagrada no art. 294.º do Código Civil[73]. O que significa que se, por hipótese de raciocínio, nem o art. 101.º do TFUE nem o art. 9.º do RJC previssem a nulidade, na ordem jurídica portuguesa ela continuaria a ser aplicável aos contratos violadores das normas imperativas de defesa da concorrência.

A nulidade prevista nos arts. 101.º, n.º 2, do TFUE e 9.º, n.º 2, do RJC seguirá o regime jurídico-civil previsto no art. 286.º do Código Civil. Ainda que esteja em causa a violação das normas da concorrência, "tecnicamente a AdC não pode declarar a nulidade de um acordo"[74]. Caberá a "qualquer interessado" invocá-la, podendo ser declarada oficiosamente pelo tribunal (art. 286.º do Código Civil).

A nulidade é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado (o que inclui as partes participantes na prática restritiva), sendo de conhecimento oficioso pelo tribunal. Também resulta do regime jurídico-civil que a nulidade opera *ipso ure*, ou seja, não depende de invocação ou declaração judicial ou administrativa para este efeito. Atendendo, no entanto, às particularidades do direito da defesa da concorrência e à circunstância de os arts. 101.º, n.º 3,

70 Para as decisões jurisprudenciais em que cláusulas desta índole foram consideradas nulas, v. Sousa Ferro, 2016a: 115.

71 Anastácio, 2013: 163. No mesmo sentido, v. Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 104.

72 V. Mateus, 2006: 1082. Trabuco & França Gouveia, 2011a; Trabuco & França Gouveia, 2011b.

73 Em sentido divergente, v. Robin de Andrade, 2012: 200, que invoca a cláusula geral do art. 280.º do Código Civil.

74 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 105, nt. 47. Estes Autores referem a possibilidade de a AdC considerar, com fundamento no art. 9.º do RJC, determinado acordo anticoncorrencial e ordenar o fim da sua aplicação com base na nulidade. Por outro lado, admitem que a nulidade possa ser declarada, em sede de recurso, pelo tribunal de recurso.

do TFUE e do art. 10.º preverem a *possibilidade de não aplicação da proibição* constante, respetivamente, do n.º 1 do art. 101.º do TFUE e do n.º 1 do art. 9.º do RJC, é de todo aconselhável que o interessado que se queira fazer valer da nulidade a invoque.

A declaração de nulidade (que opera tão-só um efeito declarativo) gera a obrigação de restituição de tudo que tiver sido prestado em razão do negócio jurídico declarado nulo ou, no caso de nulidade parcial, da estipulação negocial nula (art. 289.º do Código Civil).

A nulidade das cláusulas restritivas da concorrência e a consequente aplicação do regime jurídico-civil consagrado nos arts. 286.º e 289.º do Código Civil (não produção de qualquer efeito jurídico, restituição de tudo o que tenha sido prestado em cumprimento do acordo nulo) podem não ser suficientes para dissuadir futuras práticas ilícitas[75] nem *satisfatórias* para a proteção dos interesses dos lesados. A jurisprudência mostra que a nulidade de um contrato ou de cláusulas contratuais violadoras da concorrência é preferencialmente invocada como instrumento de defesa do demandado (a tradicionalmente designada "Eurodefesa") em ação de incumprimento do contrato[76]. Neste caso, a parte a quem é exigido o cumprimento de um contrato ou o pagamento de indemnização por danos causados pela violação do contrato, defende-se na contestação, através de reconvenção ou através de exceção, rejeitando a imputação de incumprimento com fundamento na nulidade de estipulação ou estipulações contratuais cujo cumprimento é exigido[77]. A alegação de nulidade pode também constituir fundamento de pedido em ação declarativa comum, com vista à declaração de nulidade por um tribunal – tanto em sede de ações de seguimento como no contexto de *stand alone action*[78].

Pode acontecer que nada haja a restituir. Por um lado, configure-se o caso em que as convenções contratuais declaradas nulas se tenham traduzido em obrigações de *non facere* (não concorrer, não vender em determinado mercado, não apresentar propostas em determinado concurso), nada havendo sido prestado em razão da convenção e nada havendo a restituir. Por outro lado,

75 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 103, atribuem à nulidade dos contratos concorrenciais "um importante papel dissuasor". É discutível que esta sanção tenha este efeito.

76 Sérvulo Correia, 2008: 1776. Em via defensiva a nulidade constitui um facto impeditivo. V. tb. Morais, 2006: 581. Sobre a "euro-defesa", v. Cruz Vilaça, 2004.

77 Sobre a jurisprudência portuguesa em matéria de nulidade de estipulações contratuais violadoras do direito da concorrência, v. Sousa Ferro, 2016a: 113.

78 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 104.

pode acontecer que as atribuições patrimoniais tenham existido no contrato celebrado entre um dos sujeitos participantes no acordo anticoncorrencial e os consumidores. Ora, é válido o negócio jurídico celebrado em execução de negócio jurídico nulo por violação das normas de defesa da concorrência[79] e, por essa razão, é-lhe inaplicável o efeito retroativo próprio da declaração da nulidade (art. 289.º do Código Civil).

Além do duvidoso efeito dissuasor (parece-me que não é a nulidade de negócios jurídicos a reação que as empresas mais temem) e da eventualidade de nada haver a restituir (porque nada foi prestado)[80], a nulidade pode não ser apta, por exemplo, a retirar da esfera dos operadores económicos o benefício ilegalmente obtido com as práticas restritivas da concorrência. Se bem repararmos, vemos que a deslocação patrimonial operada pela nulidade – recorde-se que, nos termos do art. 289.º do Código Civil, deve ser devolvido tudo o que tiver sido prestado em cumprimento do acordo anticoncorrencial – mantém os benefícios (eventualmente, ilegítimos) na esfera dos agentes envolvidos nessas práticas. O que não é um resultado satisfatório quer do ponto de vista do regular funcionamento do mercado quer da perspetiva do bem-estar dos consumidores[81].

4. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE NORMAS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

4.1. Responsabilidade civil extracontratual

A jurisprudência comunitária proclama que os arts. 101º e 102º do TFUE constituem disposições de *ordem pública*[82], essenciais para o funcionamento do *mercado interno*. Estas disposições criam direitos e obrigações para os particulares sejam eles empresas ou consumidores[83]. Entre os direitos garantidos pelo direito da UE, figura o *direito a indemnização por danos sofridos em consequência de uma infração aos artigos 101.º* ou 102.º do TFUE.[84]

79 Coutinho de Abreu, 2011: 102.

80 Gorjão-Henriques & Anastácio, 2013: 105-106.

81 Veja-se o que escrevi em Ramos, 2014a: 119 ss..

82 Processos apensos C-295-298/04, *Manfredi*, Coletânea 2006, p. I-6619, n.º 31.

83 Cfr. Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2013/C 167/07), ponto 4.

84 Acompanho o que escrevi em Ramos, 2014a: 119 ss..

No acórdão *Courage/Crehan*, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) declarou que a proteção efectiva dos direitos consagrados no Tratado exige que qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por uma infracção aos artigos 81.º ou 82.º [atualmente, arts. 101.º e 102.º do TFUE], tenha, em determinadas circunstâncias, o direito de reclamar uma reparação[85]. Em 2006, o Tribunal de Justiça, no caso Manfredi, reiterou que qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do dano sofrido quando existe um nexo de causalidade entre o referido dano e um acordo ou uma prática proibida pelo artigo 81.º CE[86].

Na ausência de regras comunitárias uniformizadoras do regime da responsabilidade civil e do direito à indemnização, o Tribunal de Justiça sentenciou que cabe aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros definir regras de tramitação dos pedidos de indemnização[87]. Tais regras nacionais não devem, contudo, tornar excessivamente difícil ou praticamente impossível o exercício dos direitos conferidos aos cidadãos pela ordem jurídica da UE *(princípio da efetividade*) e não devem ser menos favoráveis do que aquelas que regem as ações de indemnização intentadas por infração a direitos análogos conferidos pelo direito nacional (*princípio da equivalência*)[88]. Invoca-se, assim, o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros (e a inerente diversidade de regimes quanto à ressarcibilidade, às ações coletivas e ao dano indemnizável), mas com as limitações resultantes do *princípio da efetividade* e do *princípio da equivalência*. O que significa que, na nossa ordem jurídica, caberá ao *direito português* regular a responsabilidade civil pela violação das normas de concorrência[89] e as pertinentes ações de indemnização.

---

85 *Courage/Crehan*, Processo C-453/99, acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2001, pontos 26 e 27, Coletânea 2001, p. I-6297, Processos apensos C-295-298/04, *Manfredi*, Coletânea 2006, p. I-6619; Processo C-360/09, *Pfleiderer*, Coletânea 2011, p. I-5161 e Processo C-199/11, *Comunidade Europeia/Otis NV e outros*, Coletânea 2012, ainda não publicado.

86 V. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), 13 de julho de 2006, nos Processos apensos C-295/04 a C-298/04, conhecido como Acórdão Manfredi.

87 Ver Acórdão *Manfredi,* ponto 62.

88 Processo C-453/99, *Courage,* Col. 2001, p. I-6297, n.º 29; Processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Col. 2006, p. I-6619, n.º 62. Sobre o princípio do efeito útil e a natureza da responsabilidade civil pela violação das normas da concorrência, v. Sousa Ferro, 2016b: 140 ss.

89 Repare-se que a Diretiva 2014/104/EU do Parlamento e do Conselho de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia não visa harmonizar os pressupostos de que depende a responsabilidade civil pela violação das normas de concorrência.

Começando pelo primeiro aspeto, parece que a responsabilidade civil pela violação das normas da concorrência configurara-se como *responsabilidade civil extracontratual*[90]. Na verdade, a violação das normas da concorrência consubstancia *responsabilidade civil extracontratual* e não responsabilidade contratual resultante da violação de um direito de crédito ou incumprimento de obrigação em sentido técnico (art. 798.º do Código Civil) [91]. É assim inclusive nos casos em que o ilícito radica em contrato restritivo da concorrência[92]. Tal contrato é nulo, por força das normas da concorrência. A "nulidade desse contrato não alastra para contratos celebrados a jusante. Mas às contrapartes destes últimos fica aberta a possibilidade de indemnização por danos causados pelo ilícito anticoncorrencial a montante"[93].

Deste modo, a responsabilização civil pela violação das normas da concorrência terá de cumprir os pressupostos gerais da responsabilidade civil por factos ilícitos: ilicitude, culpa, dano, nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo e o dano, contemplados no art. 483.º do Código Civil. Deste elenco elegeremos o requisito da *ilicitude* por, no contexto da concorrência, se mostrar especialmente complexa a fronteira entre lícito e ilícito.

4.2. As fronteiras entre o lícito e o ilícito

Recorda Frank H. Easterbrook que "every successful competitive practice has victims. The more successful a new method of making and distributing a product, the more victims, the deeper the victims' injury"[94]. É próprio da liberdade de iniciativa económica e da liberdade de concorrência que sejam eliminadas as empresas menos eficientes e seja criado espaço para a entrada de empresas mais inovadoras e eficientes. Quando se diz que a liberdade de concorrência promove maior produtividade, maior eficiência e inovação técnica e, por esta via, gera bem-estar para os consumidores, aceita-se e tolera-se que o processo concorrencial afaste os perdedores. O que pode significar encerramento da empresa, insolvência do empresário, despedimentos de trabalhadores,

90 Também neste sentido, v. Menezes Leitão, 2009: 400.

91 Também neste sentido, Coutinho de Abreu, 2011: 102.

92 No levantamento de jurisprudência efetuado por Sousa Ferro (2016a: 176 s.) foram identificados arestos jurisprudenciais que qualificaram como contratual a responsabilidade civil resultante da violação de normas da concorrência.

93 Coutinho de Abreu, 2011: 102.

94 Easterbrook, 1984: 5.

débitos não saldados, *etc*. Tais consequências patrimoniais são o resultado do funcionamento fisiológico do sistema concorrencial.

As "vítimas" do *lícito exercício da liberdade de concorrência* não são merecedoras de tutela do direito[95], porquanto as decisões inovadoras e eficientes em clima de sã concorrência não são objeto de censura jurídica nem constituem fonte de direitos de indemnização de empresas que não conseguiram vingar em tal ambiente de rivalidade competitiva.

A concorrência é um "bem público não apropriável"[96]. Por conseguinte, os particulares *não são titulares de um subjetivo (absoluto) à concorrência*[97]. A consagração do "princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência", previsto no art. 119.º do TFUE, não equivale a atribuir um direito subjetivo que, uma vez violado, possa constituir a conduta ilícita relevante para efeitos de responsabilidade civil extracontratual[98]. Em suma, o dano que o cliente ou o fornecedor sofre no seu património, em razão das práticas restritivas da concorrência ou do abuso de posição dominante, *não corresponde à violação de um direito subjetivo de que o lesado seja titular*.

Em sede de *ilicitude* relevante para efeitos de responsabilidade civil extracontratual, o art. 483.º, n.º 1, do Código Civil prevê duas "variantes": *a*) a violação de direitos subjetivos absolutos; e *b*) a violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheiros. Ora, a concorrência é um *bem público* que se projeta em indivíduos concretos, atinge interesses relevantes de consumidores e empresas. O direito da defesa da concorrência protege também os *interesses individuais de empresas e consumidores*. Os particulares, não sendo titulares de um direito subjetivo à concorrência, "são titulares do interesse legalmente protegido em que as empresas não restrinjam indevidamente a concorrência mediante concertações ou abusem de posição dominante. As regras legais da concorrência, quando proíbam às empresas certos comportamentos, tutelam simultaneamente, e de modo não meramente reflexo, interesses legítimos de

95 Menezes Leitão, 2009: 267, sublinha a licitude dos comportamentos incluídos na liberdade de concorrência e, por isso, os eventuais prejuízos causados não são objeto de ressarcimento. Albuquerque & Pereira (2004: 89 ss.) abrangem no elenco dos danos patrimoniais puros os causados às empresas concorrentes por um novo operador, em consequência dos seus melhores serviços. Não parece que estes possam ser considerados danos patrimoniais puros, porque são o resultado de comportamentos lícitos.

96 Mateus, 2007. Coutinho de Abreu, 2011: 101.

97 V. neste sentido, Menezes Leitão, 2009: 452; Coutinho de Abreu, 2011: 101.

98 Menezes Leitão, 2009: 374.

terceiros (liberdade de escolha, aproveitamento de bens em condições não determinadas por práticas anticoncorrenciais)"[99].

Se várias empresas constituem entre si um cartel e, por essa via, fixam preços de venda de produtos mais elevados do que os que resultariam do preço concorrencial, há violação (não justificada) do art. 9.º, n.º 1, do RJC que também é tuteladora dos interesses legítimo dos adquirentes (reais e potenciais) desses produtos. O cliente/fornecedor do infrator sofre uma *perda no seu património*, pois o primeiro adquire os bens ou serviços a um preço que tende a ser superior ao que resultaria de práticas empresariais respeitadoras da concorrência e o fornecedor do infrator recebe uma *remuneração tendencialmente inferior* à que obteria em circunstâncias de funcionamento concorrencial do mercado.

O Código Civil, inspirando-se no BGB[100], admitiu que a violação de interesses legalmente protegidos possa constituir ilícito relevante para efeitos da responsabilidade civil (art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, 2.ª parte – a chamada "segunda modalidade de ilicitude"). Como explica Sinde Monteiro, "esta segunda modalidade de ilicitude assume um relevo autónomo nas hipóteses em que não se verifica a violação de direitos absolutos nem, por outro lado, estão preenchidos os requisitos do abuso de direito"[101]. E sublinha que o relevo e a autonomia da hipótese normativa do art. 483.º, n.º 1 do Código Civil, 2.ª parte, se mantém nos casos em que está em causa a violação de danos meramente patrimoniais[102].

4.2.1. A controversa ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros

A questão central que se suscita é se, à luz do direito português, são ressarcíveis os danos patrimoniais causados pela violação das normas de defesa da concorrência e, em particular, os arts. 101.º e 102.º do TFUE, e os arts. 9.º, 11.º e 12.º do RJC. Ora, este é um aspeto de particular relevo para o assunto que nos ocupa, pois a violação das normas da concorrência, ao causarem um dano no património da vítima sem, no entanto, ter sido ofendido um direito subjetivo absoluto, suscita o específico problema de *ilicitude*, internacionalmente

99 Coutinho de Abreu, 2011: 101.

100 Sinde Monteiro, 2003: 181 ss..

101 Sinde Monteiro, 1989: 237.

102 Sinde Monteiro, 1989: 237.

conhecido como *pure economic loss e* designado em Portugal por danos patrimoniais puros ou danos meramente patrimoniais[103].

A lei portuguesa não define *danos económicos puros*. Segundo a lei de responsabilidade civil da Suécia (1972), "By pure economic loss in the Act it to be understood economic loss arising without connection to anyone's bodily injury or property damage", assumindo uma posição restritiva porquanto, em princípio, apenas as vítimas de crimes podem reclamar a reparação de danos patrimoniais puros[104].

Em Portugal, Sinde Monteiro carateriza o dano mera ou puramente patrimonial de *forma negativa* como "aquele que uma pessoa sofre sem que tenha existido prévia violação de um direito ou bem absolutamente protegido"[105]. Tradicionalmente, nos casos em que um prejuízo se repercute na situação patrimonial de uma pessoa sem que tenha sido atingido um bem absolutamente protegido, verifica-se um *damnum sine injuria* (Deutsch) ou um dano sem *tort* (Esser), aplicando-se o princípio *casum sensit dominus.* Ou seja, esse dano não é ressarcido, onerando o património do lesado.

Considerando os danos patrimoniais puros como uma temática relativa à *ilicitude*[106], dir-se-á que, *em regra*, a causação de tais danos *não é ilícita*[107] e, por conseguinte, *não determina a constituição de uma obrigação de indemnizar por parte do causador da diminuição patrimonial*. Conclusão que está em consonância com a *posição generalizadamente restritiva* em matéria de ressarcibilidade de danos patrimoniais puros adotada seja pela doutrina portuguesa seja por estudos internacionais[108]. Esta posição restritiva tem sido sustentada

103 Trata-se de um tema cuja origem e desenvolvimento se situaram no espaço anglo-saxónico. Mais tarde, trabalhos de cariz comparatístico de diferentes sistemas de responsabilidade civil propiciaram que a categoria dos *pure economic loss* também passasse a fazer parte da investigação da doutrina dos sistemas de *civil law* – cfr. Menezes Leitão, 2009: 324.

104 Bussani & Palmer, 2003: 157.

105 Cfr. Sinde Monteiro, 1989: 187, ss. Do mesmo Autor v. Sinde Monteiro, 2005; e Sinde Monteiro, 2007, onde os danos puramente patrimoniais surgem caracterizados como "aqueles que uma pessoa sofre no seu património sem uma prévia violação de um direito subjectivo". Carneiro da Frada (2004: 650 ss.) considera que os danos puramente patrimoniais "entrecruzam-se com as várias formas de responsabilidade".

106 No sentido de que os danos patrimoniais puros configuram uma questão de ilicitude pois convocam a questão da proteção de novos bens jurídico-delituais que se projeta no dano – cfr. Menezes Leitão, 2009: 32.

107 Sinde Monteiro, 1989: 191, escreve que "a causação de danos patrimoniais primários ou puros (fora dos quadros de uma relação especial) não é em princípio reprovada pelo nosso direito positivo, ressalvada a existência de uma disposição legal de proteção ou uma actuação com abuso de direito".

108 Sobre a evolução da doutrina portuguesa quanto ao problema dos danos patrimoniais puros, v. Menezes Leitão, 2009: 259, ss., que indica Sinde Monteiro como o primeiro Autor nacional que expressamente menciona os danos patrimoniais puros. V. também Ramos, 2010: 130.

em vários argumentos: *a*) o livre desenvolvimento da personalidade e o sistema baseado na concorrência; *b*) a equivalência entre interesses do lesante e do lesado; *c*) a necessidade de não alargar intoleravelmente os limites da responsabilidade[109].

Na literatura internacional têm sido esgrimidos vários argumentos para sustentar igualmente uma posição de desfavor relativamente à ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros[110]. Um deles é o argumento dos "floogates" que, em termos simples, por um lado, alerta para as desmesuradas consequências económicas de práticas ilícitas e, por outro, apela a razões de *fairness* para evitar tais consequências[111]. Pretende-se evitar o surgimento de "espirais de responsabilidade", intoleráveis numa sociedade assente na liberdade individual e de iniciativa económica[112]. De forma ilustrativa diz-se que, em matéria de *pure financial loss cases*, "the laws of Newton do not apply on the road to financial ruin. Physical damage has at least a find resting point, but patrimonial harm is not slowed down by gravity and friction"[113]. Acrescenta-se, ainda, que os danos puramente patrimoniais não devem merecer tutela igual à integridade pessoal ou à propriedade, porque violam bens jurídicos menos valiosos. Ou seja, historicamente a responsabilidade civil extracontratual tem estado dedicada à tutela da vida, da integridade física e da propriedade e é justificada pela necessidade de tutela da liberdade das pessoas[114]. A que se juntam, por fim, razões históricas que mostram que os *pure economic losses* não merecem, em regra, tutela jurídica e, por isso, não são ressarcíveis.

No entanto, esta "exclusionary rule" vai sendo objeto de crítica e vai, paulatinamente, fazendo caminho a ideia de que *a posição restritiva em matéria de ressarcibilidade de danos patrimoniais puros pode mostrar-se menos adequada* quando estão em causa *agressões coletivas* (como sejam, por exemplo, as provocadas

109 Sobre estes argumentos, v. Menezes Leitão, 2009: 273.

110 De modo a perceber os diferentes contextos jurídicos em que este conceito em sido convocado, Palmer & Bussani, 2009: 40.

111 Para uma apreciação crítica deste argumento e os vários sentidos de "floodgates", v. van Boom, 2004. Justamente, um dos sentidos desta metáfora dos "floodgates" é que o sujeito responsável ficaria inundado com reclamações que lhe causariam a ruina.

112 Neste sentido, Carneiro da Frada, 2004: 250; Moura Vicente, 2001: 124, nt. 362.

113 Bussani & Palmer, 2003: 17.

114 Salienta este aspeto Moura Vicente, 2001: 121.

por poluição ou outros danos ambientais)[115]. E vai-se sustentando que na vida moderna "there are a growing number of exceptions to the exclusionary rule"[116], designadamente com o fundamento de que no moderno *tort law* não há razão para um tratamento diferenciado dos *pure economic loss* em relação ao que é dispensado tradicionalmente à vida, saúde ou propriedade. Acrescenta-se que a "exclusionary rule" não incorpora incentivos para a prevenção de danos, não promove a compensação dos vítimas nem induz comportamentos diligentes[117].

O que acaba de ser dito não equivale – é importante sublinhá-lo – à irrestrita ressarcibilidade de toda e qualquer pretensão de reparação de *pure economic loss*. O que interessa é identificar e consolidar os *grupos de casos*[118] em que se mostra justo e adequado garantir que os danos patrimoniais puros possam ser reparados[119]. Não se estranha que se reclame a modernização das regras da responsabilidade civil e que a consolidação da ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros implique a modernização de uma área de responsabilidade aquiliana que, porventura, se mantém refém de um certo individualismo, ancorado no direito subjetivo, que não se mostra adequado à evolução económica entretanto verificada[120]. E uma dessas áreas é, justamente, a do *direito da concorrência*.

---

115 No sentido de que a posição restritiva do direito positivo português mostra-se menos ajustada face "a agressões *hoc sensu* colectivas, como são as provocadas por poluição e outros actos ambientalmente danosos", v. Sinde Monteiro, 2005: 152.

116 V. van Boom, 2004: 37.

117 V. van Boom, 2004. 37.

118 Sobre a experiência da jurisprudência italiana na identificação de grupos de casos, v. Omodei-Salè & Zaccaria, 2004. Assim, na doutrina italiana os *pure economic loss* são considerados como aqueles em que, na ausência de um dano na propriedade da vítima, a situação patrimonial desta piora. A jurisprudência tem permitido a ressarcibilidade de danos patrimoniais puros nos casos de ofensa à integridade do património, violação de direitos de crédito em que os danos ocorrem pela morte do devedor (no famoso caso da equipa de futebol de Turim que faleceu num acidente de avião ocorrido por falha do piloto, os tribunais negaram a tutela do património do credor (o clube de futebol), mas no caso Meroni em que um dos mais famosos jogadores do Turim morreu em um acidente de viação, reconheceu a tutela da integridade do património do credor na ação pelo clube contra o sujeito responsável pelo acidente), violação de um contrato por terceiro, responsabilidade pelo prospeto e "cables cases". Neste caso, o Supremo Tribunal reconheceu a ressarcibilidade dos danos sofridos por uma fábrica de *pasta* cujo fornecimento de eletricidade foi interrompido por umas horas devido a obras na rua que cortaram os cabos de abastecimento.

119 V. van Boom, 2004: 37.

120 Menezes Leitão, 2009: 300.

4.2.2. As respostas da ordem jurídica portuguesa

Na Alemanha, fora do Código Civil, o § 33, 3, do *Act Against Restraints of Competition*, relativo a "Claims for Injunctions, Liability for Damages", determina que (3) "Whoever intentionally or negligently commits an infringement pursuant to paragraph 1 shall be liable for the damages arising therefrom. If a good or service is purchased at an excessive price, a damage shall not be excluded on account of the resale of the good or service. The assessment of the size of the damage pursuant to § 287 of the Code of Civil Procedure [Zivilprozessordnung] may take into account, in particular, the proportion of the profit which the undertaking has derived from the infringement. From the occurrence of the damage, the undertaking shall pay interest on its obligations to pay money pursuant to sentence 1.".

A ordem jurídica portuguesa não apresenta norma de teor semelhante. No entanto, à luz do sistema português de responsabilidade civil, os *danos puramente patrimoniais* poderão ser ressarcidos, designadamente, ao abrigo de uma *norma de proteção* (art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código Civil) (*Schutzgesetz)*[121] ou se a conduta do agente for considerada abusiva[122]. O que nos conduz à questão de saber se as normas de defesa da concorrência podem ser qualificadas como *disposições legais de proteção*, no sentido posto pelo art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código Civil. A doutrina portuguesa que enfrentou esta questão tem-se debruçado, essencialmente, sobre a qualificação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE e dos arts. 9.º, 11.º e 12.º do RJC.

A doutrina portuguesa que se debruça sobre a caraterização, em geral, de normas de proteção, considera que estas, embora protejam interesses particulares, "não conferem aos respetivos titulares um direito subjetivo a essa tutela" [123] e que se trata de "leis que, tendo também ou até principalmente em vista a proteção de interesses coletivos, não deixam de atender aos interesses particulares subjacentes (de indivíduos ou de classes ou grupos de pessoas)"[124]. Admitindo-se que no elenco das situações abrangidas estejam os casos em que o dano resulta de "transgressão de caráter administrativo, sempre que a

121 Sobre os requisitos próprios de que depende a qualificação de uma determinada norma como norma de proteção, v. Almeida Costa, 2009: 563.

122 Sinde Monteiro, 2007: 465. Para uma perspetiva geral das situações em que se admite a ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais em sede extracontratual, v. Azevedo de Almeida, 2003: 59 ss..

123 Antunes Varela, 1986: 488-489.

124 Antunes Varela, 1986: 488-489.

norma violada vise proteger interesses dos particulares sem lhes conferir um verdadeiro direito subjetivo"[125].

Coutinho de Abreu sublinha que os indivíduos são titulares de um *interesse legalmente protegido* de que as empresas não restrinjam a concorrência nem abusem de posição dominante. As regras da concorrência, quando proíbem certos comportamentos das empresas, simultaneamente protegem (e não só de maneira reflexa) direitos legítimos de terceiros (como sejam os da liberdade de escolha ou do acesso a bens ou serviços em condições que não sejam determinadas por práticas anticoncorrenciais[126]. Adelaide Menezes Leitão sustenta que "há normas no direito comunitário originário que podem ser normas de proteção para efeito de acionar a responsabilidade delitual, dependendo dos critérios que forem encontrados para qualificar como normas de proteção as normas de direito interno, atenta a sua aplicabilidade direta"[127].

É certo que na ordem jurídica portuguesa aos danos patrimoniais puros causados por infrações à concorrência falta o "reforço penal" que alguma doutrina alemã (em particular, Canaris) exige e que Sinde Monteiro[128] também propõe. Na verdade, na ordem jurídica portuguesa tais infrações são consideradas *contraordenações* (art. 67.º do RJC) e não são dotadas de relevância jurídico-penal[129].

Contrapor-se-á, todavia, a autonomização da responsabilidade delitual em relação à responsabilidade criminal, o caráter preciso das condutas proibidas pelas infrações das normas da concorrência e, ainda, a circunstância de a doutrina que advoga o critério do reforço penal, dele ressalvar as normas da concorrência[130]. Parece, pois, que entre os "grupos de casos" em que se admite a ressarcibilidade dos danos patrimoniais puros está a violação das normas dos arts. 101.º e 102.º do TFUE e dos arts. 9.º, 11.º e 12.º do RJC. Na verdade, parece

125 Antunes Varela, 1986: 488-489.

126 Coutinho de Abreu, 2011: 102.

127 Menezes Leitão, 2009: 400.

128 Sinde Monteiro, 1989: 256.

129 O art. 67.º do RJC começa por ressalvar a "responsabilidade criminal" a que possa haver lugar. Esta ressalva não significa que haja práticas restritivas da concorrência tipificadas como crime. Com esta ressalva, o legislador terá tido em mente a hipótese de concurso de infrações (o mesmo facto constitui simultaneamente crime e contraordenação). Para este entendimento, v. Figueiredo Dias & Loureiro, 2013: 683. Sobre as dúvidas quanto à eficácia do modelo não-penal no combate de práticas restritivas da concorrência (em particular dos cartéis), v. Tavares de Pina, 2010: 375; Figueiredo Dias & Loureiro, 2013: 682. No sentido de que, de um ponto de vista criminológico, o cartel como integrante da categoria de "crime de colarinho branco", v. Noversa Loureiro, 2016: 467 ss.

130 Menezes Leitão, 2009.

existir fundadas razões jurídicas justificadoras de que estas normas possam ser qualificadas como normas de proteção para efeitos da delimitação da ilicitude relevante em sede de responsabilidade civil extracontratual. Podemos, pois, sustentar que no atual estado da doutrina portuguesa se vai, paulatinamente, consolidando o entendimento no sentido da tutela extracontratual de bens da concorrência.

É interessante observar que a Diretiva 2014/104/UE impõe como resultado que cada Estado-Membro destinatário assegure "que quem sofra danos causados por uma infração ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas possa exercer efetivamente o direito a pedir a reparação integral desses danos por essa empresa ou associação". No caso português, o regime jurídico-civil da responsabilidade civil extracontratual manifesta-se suficientemente preparado para, sem alterações, poder tutelar delitualmente bens da concorrência. É este, também, o entendimento da AdC que, na proposta de transposição da Diretiva apresentada ao Governo, não incluiu qualquer iniciativa de alteração em matéria de delimitação da ilicitude relevante para efeitos de responsabilização pela "infração ao direito da concorrência", no sentido com que estas expressões são usadas pela Diretiva.

5. ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES E *LAW COMPLIANCE* DA CONCORRÊNCIA

5.1. Dever de cada gestor atuar em conformidade com a lei da concorrência

O direito da concorrência tem como destinatários as *empresas* e os Estados[131]. No que às *empresas* diz respeito, há que considerar a noção de *empresa* relevante para efeitos de direito da concorrência. O art. 3.º do RJC acolhe a *noção comunitária de empresa* forjada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, prevalecendo para este efeito o "sentido subjetivo"[132] – "empresas como sujeitos jurídicos que exercem uma atividade económica"[133]. Sendo irrelevante o estatuto jurídico, o RJC é aplicável a pessoas singulares, pessoas coletivas ou

131 Acompanho o que escrevi em Ramos, 2014a: 105 ss.; Ramos, 2014b: 243 ss.. Sobre os destinatários do direito da concorrência, v. arts. 101º e seguintes do TFUE e, no direito nacional, os arts. 3 e 65.º do RJC.

132 Coutinho de Abreu, 1996: 287; Coutinho de Abreu, 2013a: 214. Coutinho de Abreu, 1998: 711.

133 Coutinho de Abreu, 2013: 214. Sobre as razões que levaram o (agora designado) Tribunal de Justiça da União Europeia a não falar em empresário, v. Coutinho de Abreu, 1996: 287, nt. 746.

entidades desprovidas de personalidade jurídica[134]. Sendo certo que há empresas não-societárias, resulta da experiência comum que as sociedades são o mais importante agente económico.

O RJC é destinado às *empresas e* não, de forma direta e imediata, aos seus gestores. No universo das sociedades comerciais as *decisões empresariais* tomadas pelos administradores são juridicamente imputadas à sociedade[135]. E, por isso, decisões empresariais tomadas pelos gestores de empresas sobre cooperação (horizontal ou vertical) entre empresas[136] ou práticas de exploração abusiva da posição dominante podem determinar que à sociedade seja imputada a infração às normas da concorrência, punida com *coima*, eventualmente com sanções acessórias (art. 71.º do RJC) e sanções pecuniárias compulsórias (art. 72.º do RJC).

Não se duvida que existe a cargo dos administradores de sociedades o *dever de legalidade* que os obriga a respeitar e fazer cumprir as normas legais cuja destinatária é a sociedade[137]. O que significa que compete aos administradores da sociedade velar pelo cumprimento, no contexto da organização, das normas de direito da concorrência. Hoje, atendendo ao estado da doutrina portuguesa, parece adequado dizer-se que, embora com diferentes graus de profundidade de análise e seguindo diferentes caminhos argumentativos, é consensual que os administradores *têm o dever de atuar em conformidade com a lei,* incluindo a lei da concorrência. Como também parece prevalecer a *relevância interna* do dever de os administradores cumprirem as normas impositivas e proibitivas destinadas à sociedade[138]. Ou seja, "o dever dos administradores de promoverem ou assegurarem uma conduta da sociedade conforme com a lei é, numa palavra, um dever perante a sociedade"[139].

A violação das normas nacionais e comunitárias proibitivas de práticas restritivas da concorrência (arts. 101.º e 102.º do TFUE e arts. 9.º e 11.º do

134 Coutinho de Abreu, 2013a: 220; Coutinho de Abreu, 2013b: 36.

135 O Código das Sociedades Comerciais pressupõe a *decisão empresarial* no art. 72º, 2, do CSC. Sobre esta questão v. Ramos, 2010: 155 ss.

136 Sobre a cooperação entre empresas, as redes de empresas e a concorrência, v. Leitão Marques, 2006. A doutrina alemã que analisa o § 93 AktG debate muito profundamente o conceito de decisão empresarial. V. por todos, Hirte, Mülbert & Roth, 2014: §93, Rdn. 80.

137 Sobre este tema, v. Ramos, 2014a: 129, ss., e bibliografia aí indicada. O dever de legalidade e a violação das normas da concorrência têm merecido a atenção da doutrina alemã. Veja-se, por todos, Bayer, 2009.

138 Assim, Caetano Nunes, 2012: 494; Carneiro da Frada, 2012.

139 Carneiro da Frada, 2012. V., na doutrina alemã, no sentido da relevância interna, Bayer, 2009: 102.

RJC) configura, em regra, a *violação de deveres de cuidado*[140] dos administradores consagrados no art. 64.º, n.º 1, *a*), do CSC[141]. Estes deveres "integram a relação fiduciária de gestão entre a sociedade e o gestor"[142]/[143]. No contexto do "dever de controlo ou vigilância organizativo funcional"[144] relevam a "disponibilidade" (art. 64.º, n.º 1, *a*), do CSC) e o "conhecimento da atividade da sociedade" (art. 64.º, n.º 1, *a*), do CSC). A violação das normas da concorrência pode ser devida à circunstância de o administrador não realizar uma "eficaz vigilância sobre a organização e a atividade da sociedade"[145]. Além disso, a participação da sociedade em práticas anticoncorrenciais pode ser devida a uma violação do dever de cuidado na medida em que configure falhas no cumprimento do "dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional"[146], designadamente falhas na atenção devida ao desempenho de quem gere a sociedade.

Muito importantes a este propósito são os procedimentos vulgarmente designados por "compliance" e, em particular, a *law compliance*[147]. A organização societária implica a divisão de trabalho, tanto no contexto do órgão de administração como em níveis inferiores da organização, com a inerente distribuição de tarefas e as necessárias vigilância e controlo[148]. Não estou a referir, neste contexto, as competências de vigilância e de controlo a cargo do órgão de fiscalização da sociedade (arts. 420.º, n.º 1, *i)*, 423.º-F, *i)*, e 441.º, *i)*, do CSC), mas sim tarefas que competem ao órgão de administração seja ao

140 Coutinho de Abreu, 2007.

141 É extensa a bibliografia que tem refletido sobre este dever. Sobre ele ver, Costa & Figueiredo Dias, 2017: 757 ss., e bibliografia aí indicada.

142 Pais de Vasconcelos, 2009: 63.

143 Pais de Vasconcelos, 2009: 69, estabelece a distinção entre gestão e administração. Nesta distinção, "gestão é uma ação discricionária, orientada apenas para o êxito da sociedade e imbuída da álea própria do comércio; diversamente, a administração corresponde ao cumprimento das inúmeras vinculações legais ou contratuais a que os gestores devem respeito no exercício da sua função". Nesta distinção, a matéria da regulação da concorrência integra o domínio da administração e não da gestão.

144 Coutinho de Abreu, 2007: 20.

145 Coutinho de Abreu, 2007: 20.

146 Coutinho de Abreu, 2007: 21.

147 Cfr. Carneiro da Frada, 2012: 73 ss.

148 Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24.3.2003, publicado em CJ, 2003, II, p. 180, em que é responsabilizado um gerente por uma falha de vigilância, ao permitir a emissão de duas faturas que não correspondiam a serviços prestado, com o propósito de reduzir as existências contabilísticas. Situação que motivou um processo de infração fiscal.

nível do conselho de administração seja "uma vigilância junto de patamares inferiores da empresa"[149].

O dever de diligência compreende o "dever (procedimental) (…) de preparar adequadamente as decisões. Mormente recolher e tratar a informação razoavelmente disponível em que assentará a decisão"[150]. Em matéria de decisões empresariais sobre as armas a usar na concorrência, os gestores sabem ou devem saber que há armas que estão proscritas pela lei, ainda que – como salienta Mertens[151] – os concorrentes delas se sirvam. O que acontece é que as práticas restritivas da concorrência (por exemplo, os cartéis) podem ser particularmente rendosas para empresas nelas participantes[152]. Esta circunstância não as torna lícitas. É de rejeitar, como é geralmente defendido pela doutrina alemã, a perspetiva da "eficient breach of public law"[153]. A discricionariedade empresarial dos administradores não é tão ampla ao ponto de lhes permitir escolher o incumprimento eficiente da lei.

5.2. Decisão empresarial de violação da concorrência e responsabilização civil dos gestores

Nos termos do art. 79.º, n.º 1, do CSC, os administradores podem ser civilmente responsáveis para com "terceiros" pelos danos causados por infrações da concorrência, maxime as previstas nos arts. 9.º e 11.º do RJC, arts. 101.º e 102.º do TFUE e art. 12.º do RJC[154]. Para este efeito, "terceiros" são os "sujeitos que não são a sociedade, nem os administradores ou os sócios (enquanto tais) dela: *v.g.*, trabalhadores da sociedade, fornecedores, clientes, credores sociais (que não beneficiem do art. 78.º), sócios enquanto terceiros, Estado"[155]. O que, em matéria de concorrência, abrange os clientes da sociedade, os fornecedores, os co-contratantes da sociedade ou os consumidores. Configure-se, por exemplo,

149 Caetano Nunes, 2012: 507.

150 Coutinho de Abreu, 2007: 21.

151 Mertens, 1992: Rdn. 34.

152 A título de exemplo, no designado cartel do sal, uma estimativa da AdC fixou em 5,6 milhões de euros o impacto negativo para consumidores e empresas concorrentes. No entanto, a coima total aplicada foi de 910 mil 728 euros. Para mais informações, consultar http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200720.aspx?lst=1&Cat=2007

153 Fleischer, 2005.

154 Reproduzo o que escrevemos em Coutinho de Abreu & Ramos, 2017: 968 ss.

155 Coutinho de Abreu & Ramos, 2017: 970.

a situação em que por ordem ou participação direta dos administradores, a sociedade acorda com outra restringirem a concorrência (*v.g.*, recusa de venda de bens a terceiro – cfr. o art. 9.º, n.º 1, do RJC).

O art. 79.º, n.º 1, do CSC determina que os administradores respondem perante terceiros "nos termos gerais". Significa esta remissão, quando referida à proteção delitual da concorrência, que a *ilicitude* relevante para a responsabilização dos administradores perante terceiros consiste na *violação de normas de proteção de terceiros* (art. 483.º, n.º 1, do Código Civil). Já vimos atrás que há fundadas razões jurídicas para defender que as normas dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, arts. 9.º, 11.º e 12.º do RJC configuram *normas de proteção de terceiros,* no sentido relevante para os efeitos do art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte do Código Civil).

O art. 79.º, n.º 2, CSC remete para os arts. 72.º, n.ºs 2 a 6, 73.º e 74.º, n.º 1, todos do CSC. O art. 79.º, n.º 2, CSC remete para o art. 72.º, n.º 2, do CSC que introduz na ordem jurídica portuguesa uma norma inspirada na *business judgment rule* estadunidense. A remissão para o n.º 2 do art. 72.º do CSC faz *pouco ou nenhum sentido*. Perante os sócios e terceiros, os administradores não terão espaços de atuação discricionária, estando antes vinculados a fazer ou a não fazer algo determinado[156]. Como vimos atrás, não faz parte da discricionariedade dos administradores respeitar ou não as normas da concorrência, ainda que agentes económicos concorrentes da sociedade por eles administrada enveredem por esse caminho. Nas suas decisões empresariais, os administradores estão legalmente obrigados a respeitar as normas imperativas de defesa da concorrência.

Quando os danos para sócios ou terceiros resultem de deliberação do órgão administrativo, *não respondem* os administradores que nela *não tenham participado* ou *hajam votado vencidos* (art. 72.º, n.º 3, do CSC). Porém, o administrador não participante na deliberação *responderá se não se opôs*, quando podia tê-lo feito, a essa deliberação – se não fez o que podia para impedir que ela fosse adotada e/ou executada (art. 72.º, n.º 4, CSC)[157].

Segundo o art. 72.º, n.º 5, CSC mandado aplicar pelo art. 79.º, n.º 2, CSC os administradores não responderiam para com sócios e terceiros "quando o

156 Em sentido aproximado, Pereira de Almeida, 2013: 315.

157 Acompanho Coutinho de Abreu & Ramos, 2017: 977.

ato ou omissão assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável". Esta conclusão tem sido aceite[158], mas também contestada[159].

Deve o art. 79.º, n.º 2, do CSC ser interpretado *restritivamente*, de modo a desatender-se à remissão para o n.º 5 do art. 72.º do CSC[160]. Porquanto: o n.º 5 do art. 72.º do CSC refere-se à exclusão da responsabilidade para com a sociedade, e o art. 79.º do CSC trata da responsabilidade para com sócios e terceiros; as deliberações dos sócios que determinem ou permitam aos administradores a violação de direitos ou de interesses legalmente tutelados de terceiros ou de sócios ou a violação de deveres dos administradores impostos por lei ou princípios gerais de direito são *nulas* nos termos do art. 56.º, n.º 1, *d)*, do CSC – não devendo, portanto, ser executadas; o art. 24.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 49 381 – correspondente ao art. 79.º, n.º 2, do CSC – remetia somente para o n.º 3 do art. 17.º (idêntico ao n.º 5 do art. 72.º do CSC).

Sendo dois ou mais administradores responsáveis para com sócios ou terceiros, a obrigação de indemnização é *solidária* (art. 73.º do CSC). A que, nos termos do art. 6.º, n.º 5, do CSC, acresce a responsabilidade (também solidária) da sociedade.

É *nula* a cláusula, inserta ou não no estatuto social, que *exclua ou limite a responsabilidade* dos administradores para com sócios e terceiros (art. 74.º, n.º 1, 1.ª parte, do CSC).

Por conseguinte, os lesados por decisões de administradores que violem os arts. 9.º, 11.º e 12.º e os arts. 101.º e 102.º do TFUE, poderão demandar, solidariamente, os administradores responsáveis e a sociedade, nos termos dos arts. 79.º e 6.º, n.º 5, do CSC.

5.3. As ações de indemnização

Do ponto de vista *jurídico-processual*, as *ações de indemnização* de danos causados por violação das normas da concorrência são *ações declarativas comuns* (art. 10.º do CPC), em que é formulado um pedido de indemnização (sendo certo que este pedido pode ser formulado em reconvenção) destinada a reparar os danos causados pela violação de normas de concorrência. São admissíveis

158 Vaz, 2005; Cordeiro, 2005: 124-125; Fernandes de Oliveira, 2008: 33.

159 Rodrigues, 1990: 226-227, nt. 354; Nogueira Serens, 1997: 100; Pereira de Almeida, 2013: 280; Coutinho de Abreu & Ramos, 2004: 32-33.

160 Acompanho Coutinho de Abreu & Ramos, 2017: 977.

ações declarativas comuns tanto na vertente do *stand-alone* como de *follow on actions*[161].

A forma como está organizada legislativamente a ação declarativa comum não constitui entrave significativo à efetivação privada do direito da concorrência. Também a circunstância de o sistema jurídico português admitir as *stand-alone actions* e, por isso, autonomizar a pretensão dos particulares ofendidos pela violação das normas de concorrência da necessidade de uma decisão prévia da AdC, concorre para tornar mais célere a reação privada.

Em matéria de *legitimidade*, tendo em conta as regras constantes do art. 30.º do CPC, qualquer lesado direto ou indireto tem legitimidade para a ação de indemnização. A ordem jurídica-processual portuguesa reconhece legitimidade aos *adquirentes indiretos* para propor a ação de indemnização por infração das regras de concorrência[162]. A regra que impede os compradores indiretos de reclamarem a compensação de danos, ainda que a violação das normas da concorrência se tenha traduzido na fixação de preços, fragiliza a tutela dos consumidores, pois pode significar que os consumidores não obtêm a recuperação dos danos que sofreram. Na verdade, os compradores diretos, especialmente se são intermediários, podem sofrer danos consideráveis, mais avultados do que o consumidor final. No entanto, o comprador direto, especialmente se é um distribuidor, pode não estar disponível para litigar contra o vendedor que integra um cartel de fixação de preços, tendo em conta que pretende manter uma boa relação comercial[163]. Ironicamente,

161 Na ordem jurídica portuguesa, são admitidas tanto as ações de indemnização *follow on* como as *stand alone action*s; não existindo (por enquanto) normas jurídico-processuais nacionais específicas sobre as *follow on actions.* A proposta de transposição da Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia prevê normas sobre as ações se seguimento. Veja-se, a este propósito, o art. 7.º sobre a "força probatória das decisões das autoridades de concorrência e dos tribunais de recurso". Para a consulta do projeto de transposição desta Diretiva apresentado pela AdC ao Governo, v. http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement/Proposta%20de%20Anteprojeto.pdf

162 A questão da legitimidade dos compradores indiretos é controversa. A *Antitrust Modernization Commission*, que o Congresso criou para recomendar alterações legislativas, propôs que tanto aos compradores diretos como aos compradores indiretos fosse permitida a recuperação de danos (em triplicado) e que os tribunais federais fossem autorizados a consolidar ações de compradores diretos e indiretos num único *forum* federal. Sobre este debate, v. Ginsburg, 2010: 57.

163 Na experiência dos EUA, o membro do cartel que o expõe (e em que participou), beneficia de clemência e continua a prestar colaboração ao *private enforcer*. O autor da ação (*private plaintiff*) está autorizado a recuperar do denunciante apenas os danos atuais, custos do processo e honorários do advogado. Dos restantes membros do cartel (que não beneficiam de clemência), o autor da ação continua a poder obter os *treble damages*, custos do processo e honorários de advogados – cfr. Ginsburg, 2010: 56.

afirma-se que "After all, the only really bad cartel is the one you were not invited to join"[164].

A ordem jurídica portuguesa permite que a parte em contrato violador das normas de concorrência reaja judicialmente contra o co-contratante. E, portanto, neste sentido, o direito português está em sintonia com a jurisprudência do Acórdão *Courage/Crehan*[165].

Se forem *vários* os lesados pelo facto ilícito (pense-se, por exemplo, no conjunto de lesados pelo mesmo cartel de preços), podem coligar-se (art. 36.º do CPC). Subsistindo a possibilidade de, em caso de estarem verificados os pressupostos de coligação e tendo sido propostas separadamente as várias ações de indemnização, as várias ações poderem ser juntas ou apensadas por ordem do juiz, a requerimento de uma das partes ou, em certas circunstâncias, oficiosamente (v. arts. 267.º e 268.º do CPC).

Os lesados podem, ainda, valer-se de *procedimentos cautelares* (arts. 362.º e ss. do CPC) e, eventualmente, de *ações executivas* destinadas a efetivar a decisão do tribunal – ação executiva para pagamento de quantia certa ou para prestação de facto devolução de tudo o que tenha sido prestado em razão de convenções nulas[166] (arts. 724.º e ss do CPC).

As questões do *acesso à prova* são particularmente importantes nesta matéria[167]. Recorde-se que quem, no âmbito de ação judicial de responsabilidade pede indemnização, terá o ónus de provar os factos constitutivos do pedido – vale por dizer os factos ilícitos causadores do dano, conforme o art. 342.º do Código Civil.

As provas podem não estar ao alcance do autor da ação; podem ser escassas (em particular, em caso de cartel) e as existentes podem estar na posse do demandado. Aqui merece particular relevo a prova documental. O art. 417.º do CPC contempla o dever de cooperação para a descoberta da verdade, sendo, porém, a recusa legítima nos casos previstos no art. 417.º, n.º 3, do CPC.

---

164 Cooke, 2010.

165 Lê-se no ponto 24 deste Acórdão que: "Resulta das considerações precedentes que qualquer particular tem o direito de, em juízo, invocar a violação do artigo 85. °, n.° 1, do Tratado, mesmo quando é parte num contrato suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência na aceção daquela disposição".

166 Sobre os vários problemas suscitados pela restituição do prestado em razão de convenção nula, v. Calvão da Silva, 2016.

167 Essa será, certamente, uma variável que pesará na decisão de litigar ou de não litigar. Sobre a decisão de litigar, v. Vogler Guiné, 2014. Sobre o acesso à prova no contexto do *private enforcement*, v. Rossi & Sousa Ferro, 2015.

O art. 432.º do CPC, relativo a *documentos em poder de terceiro*, permite que a parte requeira que o possuidor do documento seja notificado para o entregar na secretaria. Se o terceiro não colaborar, o tribunal pode ordenar a apreensão dos documentos e condenar o notificado em multa, nos termos do art. 433.º do CPC. Repare-se que, nos termos do art. 436.º do CPC, o tribunal pode requisitar documentos aos organismos oficiais, por exemplo, à AdC, quando os considere necessários ao esclarecimento da verdade. Esta faculdade jurídico-processual pode ser particularmente relevante em matéria de ações *follow-on*.

Neste caso, confrontam-se os interesses do lesado (e autor da ação de indemnização) em ter acesso a essas provas e os interesses da investigação e de preservação da eficácia da clemência e transação que aconselham reserva e o não acesso (ou, pelo menos, um acesso restrito e sujeito a condições). Porque o acesso irrestrito a estas informações prestadas pelas empresas infratoras ao regulador pode desincentivar os infratores em avançar para o pedido de clemência.

A questão do acesso a meios de prova em *poder de terceiro* (*máxime* em poder do demandado) é também uma questão muito sensível. Como conjugar o interesse do lesado em ter acesso a meios de prova que estão na posse do réu e, simultaneamente, garantir a confidencialidade de informações privilegiadas pertencentes à empresa demandada?

O direito português não contempla norma semelhante à do art. 16.º, n.º 1, do Regulamento 1/2003, segundo a qual as decisões da Comissão Europeia relativas a infrações aos arts. 101.º e 102.º do TFUE são vinculativas para os tribunais nacionais. Deste modo, até ao momento, as decisões da AdC juridicamente *não são vinculativas* para os tribunais nacionais, mas não se desconhecerá que os elementos do processo podem constituir prova importante para o autor do pedido de indemnização[168].

6. INFRAÇÕES DA CONCORRÊNCIA E AÇÃO POPULAR

"A concorrência assume algumas características de um bem público: em especial, o facto de todos ganharem com ela. E, do facto desses benefícios se disseminarem pela comunidade faz com que a sua "produção" seja insuficiente: um

168 Na jurisprudência portuguesa, veja-se com interesse a sentença do Tribunal de Instância Central, 1.ª secção Cível, Lisboa, Proc.º 1774/11.9TVLSB. no caso que opõe a NOS à PT (PT, Telecomunicações, SGPS; S.A., PT, Telecomunicações, S.A.) em que o tribunal não deu provimento à pretensão da Autora, apesar de a Autoridade da Concorrência, por decisão de agosto de 2009 (em 4.10.2011, o Tribunal de Comércio de Lisboa, 1.º Juízo, declarou extinto o procedimento contraordenacional por efeito de prescrição), ter reconhecido que o comportamento das empresas demandadas foi ilícito e culposo e causou graves prejuízos, tendo imposto sanções.

consumidor lesado por um cartel que aumenta o preço do pão em 1 cêntimo dificilmente irá incorrer nos custos associados à perseguição de um hipotético cartel de padeiros. Mas quando consideramos os custos dessa restrição para a sociedade no seu conjunto, facilmente identificamos prejuízos na ordem dos muitos milhões de euros"[169].

A este problema da "apatia racional" de cada lesado individualmente considerado e, simultaneamente, os montantes elevados dos danos globalmente considerados, responde, na ordem jurídica portuguesa, o regime da *ação popular*. Em sede constitucional, o direito de ação popular surge integrado no capítulo relativo aos direitos, liberdades e garantias de participação política e consagrado no art. 52.º, n.º 3, da CRP[170]. No direito ordinário, a ação popular é regulada pela Lei n.º 83/95, de 31 de agosto (LAP) [171]. De acordo com o art. 1.º, n.º 2, da LAP, "são designadamente interesses protegidos pela presente lei a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público"[172]. Em face da delimitação constitucional e ordinária, Miguel Teixeira de Sousa defende que a ação popular "abrange os interesses difusos *stricto sensu* e os interesses colectivos, bem como os correspondentes interesses individuais homogéneos, mas não os direitos subjectivos e os interesses meramente individuais"[173].

---

169 Mateus, 2006.

170 Sobre os direitos difusos na sua vertente constitucional, v. Gomes Canotilho, 1992; Gomes Canotilho, 1996. Gomes Canotilho & Moreira (2007: 698) identificam o interesse difuso com "a refracção em cada indivíduo de interesses unitários da comunidade, global e complexivamente considerada".

171 Nos EUA, a *class action* também facilita a aplicação privada do direito da concorrência, na medida em que agrega várias pretensões individuais numa ação coletiva, podendo-se obter a dimensão suficiente para se mostrar economicamente interessante tanto para a indústria da advocacia como para os particulares. Não se desconhece o lado escuro da "class action" – ela tanto pode ser usada de modo fisiológico (pretensões com fundamento) como de modo patológico (pretensões sem fundamento) e, neste último caso, servir interesses espúrios como sejam os que se envolvem as *strike suits*. A doutrina norte-americana é clara quanto a este aspeto "The 'American rule' that each party pays its own costs and attorney's fees, in combination with the aggregating power of the class action, may exert extortionate pressure upon an innocent defendant to settle the claim against it." – cfr. Ginsburg, 2010: 54.

172 Sobre as circunstâncias em que foi elaborada a LAP, v. Machete, 1996. Lebre de Freitas (1996: 237) assinala que o art. 52.º da CRP prevê que a acção popular sirva para obter a condenação do réu no pagamento da indemnização devida, enquanto o art. 1.º da LAP é omisso quanto a tal aspeto. Em parte, a referida lacuna é compensada pelo teor do art. 22.º da LAP que prevê a obrigação de indemnizar.

173 Cfr. M. Teixeira de Sousa, 2003: 293. Para a distinção entre interesses difusos e interesses individuais homogéneos, v. tb. Remédio Marques, 1999: 277 ss. O art. 81.º do Código de Defesa do Consumidor brasileiro incorpora a distinção entre interesses *difusos*, interesses *colectivos* e interesses *individuais homogéneos*. Os primeiros são indivisíveis quanto ao objeto, com titulares indeterminados e indetermináveis; os segundos são igualmente indivisíveis quanto ao objeto, mas são seus titulares grupo, categoria ou classe de pessoas,

Têm, nos termos da LAP, *legitimidade ativa* "quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda". (art. 2.º, n.º 1, da LAP), autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respetiva circunscrição (art. 2.º, n.º 2, da LAP) e o Ministério Público (art. 16.º da LAP)[174].

Nos termos do art. 12.º, n.º 2, da LAP, "a ação popular civil pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil". Por conseguinte, através da ação popular podem ser requeridas providências cautelares, ser instauradas ações judiciais, quer ações declarativas condenatórias, quer ações executivas.

Determina o art. 14.º da LAP, "o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previsto no artigo seguinte, com as consequências constantes da presente lei."[175]. Sendo o autor-popular um lesado por infrações concorrenciais, a lei não exige qualquer requisito relativo à consistência da representatividade dos restantes membros da classe, nem prevê mecanismos destinados a controlar tal aspeto[176]. Acresce que o autor-popular não necessita de qualquer autorização ou mandato de outros membros da classe para promover a ação popular. Os lesados abrangidos pela ação popular, que não se considerem devidamente representados, podem exercer o *direito de autoexclusão*, previsto no art. 15.º da LAP. O legislador português elegeu o sistema do *opting out*[177]. O que significa

---

ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica de base; os terceiros têm uma origem comum, são direitos divisíveis, com titulares determinados, mas que podem ser levados aos tribunais coletivamente. Para esta distinção, v. Pellegrini Grinover, 1996: 248 s.; Machete (1996: 269) manifesta algum ceticismo quanto à utilidade prática das distinções jurídico-positivas brasileiras.

174 V. também o art 31.º do CPC. Como se vê, pequenas e médias empresas não se podem valer da ação popular para obterem o ressarcimento de danos patrimoniais causados pela violação de normas de concorrência por outras empresas.

175 Sobre esta disposição, v. Teixeira de Sousa, 2003: 304. Considerando que a legitimidade *ad causam*, na ação popular, não é de natureza representativa, nem uma hipótese de substituição processual, mas sim um caso de "legitimidade difusa", v. Payam Martins, 1999: 113, ss., na sequência do que é defendido por M. Teixeira de Sousa.

176 Considerando, no contexto da ação popular em geral, que esta omissão desprotege os restantes membros da classe, v. Payam Martins, 1999: 112.

177 Para a apreciação crítica desta solução do *opting out*, v. Lebre de Freitas, 1996, que considera a p. 241 que a "constituição de caso julgado desfavorável [aos interessados que não tiveram conhecimento da acção] privando-os do exercício do direito de acção, viola em termos inadmissíveis o direito de acesso

que são abrangidos pela ação popular os lesados pela violação das normas da concorrência que não exercerem, nos termos do art. 15.º da LAP, o direito de autoexclusão. O caso julgado tem eficácia geral (abrangendo todos os que não exerceram o direito de autoexclusão) (art. 19.º da LAP).

Tendo em vista o exercício do direito de autoexclusão, os titulares dos interesses em causa são citados (por anúncios publicados nos meios de comunicação social ou por éditos) para, no prazo fixado pelo juiz, ou até ao termo da produção de prova ou fase equivalente, intervirem na ação ou excluírem-se da mesma, sob pena de aceitação tácita (art. 15.º, n.os 1, 2 e 4 da LAP).

O regime da ação popular tem regras próprias em matéria de *custas judiciais*. O autor está isento do pagamento de taxas de justiça iniciais e de custas processuais a final, mesmo em caso de procedência parcial do pedido (art. 20.º, n.os 1 e 2 da LAP). Em caso de improcedência do pedido, o autor deve pagar entre um décimo e metade das custas que normalmente seriam devidas, tendo em conta a sua situação económica e a razão formal ou substantiva da improcedência (art. 20.º, n.º 3, da LAP).

Em 12 de maio de 2015, o Observatório da Concorrência intentou uma ação popular contra a Sport TV, seguindo em parte uma condenação desta empresa pela AdC, confirmada judicialmente. Esta ação popular procura compensar mais de 600 000 clientes por danos alegadamente causados por práticas anticoncorrenciais, mas também compensar os que foram excluídos do acesso aos canais *premium* por causa da inflação de preços e todos os subscritores de televisão paga entre 2005 e 2013 (mais de 3 milhões no fim deste período), que sofreram a redução da concorrência[178]/[179].

A ação popular apresenta aspetos que ainda *são controversos*. Um deles são as regras sobre legitimidade, porquanto a lei da ação popular não fixa um número mínimo de autores. A questão tem muito relevo em matéria de compensação de danos causados pela violação das normas da concorrência pois podem, em certos casos, estar criadas as condições para ações de indemnização "anti--competitive" – ou seja, destinadas a outros propósitos que não a reparação dos danos.

à justiça, pelo que só será constitucional facultar-lhes o aproveitamento do caso julgado favorável, nunca os afectando o caso julgado desfavorável" (interpolação nossa). Machete (1996: 269 ss.) salienta, por sua vez, as dificuldades suscitadas pelo caso julgado *secundum eventum litis*.

178 Sousa Ferro, 2015; Sousa Ferro, 2016a; Sofia Pais, 2016.

179 Para alguns exemplos de ações populares intentadas em outros Estados-Membros, v. Sofia Pais, 2016: 198.

Outras das questões, como muito relevo em sede de *private enforcement*, são as questões relacionadas com a fixação da indemnização e com a liquidação e pagamento desta aos diversos lesados (que poderão não estar integralmente identificados). O art. 22.º, n.º 2, da LAP determina que na ação popular "a indemnização pela violação de interesses de titulares não individualmente identificados é fixada globalmente", sendo que os titulares de interesses identificados terão direito a uma indemnização fixada nos termos gerais da responsabilidade civil. Nem a LAP nem o CVM fixam qualquer critério para a fixação do *quantum* indemnizatório[180]. No entanto, o CVM foi um pouco mais longe do que a LAP. O art. 31.º, n.º 2, do CVM identifica as entidades encarregadas da receção e gestão da indemnização devida a titulares não individualmente identificados, e o art. 31.º, n.º 3, do CVM determina o destino das indemnizações que, em consequência de prescrição ou de impossibilidade de identificação dos respetivos titulares, não cheguem a ser pagas.

Nos termos do art. 22.º, n.os 4 e 5, "O direito à indemnização prescreve no prazo de três anos a contar do trânsito em julgado da sentença que o tiver reconhecido. 5 – Os montantes correspondentes a direitos prescritos serão entregues ao Ministério da Justiça, que os escriturará em conta especial e os afetará ao pagamento da procuradoria, nos termos do artigo 21.º, e ao apoio no acesso ao direito e aos tribunais de titulares de direito de ação popular que justificadamente o requeiram".

O regime da ação popular não prevê outra entidade que não o tribunal com competência para distribuir a indemnização pelos lesados. Miguel Sousa Ferro

180 Esta solução levanta vários problemas de que destacamos: *a*) a individualização dos critérios para o cálculo de uma indemnização global; *b*) as questões da liquidação e execução da sentença da ação popular; *c*) o rateio do montante global. Machete, 1996: 270, diz que "foi muito de caso pensado que o legislador deixou uma regulamentação aberta e imperfeita". Lebre de Freitas (1996) entende que a indemnização é fixada por "iniciativa oficiosa". Payam Martins (1999) sublinha a discricionariedade deixada ao juiz e defende que a indemnização deve ser calculada tendo em conta o dano globalmente produzido, subtraindo o valor das indemnizações devidas aos que exerceram o *opting out*. Acrescenta, ainda, que a fixação global da indemnização significa a superação de uma conceção meramente privatística da responsabilidade civil por uma nova compreensão do instituto. Teixeira de Sousa, 2003: 168, considera que a indemnização global é determinada "em função, não dos prejuízos causados pelo lesante, mas dos lucros por ele obtidos, o que a aproxima da "indemnização punitiva" (...) característica do direito norte-americano". E acrescenta: "o regime da acção popular, quando define uma indemnização global que se destina a ser repartida pelos lesados, [preocupa-se] mais em evitar que o lesante possa extrair alguma vantagem do facto danoso do que em assegurar que cada um desses lesados seja realmente indemnizado pela exata medida do prejuízo sofrido" (interpolação nossa), cfr. últ. ob. cit., p. 169. Payam Martins (1999: 122) defende de *iure condendo* que a liquidação deveria fazer-se recorrendo à arbitragem e sublinha que o legislador português não previu um mecanismo de liquidação coletiva. Havendo a fixação de um *quantum* indemnizatório global, pode-se atingir o resultado de que quem executa primeiro veja o seu dano reparado e quem executa em último lugar não tenha nada para executar.

e Leonor Rossi já sugeriram que as associações de consumidores poderiam ser encarregadas de tal tarefa, servindo-se para o efeito do art. 31.º do Código dos Valores Mobiliários[181].

7. FINANCIAMENTO DO LITÍGIO

Como vimos atrás, a responsabilidade civil fundada na violação das normas de concorrência e as pertinentes ações de responsabilidade comportam um *incentivo económico* que se traduz na possibilidade de o(s) lesado(s) obter(em) a condenação da empresa infratora no pagamento de uma indemnização. No entanto, a reação privada aos prejuízos patrimoniais causados pelas infrações às normas da concorrência também envolve custos para o *private enforcer*. O que suscita a questão do *financiamento do litígio*. Não sendo esta uma questão específica do *private enforcement*, apresenta, neste contexto, algumas particularidades. Considere-se, a título de exemplo, o caso em que que é de baixo valor a lesão sofrida por cada um dos lesados por um cartel de preços[182]. Do ponto de vista da racionalidade económica, o que é adequado – mais uma vez, do ponto de vista individual – é uma decisão de "apatia racional". Nada fazer é mais barato do que reagir ao prejuízo económico causado no património de cada um pela infração da concorrência. Se for esta a decisão de cada um, então, na maioria dos casos, perder-se-á a oportunidade de através do *private enforcement* contribuir para uma mais efetiva aplicação do direito da concorrência.

Em Portugal, a regra em matéria de distribuição de custas no processo civil é a da *sucumbência* – "a decisão que julgue a ação ou algum dos seus incidentes ou recursos condena em custas a parte que a elas houver dado causa, ou, não havendo vencimento da ação, quem do processo tiver tirado proveito" – art. 527.º, n.º 1, do CPC. Ou seja, as custas judiciais são, num primeiro momento, suportadas pelas partes, mas no fim do processo a parte vencedora pode ser reembolsada pela parte que perdeu.

Esta regra de distribuição de custas do processo determina que o potencial autor da ação pondere antes de avançar para o litígio[183]. Efetivamente, a regra da sucumbência pode conduzir a uma situação de infra-litigância porque

181 Rossi & Sousa Ferro, 2013: 78 ss. Sobre o art. 31.º do CVM, v. Nascimento Rodrigues, 2001, *passim*.

182 Esta é uma questão que atravessa várias ordens jurídicas. Veja-se Ginsburg, 2010: 54.

183 Sobre a decisão de litigar (quando a autora é uma sociedade), v. Vogler Guiné, 2014: 225 ss. A diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho tomou posição quanto às indemnizações punitivas, múltiplas ou outras, proclamando no considerando (13) que "a presente diretiva não deverá obrigar os Estados-Membros a introduzirem mecanismos de tutela coletiva para efeitos da aplicação dos

tanto os particulares ofendidos/lesados como os advogados destes podem não encontrar suficientes incentivos económicos para litigar, mesmo no caso de ações com fundamento[184].

Em outras ordens jurídicas são permitidos meios alternativos de financiamento do litígio. Em particular, é admitido em vários ordenamentos jurídicos o financiamento de litígios por terceiros – pratica conhecida por "third party funding"[185]. Trata-se de uma "fórmula segundo a qual uma parte num litígio recorre a uma entidade estranha à relação processual para que esta última lhe financie os custos da ação, avançando esta com o pagamento de preparos, custos, despesas e honorários de advogados e técnicos, contra uma participação nos resultados do processo caso a parte financiada saia vencedora e assumindo o risco de perda desse "investimento" caso o autor ou demandante veja o seu pedido sucumbir"[186]. Atualmente, o "thrid party funder" é admitido expressamente em várias jurisdições como a Austrália, Estados Unidos[187], Inglaterra[188] e Gales[189].

Em Portugal, o *pagamento de honorários* de advogados é regido pelo art. 106.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015 de 9 de setembro, que proíbe expressamente convenções de *quota litis*, designadamente na modalidade em que faz depender o pagamento de honorários do êxito da ação[190]. O art. 106.º, n.º 3, exclui da proibição de *quota litis*, o "acordo que consista na fixação prévia do montante dos honorários, ainda que em percentagem, em função do valor do assunto confiado ao advogado ou pelo

---

artigos 101.º e 102.º do TFUE. Sem prejuízo da reparação por perda de oportunidade, a reparação integral (...) não deverá conduzir a reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou outras".

184 V. Gorjão-Henriques, 2015: 574.

185 Para, em geral, outras formas de financiamento do litígio (em particular, o chamado *litigation insurance*, contas *escrow* ou a contratação de uma garantia bancária), v. Vogler Guiné, 2014: 241 ss..

186 Gorjão-Henriques, 2015: 576.

187 V. Ginsburg, 2010: 55.

188 Vogler Guiné, 2014: 242, refere, no Reino Unido, a *Association of Litigation Funders*, reconhecida na sequência da *Jackson Reform*, e dotada de um Código de Conduta

189 Gorjão-Henriques, 2015: 582. Sobre as questões de saber se, à luz da ordem jurídica portuguesa, o financiamento de litígios por terceiros constitui uma atividade sujeita a licenciamento e, por outro lado, se se trata de uma modalidade de *quota litis* ou de partilha de honorários, v. últ. ob. cit., p. 613, ss.

190 Visto a partir dos EUA, o sistema vigente na Europa em matéria de custos é descrito como "the European "loser pays" rule" – v. Ginsburg, 2010: 55. Este sistema de pagamento de honorários do advogado tem a vantagem de evitar situações em que o autor intenta ações desprovidas de mérito com o único objetivo de extorquir vantagens económicas do demandado.

qual, além de honorários calculados em função de outros critérios, se acorde numa majoração em função do resultado obtido"[191].

Nos EUA vigora a *american rule* – cada uma das partes suporta os custos do litígio. Em matéria de pagamento de honorários de advogado, é permitida a convenção de *contigent fees*, nos termos da qual o advogado será pago por uma parte do que for obtido na ação, mas só se houver o pagamento de indemnização. Esta solução, conjugada com os "treble damages", constitui, certamente, um poderoso incentivo a que a indústria da advocacia procure estes casos e convença os *private enforcers* a litigar. A que acrescem a *class action* como mecanismo facilitador das iniciativas de *private enforcement*. Agrega pretensões individuais, muitas vezes de valores modestos, e, por essa via, torna os custos suportáveis, tendo em conta a perspetiva de obtenção dos "treble damages". Estão, também, diagnosticados os usos patológicos das *class actions* (não só em matéria de *antitrust suits*): promoção de ações sem fundamento e risco de extorsão de uma transação (*settlement*)[192].

Em Portugal, Sérvulo Correia propõe como "perspetiva da reforma" em matéria de "iniciativa particular de aplicação impositiva das normas de concorrência" que sejam previstas regras específicas em matéria de custas que se traduziriam em "o legislador aliviar o regime de custas judiciais em relação aos autores que não obtenham ganho de causa sempre que se não trate de litigância temerária"[193].

8. CONCLUSÃO

Em vésperas de transposição da Diretiva 2014/104/UE, o diagnóstico sobre o *private enforcement* mostra que este vai além das ações de indemnização ou da invocação da nulidade (seja por via da ação ou por exceção).

A dicotomia *private enforcement / public enforcement* forjada na experiência jurídica dos EUA atravessou as fronteiras desta ordem jurídica e irradiou internacionalmente, constituindo-se como um arquétipo ou padrão internacional. Para lá dele, há que, à luz de cada ordem jurídica, delimitar o âmbito de cada uma destas vias de reação às infrações da concorrência, atendendo ao

191 Poder-se-á questionar o recurso ao *crowdfunding* como forma de financiar uma ação de indemnização destinada a reparar os danos dos lesados pela violação das normas da concorrência. Sobre as diversas modalidades do *crowdfunding*, v. Roquette Geraldes & Seara Cardoso, 2016: 493 ss..

192 Ginsburg, 2010: 54.

193 Sérvulo Correia, 2008: 1786.

"ambiente institucional" onde é preparada, instruída e tomada a decisão. Na ordem jurídica portuguesa, o *private enforcement* é delimitado negativamente, por referência ao âmbito do *public enforcement*.

Ainda que se considere que o âmbito material do *private enforcement* ultrapassa a efetivação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE e dos arts 9.º, 11º e 12.º do RJC, a verdade é que a reação privada a estas infrações tem motivado um interesse especial da doutrina. Entre os "remédios" à disposição dos *private enforcers* para reagirem a estas infrações contam-se a nulidade e a responsabilidade civil.

No que toca à primeira, o regime português da nulidade, previsto nos arts. 286.º e 289.º do Código Civil, não é divergente do regime desenvolvido pela jurisprudência da União Europeia quanto à chamada "nulidade comunitária". Em particular, a ordem jurídica portuguesa reconhece legitimidade a um co-contrante para reagir e promover judicialmente a declaração de nulidade e, por esta via, desvincular-se de negócios jurídicos ou convenções negociais violadoras das normas da concorrência. Sendo certo que esta nulidade tem sido prevalecentemente invocada em sede de defesa por exceção.

Não é da natureza da nulidade proceder ao ressarcimento de danos causados pela infração de normas de concorrência. A este efeito provê a responsabilidade civil por factos ilícitos, prevista nos arts. 483.º e ss. do Código Civil. Tratar-se-á de responsabilidade civil extracontratual, ainda que o ilícito tenha a sua origem em contrato restritivo da concorrência. Não prevendo a ordem jurídica da concorrência um direito subjetivo à concorrência, é pela via da violação de normas de proteção que o lesado poderá fundamentar a ilicitude imputada à empresa infratora. Efetivamente, no atual estado da doutrina deve reconhecer-se que os arts. 101.º e 102.º TFUE, e 9.º, 11.º e 12.º do RJC devem ser qualificadas como normas de proteção para efeitos do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil[194]. E, assim, se assume que a concorrência é um dos bens (ao lado dos tradicionais, como a vida, a saúde ou a propriedade) protegidos pela responsabilidade civil.

A conceção tradicionalmente restritiva em matéria de ressarcibilidade de danos puramente patrimoniais não deve obstar a que o lesado seja indemnizado pelos danos/diminuições patrimoniais que as infrações da concorrência causaram no seu património. Porque, justamente, ao reconhecer-se que a concorrência é um dos bens a merecerem a tutela da responsabilidade delitual, tal tutela é

194 Pires de Lima & Antunes Varela (1987: 472) consideravam as "regras disciplinadoras da concorrência" como disposições legais destinadas a proteger interesses alheios.

dispensada, não através de atribuição de direito subjetivo à concorrência, mas sim pela previsão de normas de proteção dos terceiros.

É, ainda, pela infração das normas de proteção constituídas pelos 101.º e 102.º TFUE e 9.º, 11.º e 12.º do RJC que os lesados poderão, nos termos do art. 79.º, n.º 1, do CSC e 483.º, n.º 1, do Código Civil, demandar os administradores, quando, mediante decisão destes se tenha verificado a violação das normas da concorrência. Em tais situações, nos termos do art. 6.º, n.º 5, do CSC, a sociedade será solidariamente responsável com os administradores.

Não basta, é fácil de ver, para que se constitua a obrigação de indemnizar a ilicitude da conduta e o dano do lesado. É necessário que estejam presentes os restantes pressupostos da obrigação de indemnizar: culpa e nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano. O lesado não beneficia de presunção de culpa (art. 487.º, n.º 1, do Código Civil), sendo esta apreciada nos termos previstos no art. 487.º, n.º 2, do Código Civil.

A responsabilização civil da empresa infratora não deixa de enfrentar várias dificuldades, como sejam a quantificação dos danos, a indemnização de lesados indiretos e a *passing on defense* (ou repercussão de custos adicionais), acesso a meios de prova em poder de terceiro (máxime da empresa infratora e da entidade reguladora). A quantificação dos danos será feita nos quadros do art. 566.º, n.º 2, do Código Civil, eventualmente, com aplicação do art. 494.º do Código Civil – não se esquecendo as normas específicas do art. 22.º da LAP. Em matéria de *passing on defense*, há que considerar o instituto da compensação de vantagens. E, em sede de acesso a prova por documentos, o Código de Processo Civil dispõe também de normas que permitem, sob certos requisitos, requerer que terceiros sejam notificados para entregar documentos em seu poder.

Como forma de solucionar o problema do baixo valor de cada uma das pretensões individuais dos lesados pelas infrações da concorrência, a ação popular pode também ser usada para conseguir o ressarcimento destes lesados. Moldada num sistema de *opting-out*, a ação popular em Portugal permite a fixação de uma indemnização global e apresenta um regime muito favorável de custas.

O financiamento do litígio é uma das questões centrais em sede de efetivação das normas da concorrência por iniciativa privada, uma vez que os custos que lhe são inerentes podem ser inibidores da decisão de litigar. Em Portugal, em matéria de custas processuais vigora a regra da sucumbência – a parte que deu causa à ação paga as custas ou paga na proporção em que decair. As regras deontológicas do Estatuto da Ordem dos Advogados proíbem as convenções de *quota litis*. Questiona-se se a ordem jurídica portuguesa admite práticas de

financiamento de litígio por parte de terceiro ("third party funding"). Embora escassamente estudada em Portugal, esta alternativa é praticada em outras ordens jurídicas, designadamente em sede de arbitragem internacional.

A ordem jurídica portuguesa, em sintonia com outras ordens jurídicas da União Europeia, mantém a sua fidelidade ao modelo de *public enforcement*. Até à transposição da Diretiva, a ordem jurídica portuguesa não apresenta normas dedicadas especificamente à responsabilização civil por infrações da concorrência. O *private enforcer* ter-se-á de valer de institutos já reconhecidos na ordem jurídica portuguesa.

BIBLIOGRAFIA

Albuquerque, P. & Pereira, M. L.
2004 "A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão", 136(I) *O Direito,* 89 ss.
Almeida Costa, M. J.
2009 *Direito das obrigações*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina.
Anastácio, G.
2013 "Artigo 11.º", *in Lei da Concorrência. Comentário cConimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 161.
Antunes Varela, J. M.
1986 *Das obrigações em geral, vol. I*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina.
Azevedo De Almeida, M.
2003 *A responsabilidade civil do banqueiro perante os credores da empresa financiada*, Coimbra: Coimbra Editora.
Basedow, J., Francq, S. & Idot, L.,
2012 "Introduction", *in* J. Basedow, S. Francq &l. Idot (eds.), *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, London: Hart Publishing, p. 2.
Bayer, W.
2009 "Legalitätspflicht der Unternenehmensleitung, nützliche Gesetzverstösse und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstossen", *in Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, p. 85.
Botelho Moniz, C. (coord.)
2016 *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra: Almedina, 2016.
Brodi, E.
2008 "Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante", 53 *RS* 1450.
Bussani, M. & Palmer, V. V.
2003 *Pure economic loss in Europe*, Cambride: Cambridge University Press.
Caetano Nunes, P.
2012 *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra: Almedina.
Calvão Da Silva, J.
2016 "S.T.J., Acórdão de 22 de janeiro de 2015 (interpretação do art. 289.º do Código Civil", 145 (3999) *Revista de Legislação e de Jurisprudência,* 330.

Carneiro Da Frada, M.
2004 *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina.
2012 "O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores", 8 *DSR* 71.
Cisotta, R.
2014 "Some considerations on the last developments on antitrust damages actions and collective redress in the European Union", 10(1) *The Competition Law Review*, 81.
Cooke, J. D.
2010 "Administrative regulation versus private enforcement – the EU perspective", *in* A. M. Mateus & T. Moreira, *Competition law and economics. advances in competition policy enforcement in the EU and North America*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, p. 61.
Cordeiro, C.
2005 "Algumas considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português", 2005(I) *OD*.
Costa, R. & Figueiredo Dias, G.
2017 "Artigo 64.º", *in* Coutinho de Abreu (org.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.
Coutinho De Abreu, J. M.
1996 Da empresarialidade (As empresas no direito), Coimbra: Almedina, p. 287.
1998 "Aspetos do direito económico da União Europeia", BFD 711.
2011 "Private enforcement of competition law in Portugal", *in* L. Velasco San Pedro (coord.), *Private enforcement of competition law*, Lex Nova, p. 103.
2007 "Deveres de cuidado e de lealdade", *in Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: IDET/Almedina.
2010 *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.
2013a Curso de direito comercial. vol. I, 9.ª ed., p. 214.
2013b "Artigo 3.º", in *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 36.
Coutinho De Abreu, J. M. & Ramos, M. E.
2004 "Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379.º do Código do Trabalho)", 3 Miscelâneas, 32-33.
2017 "Artigo 79.º", *in* Coutinho De Abreu, J. M. (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I, 2.ª ed, Coimbra: Almedina, p. 968.

Cruz Vilaça, J. L.
2003 "A modernização da aplicação das regras comunitárias de concorrência segundo a Comissão Europeia. Uma reforma fundamental", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume Comemorativo do 75.º* Tomo, p. 717.
2004 "O ordenamento comunitário da concorrência e o novo papel do juiz numa União alargada", (2004/II) *Revista do Centro de Estudos Judiciários* 43.
Easterbrook, F. H.
1984 "The Limits of Antitrust", 63(1) *Texas Law Review* 5.
Fernandes De Oliveira
2008 "Responsabilidade civil dos administradores", *in Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, Coimbra: Almedina.
Figueiredo Dias, J. & Loureiro, F.
2013 "Artigo 67º", *in Lei da Concorrência anotada. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 682.
Fleischer, H.
2005 «Aktienrechtliche Legalitätspflicht und "nützlich" Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern», *ZIP* 149.
Ginsburg, D. H.
2010 "Costs and benefits of private and public antitrust enforcement: an American perspective", in MATEUS, A. M., MOREIRA, T. (eds.), Competition law and economics: advances in competition policy enforcement in the EU and North America, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, p. 43.
Gomes Canotilho, J. J.
1992 "Anotação ao Ac. do STA de 28 de Setembro de 1989", (1991-1992) 124 *RLJ* 361.
1996 "Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente (as incertezas do contencioso ambiental)", (1995-1996) 128 *RLJ* 323.
Gomes Canotilho, J. J. & Moreira, V.
2007 *Constituição da República Portuguesa anotada, vol. I*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
2010 *Constituição da República Portuguesa anotada, artigos 108º a 296º*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
Gorjão-Henriques, D.
2015 "*Third party funding* ou o financiamento de litígios por terceiros em Portugal", 75 *Revista da Ordem dos Advogados*.

Gorjão-Henriques, M. & Anastácio, C.
2013 "Artigo 9.º", *in Lei da Concorrência anotada. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 101.
Goucha Soares, A.
2006 "A aplicação descentralizada das normas comunitárias da concorrência: o sistema de competências paralelas estabelecido pelo Regulamento 1/2003", *in* A. Goucha Soares, & M. M. Leitão Marques (coords.), *Concorrência. Estudos*, Coimbra: Almedina, p. 175.
Hirte, H., Mülbert, P. O. & Roth, M. (eds.)
2014 *Aktiengesetz. AktG. Großkommentar, Vierter Band, Teilband 2, §§ 92-94, 5. Aufl.*, De Gruyter.
Hodges, C.
2012 "New modes of redress for consumers and competition law", 11/12 *Revista de Concorrência e Regulação* pp. .
Lebre De Freitas, J.
1996 "A acção popular ao serviço do ambiente", *LUS*, n.º especial, *Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada*, Porto.
Leitão Marques, M. M.
2002 *Um curso de direito da concorrência*, Coimbra: Coimbra Editora.
2006 "As redes de empresas: um desafio ao direito da concorrência", *in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, vol. III*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 177.
Lopes Porto, M., Nogueira De Almeida, J. & Andrade, A. R.
2013 "Artigo 65.º", *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 635.
Machete, R.
1996 "Acção procedimental e acção popular – Alguns dos problemas suscitados pela Lei 83/85, de 31 de agosto", *LUS*, n.º especial, *Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada*, Porto, p. 263.
Mariano Pego, J. P. F.
2001 *A posição dominante relativa no direito da concorrência*, Coimbra: Almedina.
2013 "Artigo 12.º", *in Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 164.
Marques, A.
2015 *Economia da União Europeia*, Coimbra: Almedina.

Martínez Mulero, V.
2005 "Defensa de la competencia y daños", 255 *RDM* 117.
Mateus, A. M.
2006 "Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência", (66/III) *Revista da Ordem dos Advogados* 1079.
2007 "Economia e Direito da Concorrência e Regulação", 40 *SubJudice* 11.
Menezes Leitão, A.
2009 *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra: Almedina.
Mertens, H.-J.
1992 "§93", *in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 1. Lieferung §§ 76-94*, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München.
Morais, L.
2006 *Empresas comuns. Joint ventures no direito comunitário da concorrência*, Coimbra: Almedina.
Moura E Silva, M.
2008 *Direito da concorrência – uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina, p. 189 ss.
Moura Vicente, D.
2001 *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*, Coimbra: Almedina.
Nascimento Rodrigues, S.
2001 *A protecção dos investidores em valores mobiliários*, Coimbra: Almedina.
Nogueira Serens, M.
1993 *Direito da concorrência e acordos de compra exclusiva (práticas nacionais e práticas comunitárias)*, Coimbra: Coimbra Editora.
1997 *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.
2007 *A monopolização da concorrência e a (re)emergência da tutela da marca*, Coimbra: Almedina.
Noversa Loureiro, F.
2016 "A criminalidade económica e os seus agentes sob a perspetiva criminológica – análise a partir da prática de cartel", *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Rei dos Livros, p. 467.
Omodei-Salè, R. & Zaccaria, A.
2004 "Compensation for pure economic loss in Italy", *in* W. H. Van Boom, H. Koziol, H. & C. A. Witting(eds.), *Pure Economic Loss*, Wien/New York: Springer, p. 47.

Pais De Vasconcelos, P.
2009 "Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º das Sociedades Comerciais", *2 DSR* 63
Pais, S.
2016 "Practical private enforcement: Perspectives from Portugal", *in* Bergström, M., Iacovides, M. & Strand, M. (eds.), *Harmonising EU Competition Litigation – the new directive*, Oxford: Hart Publishing, p. 195.
Palmer, V. V. & Bussani, M.
2009 *Pure economic loss. New horizons in comparative law*, University of Texas at Austin Studies in foreign and transnational law.
Payam Martins, A.
1999 *Class actions em Portugal?*, Lisboa: Cosmos.
Pellegrini Grinover, A.
1996 "A acção popular portuguesa: uma análise comparativa", *LUS*, n.º especial, *Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada,* Porto.
Pereira De Almeida
2013 *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados, vol. 1. As sociedades comerciais*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
Pires De Lima & Antunes Varela
1987 *Código Civil anotado, vol. I (arts. 1º a 761.º)*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
Ramos, M. E.
2010 *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra: Almedina.
2014a "Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades", 11 *Direito das sociedades em revista* 119.
2014b "Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades", *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, p. 243.
2016 "Ações de responsabilidade de civil dos administradores e competência em razão da matéria", *in* Coutinho de Abreu, J. M. (coord.), *Congresso E depois do Código das Sociedades Comerciais em comentário?*, Coimbra: Almedina, 2016.
Remédio Marques, J. P.
1999 "A comercialização de organismos geneticamente modificados e os direitos dos consumidores: alguns aspectos substantivos, procedimentais e processuais", 1 *EDC*.

Robin De Andrade, J.
2012 "Apresentação sobre a nova lei de arbitragem voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais", 11/12 *Revista de Concorrência e Regulação,* 200.
Rodrigues D.
1990 *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Lisboa: Petrony.
Roquette Geraldes, R. & Seara Cardoso, F.
2016 "Uma revolução chamada crowdfunding", *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina.
Rossi, L. & Sousa Ferro, M.
2013 "The private enforcement of competition law in Portugal (II): Actio populari – facts, fictions and dreams", 4(13) *Revista de Concorrência e Regulação,* 35.
2015 "O «private enforcement» do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova", 6(22) *Revista de Concorrência e Regulação* .
Sérvulo Correia, J. M.
2008 "Efetividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos e civis", *in* Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 1750.
Simas Santos, M.
2013 "Artigo 89.º", *in Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 855.
Sinde Monteiro, V. J.
1989 *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina.
2003 "Manuel de Andrade e a influência do BGB sobre o Código Civil Português de 1966", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Volume Comemorativo do 75.º* tomo, Coimbra, p. 181.
2005 "Proteção dos interesses económicos na responsabilidade civil por dano ambiental", *in A tutela jurídica do ambiente: presente e futuro*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 133.
2007 "Responsabilidade delitual. Da ilicitude", *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Vol. II – Das Obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 464.
Sousa Ferro, M.
2015 "Collective Redress: Will Portugal Show the way?", *Journal of European Competition Law & Practice* 1.

2016a *Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência*, Working Paper do CIDEFF.b2016b "Antitrust Private Enforcement in Portugal and the EU: The Tortuous Topic of Tort", *Global Competition Litigation Review*, Issue 4.

Tavares De Pina, M.

2010 "A criminalização dos cartéis pelo direito da União Europeia", 20 *RPCC* 375.

Teixeira De Sousa, M.

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

Trabuco, C. & França Gouveia, M.

2011a "A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts", em Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, vol. I, Coimbra: Almedina, p. 443.

2011b "The arbitrability of competition issues in Portuguese law: "The meeting of two black arts", *in Private enforcement of competition law*, Valladolid: Lex Nova, p. 51.

Van Boom, W. H.

2004 "Pure economic loss: a comparative perspective", in W. H. Van Boom, H. Koziol, & C. A. Witting (eds.), *Pure Economic Loss*, Wien/New York: Springer, p. 33.

Vaz, T.

1996 "A responsabilidade do accionista controlador", *OD* 368.

Velasco San Pedro, L. A.

2011 "International conference on private enforcement of competition law", *in Private enforcement of competition law*, Valladolid: Lex Nova, p. 37.

Vieira Cura, A. A.

2014 *Curso de organização judiciária*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Vieira De Andrade, J. C. & Moniz, A. R.

2013 "Artigo 91.º", *in Lei da Concorrência. Comentário conimbricense*, Coimbra: Almedina, p. 873.

Vogler Guiné, O.

2014 "A decisão de litigar", *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, p. 225.

O DEVER DE RESOLVER CONTRATOS PÚBLICOS

Pedro Matias Pereira[*]

Abstract: *Under the banner of the europeanization of Portuguese administrative law, the current text analyses a legal solution inspired by the case-law of the European Court of Justice whose purpose is to ensure the effectiveness of European Law. Specifically, we address the duty to terminate public contracts whenever the Court of Justice finds that a serious infringement to the European Law has occurred.*

Sumário: 1. O papel da jurisprudência europeia como fonte de Direito da União Europeia: a Europa dos juízes e a europeização do direito administrativo nacional. 2. O dever de resolução de contratos públicos. 3. A solução da nova diretiva sobre contratação pública 4. A origem jurisprudencial da solução: Proc. C-504/04, Comissão/República Federal da Alemanha. 4.1. O caso em análise: os factos e a tramitação processual relevantes 4.2. A apreciação jurídica do caso *sub iudice*. 5. A solução da Diretiva: uma concretização (criticável) da jurisprudência do TJUE. 6. Crítica de uma solução imperfeita. 7. Reflexão final

1. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA COMO FONTE DE DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: A EUROPA DOS JUÍZES E A EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NACIONAL

O Tribunal de Justiça da União Europeia[1] tem sido, reconhecidamente, um dos propulsores da integração jurídica da União, dado que, em face da margem de apreciação permitida pelos Tratados da União, lhe coube, desde cedo, encontrar soluções para problemas concretos que não obtinham resposta direta naqueles textos. Esta tarefa levou o TJUE a sofrer a crítica de encetar um

* Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado. Membro do Grupo de Contratação do CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação.

1 Doravante, abreviadamente, "TJUE".

(censurável) ativismo judicial, criando uma "Europa de juízes"[2]; a verdade, no entanto, é que a modernidade do direito da União Europeia[3] assim o exigia, estando o Tribunal, pelas suas próprias características (organização, garantias de independência e qualidade), em condições privilegiadas para contribuir na determinação do sentido do Direito da UE[4].

No que ao tema deste texto concerne, a verdade é que o papel do TJUE na interpretação do Direito da UE tem levado a alterações no direito administrativo dos Estados-Membros que podemos incluir no movimento geral de *europeização* dos ordenamentos jurídicos nacionais[5], fundamentado no *princípio da cooperação leal* que regula a interação entre as ordens jurídicas nacionais e a ordem jurídica da UE.

O presente texto pretende abordar uma solução de direito administrativo (em fase de transposição para o direito interno) que é diretamente tributária de importante jurisprudência do TJUE que, fixando pontos de referência para as ordens jurídicas internas, acaba por *criar direito administrativo*.

Essa solução, embora estando ainda prevista na legislação nacional – mas, decorrendo de uma diretiva – não tardará a entrar, sob a forma de norma escrita, no ordenamento jurídico-positivo nacional; falamos da previsão de um dever de rescindir contratos públicos como decorrência da verificação, pelo TJUE, de infração grave ao Direito da UE no âmbito do processo de adjudicação desse tipo de contratos.

De modo a analisar criticamente a solução encontrada pelo legislador europeu para concretizar a jurisprudência do TJUE procederemos a uma análise integrada das normas jurídicas em causa com a referida jurisprudência,

---

2 Sobre essa crítica e a sua filiação em conceções que rejeitam o processo de integração europeia, v. Quadros , 2013: 379-381; o Autor entende, bem ao contrário, que o TJUE tem assumido "o papel de locomotiva da integração jurídica e de, dessa forma ter suprido, com o seu labor – repete-se: sem se substituir ao legislador –, a inércia e a paralisia dos órgãos políticos das Comunidades e, depois, também da União". Referindo como o Tribunal quase assumiu o "papel de legislador, em vários domínios (atitude esta reforçada pela inércia das instituições com competências legislativas da União, limitadas de forma frequente na sua atuação pela aplicação da regra da unanimidade), ao recorrer a uma interpretação teleológico-sistemática (também dita funcional) das disposições do Tratado", v., Pais, 2015: 65.

3 Doravante, abreviadamente, "UE".

4 Neste sentido, v. Ramos, 1999: 93. Nota o Autor como, nessas específicas condições, o TJUE tem sido um "importantíssimo elemento de criação do Direito Comunitário" – afirmação que, como se comprova no desenvolvimento do tema deste texto, se mantém perfeitamente atual.

5 Refletindo como a europeização resulta, em parte, de "um movimento de integração na construção da AP Europeia e no ordenamento jurídico europeu", v. Silva,2010a: 37-38. Distinguindo, como figuras afins da europeização, a *harmonização* e a *convergência*, v. Freitas, 2012: 35-37.

identificando os seus pontos de contacto e as suas dissonâncias, avaliando se estas colocam (ou não) em causa os objetivos que presidiriam à sua consagração e que visam impedir que se mantenham situações – resultantes de contrato público – contrárias ao Direito da UE. Vejamos, então, como é que esse desígnio será, na prática, alcançado.

2. O DEVER DE RESOLVER CONTRATOS PÚBLICOS

As novas diretivas da contratação pública[6] fazem o direito europeu dos contratos públicos transpor o umbral da regulação substantiva dos contratos públicos. Fizeram-no, concretamente e no que a este estudo diz respeito, quanto a um poder de conformação da relação contratual que constituiu um dos fundamentos da emancipação da figura do contrato administrativo[7]: o poder de resolução unilateral.

Com as novas diretivas deixámos, então, de ter um direito europeu (constituído) tendencialmente pré-contratual[8] – quer quanto aos procedimentos de seleção propriamente ditos, quer quanto ao contencioso desses procedimentos de seleção – para passarmos a ter um direito europeu que regula diretamente aspetos substantivos do contrato administrativo. Trata-se de uma alteração de paradigma já que o direito europeu da contratação pública, assentando, em primeira linha, na ideia de não discriminação em razão da nacionalidade – como pressuposto da construção de um mercado único – tendia a relegar a matéria da regulação substantiva do contrato para as legislações nacionais[9].

---

6 Fazemos menção ao conjunto de diretivas publicadas no JO L/94, de 28 de março de 2014: a Diretiva 2014/24/UE (relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE); Diretiva 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão) e Diretiva 2014/25/UE (relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE), todas de 26 de fevereiro de 2014.

7 Notando como "é o contrato administrativo, instituto jurídico que ao preservar certas especificidades próprias da atividade administrativa, reserva à Administração, ainda que enquanto parte contratual, poderes específicos de direito público que permitirá vencer as resistências quanto à contratualização na Administração Pública", v. o nosso trabalho (Pereira, 2011:15). Notando, ainda antes da aprovação das diretivas, como os limites impostos pelo direito europeu "vêm traduzir-se numa profunda inflexão de algumas das características típicas e clássicas que, historicamente, marcaram a construção e a autonomização conceitual e de regime daquela figura – o regime da sua execução, designadamente o de modificação – com a concomitante retração da *autonomia pública contratual* que lhe estava associada", v. Martins, 2014:392.

8 Neste sentido, v. Treumer, 2014a: 148.

9 Neste sentido, notando que é nos procedimentos de contratação pública que as entidades adjudicantes nacionais podem sentir-se mais tentadas a favorecer concorrentes nacionais, v. Caranta, 2015: 448 e 449.

É uma mudança de paradigma que já estava, no entanto, pré-anunciada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça que tem levado a que "paulatinamente, [o direito europeu da contratação pública vá] abandonando o paradigma inicial de regulamentação limitada aos processos de seleção do contratante, para abranger a disciplina de aspetos claramente relacionados com a execução do contrato"[10].

A jurisprudência do TJUE tem vindo, aliás, a ser uma das mais fortes influências na evolução do direito europeu dos contratos públicos, inspirando, como veremos de seguida, uma importante novidade da nova Diretiva sobre contratação pública[11].

3. A SOLUÇÃO DA NOVA DIRETIVA SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A nova Diretiva sobre contratação pública[12] começa por expressar, logo no seu considerando 112, a necessidade, sentida algumas vezes pelas entidades adjudicantes, de se proceder a uma "rescisão antecipada de contratos públicos a fim de cumprir obrigações decorrentes do direito da União em matéria de contratação pública". Por essa razão, conclui-se, também, que os Estados-Membros devem assegurar a existência de legislação nacional que assegure essa possibilidade.

No artigo 73.º concretiza-se melhor esta questão, estabelecendo-se um dever de os Estados-Membros assegurarem, em geral, que as entidades adjudicantes tenham a possibilidade (*rectius*, o poder) de rescindir um contrato público durante a sua vigência pelo menos nas circunstâncias enunciadas no referido preceito. O artigo refere-se, em concreto, às seguintes situações:

---

10 Cf. Gonçalves, 2009: 14. Notando como a jurisprudência existente será determinante para a interpretação das novas regras, Arrowsmith, 2014: 597. Assinalando como a jurisprudência do Tribunal de Justiça é o *primum movens* de muitas das alterações às regras europeias da contratação pública – notando, em especial, o surgimento da regulação dos contratos de concessão de serviços –, v. Caranta, 2015: 409 e 410. Por isso se pode dizer que as soluções da nova diretiva não são totalmente inovadoras – neste sentido, também, Charrel & Gaspar, 2015: 58, esclarecendo que se trata mais de uma codificação de modificações substanciais anteriormente avançadas pela jurisprudência comunitária do que propriamente de novidades nesta matéria.

11 Notando a forte relação entre a nova Diretiva e a jurisprudência do Tribunal de Justiça que tem, também neste âmbito, clarificado aspetos fundamentais do direito europeu da contratação e dos contratos públicos, v. Treumer, 2014: 17-19.

12 Trataremos da Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, que se aplica aos setores gerais, embora solução semelhante com a aqui analisada esteja também presente na Diretiva 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

(i) O contrato tenha sido objeto de uma modificação substancial que, nos termos do artigo 72.º, obrigue à adoção de novo procedimento de adjudicação[13];

(ii) Se se verificar que o cocontratante, na data da adjudicação do contrato, se encontrava afetado por motivos que determinariam a sua exclusão – previstos no artigo 57.º da Diretiva;

(iii) Se se verificar que o contrato não poderia ter sido adjudicado ao cocontratante por se ter apurado uma "infração grave das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados [e das diretivas relativas à contratação pública]" constatada em ação de incumprimento iniciada pela Comissão Europeia, ao abrigo do artigo 258.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia[14].

Importa, para a economia deste estudo, analisar a hipótese do ponto (*iii*) *supra*, que responde – embora de forma imperfeita, como veremos – à necessidade de pôr fim, através de resolução unilateral, a um contrato adjudicado de forma ilegal já que a alínea c) do artigo 73.º exige a previsão, nas legislações nacionais, de fundamentos autónomos de resolução relacionados com a infração das obrigações que decorrem dos Tratados e da nova diretiva que venha a ser constatada pelo TJUE em procedimento iniciado pela Comissão ao abrigo do artigo 258.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

4. A ORIGEM JURISPRUDENCIAL DA SOLUÇÃO: PROC. C-504/04, *COMISSÃO/REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA*

4.1. O caso em análise: os factos e a tramitação processual relevantes

As disposições da diretiva constituem um desenvolvimento do Direito da UE a problemas colocados num processo de infração grave contra a República Federal da Alemanha – *Comissão/ República Federal da Alemanha*, processo C-503/04, com Acórdão de 18 de julho de 2007[15].

---

13 Sobre o tema da modificação de contratos, identificando os casos em que as alterações ao contrato se classificam como substanciais – obrigando, na sequência da jurisprudência *Pressetext*, a novo procedimento de adjudicação, determinando, por outro lado, a resolução do contrato em que ela deveria ser introduzida –, v. Pereira & Machado, 2016: 75-104.

14 Doravante, abreviadamente, "TFUE".

15 Referindo como a disposição da alínea *c)* do artigo 73.º da nova Diretiva obriga os Estados-Membros a preverem mecanismos para cumprirem com os requisitos fixados na "bem conhecida" ação de

Neste processo, estava em causa a obrigação de o referido Estado-Membro proceder à resolução de dois contratos públicos que haviam sido adjudicados sem observância do procedimento imposto pela Diretiva 92/50/CE, nomeadamente sem ter sido utilizado e publicitado no Jornal Oficial da União Europeia[16] o procedimento de concurso público; ao invés, os contratos – um relativo à adjudicação de um contrato de evacuação de águas residuais do Município de Bockhorn e outro tendo como objeto a eliminação de detritos residuais através de tratamento térmico para a cidade de Braunschweig – foram adjudicados através de procedimentos de negociação com operadores escolhidos pelas entidades adjudicantes e sem que fosse dado aos procedimentos ou à decisão de adjudicação publicidade a nível internacional[17].

Essas violações do Direito da UE foram julgadas em dois processos (os Processos C-20/01 e C-28/01) em que as partes eram a Comissão Europeia e a República Federal da Alemanha e que, depois de apensados, deram origem ao Acórdão de 10 de abril de 2003.

Depois disso, a Comissão instou a República Federal da Alemanha a que retirasse desse julgamento as devidas consequências, tendo em atenção a sua obrigação de repor a situação conforme ao Direito da UE, nomeadamente anulando os contratos ilegalmente adjudicados que, com prazos de execução de 30 anos, se haveriam de manter em execução durante várias décadas.

A República Federal da Alemanha entendeu que não deveria anular esses contratos, referindo que havia tomado medidas para que os incumprimentos se não repetissem no futuro e invocando o seu entendimento de que os poderes do Tribunal de Justiça se limitariam à concessão de indemnizações.

---

incumprimento contra a Alemanha, em que o Tribunal de Justiça afastou a possibilidade de a "santidade" do contrato servir para manter em vigor contratos ilegalmente adjudicados, v. Caranta, 2015:449.

16 Doravante, abreviadamente, "JOUE".

17 O caso da adjudicação da cidade de Braunschweig, encerrando o mesmo problema de incumprimento das diretivas, era um pouco mais complexo: o incumprimento não se devia a uma adjudicação completamente à margem das normas comunitárias, mas ao facto de se ter enquadrado o fornecimento numa disposição que permitia o recurso ao procedimento de negociação não concorrencial com fundamento na existência de um único operador; o Tribunal considerou que tal situação não se verificava de facto, ou seja, não era uma daquelas situações em que um único operador do mercado é apto a prestar os serviços (ou a executar a obra ou fornecer o bem) pretendidos pela entidade adjudicante. Aliás, estas "derrogações" (nas palavras do Tribunal de Justiça) à regra da adoção de procedimentos concorrenciais, devem, de acordo com a jurisprudência, ser objeto de *interpretação estrita*, cabendo o ónus da prova de que se encontram efetivamente reunidas as circunstâncias excecionais à entidade adjudicante – cf., entre outros, Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de setembro de 2004, *Comissão/Itália*, processo C-385/02; entre nós, v. a Acórdão do Tribunal de Contas – 1.ª **Secção – Plenário 13/1**4, de 8 de julho de 2014, Processo 1613/13, Recurso Ordinário 01/14, por nós anotado para a *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 9.

Estas posições divergentes foram sendo expressas no âmbito do procedimento previsto no artigo 260.º do TFUE (ex-artigo 228.º do Tratado da Comunidade Europeia[18]) e, mantendo-se as posições iniciais, a Comissão propôs a competente ação por incumprimento das disposições do Tratado ao abrigo do n.º 2 do mencionado artigo 260.º, pedindo, além da declaração de incumprimento das obrigações emergentes do Acórdão de 10 de abril de 2003, a condenação no pagamento de sanções pecuniárias compulsórias superiores a € 150.000 por dia de atraso no cumprimento das medidas necessárias para dar cumprimento ao referido Acórdão.

Em 2005 e já no decurso da ação por incumprimento, a República Federal da Alemanha informou que as entidades adjudicantes haviam celebrado acordos de anulação dos contratos em questão, solicitando o cancelamento do processo. A Comissão entendeu, no entanto, manter a sua ação inicial, agora restrita à obtenção da declaração de que, no momento devido, a República Federal da Alemanha não havia dado cumprimento ao Acórdão do Tribunal de Justiça, ao que o Governo alemão haveria de responder com o argumento da falta de necessidade de proteção jurídica.

4.2. A apreciação jurídica do caso *sub iudice*: as conclusões da Advogada Geral e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de julho de 2007

a) As conclusões da Advogada Geral

Nas suas Conclusões (apresentadas a 28 de março de 2007), a Advogada Geral Verica Trstenjak haveria de sustentar que o momento determinante para avaliar da necessidade de uma pronúncia do Tribunal é, neste tipo de ações de incumprimento, o termo do prazo fixado no parecer fundamentado previsto no artigo 258.º do TFUE (ex-artigo 226.º do TCE)[19], pelo que a anulação posterior dos contratos não deveria determinar o não conhecimento do mérito da ação.

Quanto ao mérito da questão, a Advogada Geral dá também razão à Comissão entendendo que "os efeitos do incumprimento do direito comunitário subsistem durante todo o período de execução do contrato celebrado [que totalizariam 30 anos] em violação da legislação relativa às adjudicações"[20].

18 Doravante, abreviadamente referido como "TCE".

19 Esta opinião da Advogada-Geral já encontrava acolhimento no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de julho de 2006, *Comissão/Itália*, processo C-119/04.

20 Cf. § 68.º das mencionadas Conclusões da Advogada-Geral.

Na opinião da Advogada Geral, as medidas postas em prática pela República Federal da Alemanha antes de iniciada a ação de incumprimento – consistentes em recomendações para que se evitassem futuros incumprimentos –, não eram "adequadas para impedir uma violação do direito comunitário já iniciada e continuada"[21], sendo que os óbices referidos pelo Estado-Membro, decorrentes de impedimentos resultantes de normas de direito interno, seriam "contrários à necessidade de uma aplicação uniforme do direito comunitário em todos os Estados-Membros da União Europeia"[22], o que resulta na desconsideração dos argumentos relativo à confiança das partes[23].

Por outro lado, a Advogada-Geral antecipava também que, considerando a jurisprudência do Tribunal de Justiça no sentido de os efeitos das adjudicações que se revelem contrários ao direito da União Europeia deverem ser feitos cessar, o Tribunal afirmaria a existência de uma *obrigação de princípio de pôr termo ao contrato*[24]. Isso fundar-se-ia, de acordo com as Conclusões apresentadas, no princípio da eficácia prática (ou *effet utile*) das diretivas relativas à contratação pública, que só é suficientemente assegurado se a violação das mesmas for feita cessar através da cessação do contrato ilegalmente adjudicado, uma vez que a violação permanece enquanto o contrato continuar a ser executado. Além disso, o reconhecimento dessa obrigação de anular o contrato aportaria um importante efeito dissuasor e seria proporcional, tendo em vista o caso concreto (de contratos que permaneceriam em vigor por três décadas).

Por fim, a Advogada-Geral não encontra oposição à existência de uma obrigação de resolver o contrato no facto de a Diretiva 89/665/CEE[25] prescrever que "os Estados-membros podem prever que, após a celebração do contrato

21 Cf. § 72.º das mencionadas Conclusões da Advogada-Geral.

22 Cf. § 73.º das mencionadas Conclusões da Advogada-Geral.

23 Também nesse sentido, referindo como "o Estado-Membro não pode invocar com êxito as consequências de um procedimento ilícito para colocar em questão a obrigação jurídica em si", cf. § 83.º das Conclusões do Advogado-Geral Siegbert Alber, apresentadas em 19 de janeiro de 1999, no processo C-328/96, *Comissão/Áustria*.

24 Suposição fundada mas que, naquele momento, contendia com o dogma, assumido na maioria dos Estados-Membros, de que não se poderia interferir num contrato em execução com fundamento em incumprimento das diretivas relativas à contratação pública; dando conta da existência desse dogma, cf. Priess, 2006; daí a ideia sugestiva dos contratos já celebrados corresponderem a "vacas sagradas", como sugerido no impressivo título do texto de Treumer, 2007: 371-386.

25 Trata-se da Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos, conhecida como "Diretiva Recursos".

na sequência da atribuição de um contrato de direito público, os poderes da instância de recurso responsável se limitem à concessão de indemnizações a qualquer pessoa que tenha sido lesada por uma violação"[26]. Essa disposição relacionar-se-ia unicamente com a tutela de indivíduos afetados por adjudicações ilegais, não limitando a tutela dos interesses da União Europeia, que estavam a ser prosseguidos, no processo em análise, pela Comissão (na sua veste de *guardiã dos Tratados*).

b) Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de julho de 2007

Passando à análise do Acórdão, o Tribunal de Justiça começa por considerar admissível a ação de incumprimento por, de harmonia com decisões anteriores, a data de referência para apreciar a existência de um incumprimento nos termos do artigo 228.° do TCE (atual artigo 260.º do TFUE) se situar no momento em se extingue o prazo fixado no parecer da Comissão[27]; no caso concreto, o Estado-Membro não tinha, nessa data, tomado a medida de resolução dos contratos necessária, na perspetiva da Comissão, à execução de Acórdão anterior.

Aderindo às Conclusões da Advogada-Geral, o Tribunal considera também que faltou efetividade às medidas tomadas inicialmente pela República Federal da Alemanha, que tinham um escopo meramente preventivo da repetição de situações similares. Destarte, considerando os objetivos da Diretiva 92/50/CEE (aplicável, à data dos factos, ao tipo de adjudicações *sub iudice*)[28], concluiu o Tribunal que, enquanto não foram anulados os contratos, esteve em causa a proteção do livre acesso aos contratos públicos (enquanto concretização da liberdade de prestação de serviços) pelo que o incumprimento das normas comunitárias destinadas a defendê-la não cessaram antes que os contratos

26 Cf. n.º 6 do artigo 2.º da Diretiva referida.

27 O Tribunal invoca, a este propósito, o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 18 de julho de 2006, *Comissão/ Itália*, processo C-119/04. Além desse aresto, note-se que tal conclusão já resultaria de jurisprudência anterior, nomeadamente, do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de novembro de 1990, *Comissão/ Grécia*, processo C-200/88, do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 31 de março de 1992, *Comissão/ Itália*, processo C-362/90; e do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de março de 2002, *Comissão/Espanha*, processo C-29/01. Por outro lado, o Tribunal também já rejeitara uma questão prévia de inadmissibilidade da ação de incumprimento baseada na alegada cessação da infração, numa situação em que os processos de adjudicação de contratos públicos tinham integralmente decorrido antes do termo do prazo fixado no parecer fundamentado, considerando então que, como os contratos não tinham sido totalmente executados antes da referida data, a ação era admissível (cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28 de outubro de 1999, *Comissão/Áustria*, processo C-328/96).

28 Trata-se da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.

fossem anulados pelas autoridades nacionais. Incumprimento que tinha efeitos particularmente perniciosos uma vez que, a manter-se a intenção inicial do Estado-Membro, a restrição no acesso àqueles contratos perduraria pelos 30 anos dos respetivos prazos de execução.

A conclusão de que a violação do direito comunitário permaneceria por todo esse tempo não é posta em causa, assevera o Tribunal, pela possibilidade de serem limitados os poderes das instâncias de recursos nacionais à concessão de indemnizações (como decorreria do supramencionado n.º 6 do artigo 2.º da Diretiva 89/665), uma vez que tal "não pode, sem diminuir o alcance das disposições do Tratado que estabelecem o mercado interno, ter como consequência que o comportamento da entidade adjudicante relativamente a terceiros deva ser considerado conforme ao direito comunitário após a conclusão desses contratos"[29].

De facto, o Tribunal distingue, nesta parte, dois planos: (*i*) o plano da relação entre cada Estado-Membro e os lesados pela violação de normas comunitárias, autorizando-se, com vista à proteção da confiança dos cocontratantes, que os efeitos dessa violação sejam puramente indemnizatórios para os lesados com a manutenção do contrato ilegalmente adjudicado; (*ii*) o plano das relações entre os Estados-Membros e a União, onde o preceituado no n.º 6 do artigo 2.º da diretiva 89/665/CEE não encontra aplicação, nomeadamente quando à insusceptibilidade de o Estado-Membro ser acionado por incumprimento, nos termos do artigo 260.º do TFUE[30].

Quanto aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, ao princípio *pacta sunt servanda* e ao direito de propriedade, o Tribunal assume – mas aparentemente apenas para efeitos do raciocínio que empreende

29 Cf. § 33.º do Acórdão sob análise que remete diretamente para o Acórdão de 10 de abril de 2003 (cf., nesse aresto, o § 39.º).

30 A reforçar esta distinção de planos, temos também o Acórdão de 10 de abril de 2003, onde o Tribunal desconsiderou os argumentos relativos ao reconhecimento, pelo Estado-Membro, do incumprimento verificado e do direito dos particulares lesados à reparação do prejuízo eventualmente sofrido, invocando, para o efeito, o decidido no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de junho de 1993, *Comissão/Dinamarca*, processo C-243/89, onde se pode ler que, "no quadro de uma ação por incumprimento, proposta nos termos do artigo 169.º do Tratado pela Comissão, em que a apreciação da respetiva oportunidade lhe compete em exclusivo, cabe ao Tribunal de Justiça declarar se existe ou não o incumprimento censurado, mesmo que o Estado em causa já não o conteste e reconheça o direito à reparação do prejuízo eventualmente sofrido por esse facto pelos particulares. Se assim não fosse, os Estados-membros, ao reconhecerem o incumprimento e ao admitirem a responsabilidade que daí pode decorrer, seriam livres, em qualquer momento durante um processo por incumprimento pendente no Tribunal de Justiça, de lhe pôr termo sem que a existência do incumprimento e o fundamento da sua responsabilidade tivessem sido apurados judicialmente".

– que tais princípios e direito podem ser opostos às entidades adjudicantes, mas conclui que o Estado-Membro não poderá prevalecer-se disso para se eximir das suas responsabilidades de execução de um Acórdão que declare um seu incumprimento. Concluindo da mesma forma – pela sua irrelevância, portanto – quanto à existência de um regime de propriedade que impedisse a resolução do contrato, pois esse regime interno não pode justificar a persistência de um incumprimento, aproveitando ainda para recordar (*rectius*, reiterar) que "um Estado-Membro não pode defender-se por exceção invocando disposições, práticas ou situações da sua ordem jurídica interna para justificar a inobservância das obrigações resultantes do direito comunitário"[31].

Nessa sequência, o Tribunal, desconsiderando ainda os argumentos em matéria de limitação dos efeitos de um Acórdão no tempo (por entender que esta não permite, de qualquer forma, justificar a inexecução de um Acórdão que declara um incumprimento do tipo que estava em causa no processo *sub iudice*), decidiu declarar que "não tendo tomado, à data em que se extinguiu o prazo estabelecido no parecer fundamentado emitido pela Comissão de harmonia com o disposto no artigo 228.° CE [atual artigo 260.º do TFUE], as medidas necessárias à execução do acórdão de 10 de Abril de 2003, *Comissão/Alemanha*, já referido, (…), a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do referido artigo".

Tem sido notado que a parte decisória do Acórdão é bastante curta e a argumentação utilizada algo lacónica, o que resultaria da tentativa de obter a unanimidade entre os juízes, limitando-se, com isso, o arrazoado da decisão[32]. Independentemente dos motivos que presidiram à reduzida argumentação, a verdade é que a formulação genérica do Acórdão veio permitir uma maior margem de discricionariedade aos tribunais nacionais que viessem a ter que decidir questões deste tipo.

31 Cf. § 38.º do Acórdão sob análise.

32 Cf. Treumer, 2007: 375; o Autor especula que enquanto alguns juízes estariam hesitantes quanto ao reconhecimento de uma obrigação de resolução de contratos (porque se desviaria da *opinio iuris* geral), outros estariam muito mais convencidos dela e pretenderiam ir mais longe na argumentação, avançando outras indicações; pois então, perante uma situação deste tipo, o texto final do acórdão seria uma forma de compromisso, mantendo-o no campo do vetor fundamental deste caso: reconhecer a existência de uma obrigação dos Estados-Membros resolverem contratos celebrados na sequência de procedimentos de adjudicação desconformes com as normas europeias aplicáveis.

5. A SOLUÇÃO DA DIRETIVA: UMA CONCRETIZAÇÃO (CRITICÁVEL) DA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

A alínea c) do artigo 73.º da nova diretiva sobre contratação pública vem, então, trazer para um plano de (inequívoco) direito constituído o fim de qualquer pretensão que os Estados-Membros pudessem ter no sentido de manter em vigor um contrato ilegalmente adjudicado, considerando-os imunes às vicissitudes da sindicância jurisdicional do TJUE sobre o procedimento adjudicatário prévio.

Esta norma vem confirmar uma das interpretações que havia sido aventada para o Acórdão tirado no Processo C-503/04, concretamente, que a obrigação de resolver o contrato se coloca apenas em casos de *violação grave* das normas relativas à contratação pública ou das obrigações decorrentes dos Tratados, por ser uma violação dessa magnitude que esteve em causa naquele processo, *in casu*, a falta absoluta do procedimento de contratação devido[33] (e também, diga-se, por terem estado em causa contratos que permaneceriam em execução por décadas).

Mas, confirmando a referida interpretação, a norma sob análise também confirma que o dever de resolver o contrato não se confina aos casos de falta de procedimento adjudicatório, pois, se fosse esse o caso, a diretiva teria certamente circunscrito o âmbito daquela obrigação de resolução a ser transposta para as legislações nacionais. Permanece, portanto, uma significativa margem de apreciação na análise das situações que obrigarão as entidades adjudicantes a resolver contratos já celebrados, que será progressivamente depurada à medida que o TJUE vá qualificando como constituindo infração grave os casos levados até si. Também as decisões das instâncias de controlo nacionais – nos casos em que não submetam a questão ao TJUE através do reenvio prejudicial – serão importantes para determinar os casos de *infração grave* (tanto às disposições da diretiva como dos Tratados).

A jurisprudência que se vier a formar a este propósito servirá, então, de parâmetro para as entidades adjudicantes fazerem uso da nova causa específica de acionamento do poder de resolução que terá, agora, de ser obrigatoriamente inscrita nas legislações nacionais; no nosso caso, na Parte III do Código dos Contratos Públicos. No entanto, não nos parece que isso signifique que os

33 Aventando e propendendo para esta interpretação precisamente por ter estado em causa – no processo C-503/05 – a mais séria das violações das normas relativas à contratação pública (concretamente, um procedimento de adjudicação sem publicação de anúncio e, portanto, não concorrencial e onde não foram aplicadas quaisquer regras das regras sobre contratação pública), v. Treumer, 2007: 377; outra hipótese seria considerar que o Tribunal de Justiça teria enunciado uma regra de carácter geral, só não havendo obrigação de resolver o contrato, então, em circunstâncias excecionais.

contraentes públicos tenham que prescindir da sua margem de apreciação quanto à opção de resolução (ou de não resolução) que, de acordo com a interpretação do interesse público, venham a tomar[34], embora possa exigir, em casos de *não-resolução*, um acrescido dever de fundamentação.

6. CRÍTICA DE UMA SOLUÇÃO IMPERFEITA

A solução da Diretiva parece-nos, apesar de tudo, imperfeita: se o que se pretende é permitir a resolução de contratos que sejam adjudicados em desrespeito das regras da contratação pública – por o procedimento correto não ter sido adotado ou por nele se terem cometido outras ilegalidades graves – então esse poder não deveria ficar dependente de decisões das instâncias jurisdicionais. É que a fiscalização jurisdicional do contrato em ações de incumprimento ao abrigo do artigo 258.º do TFUE pode não chegar a ser feita, apesar de a invalidade do ato de adjudicação ser conhecida da entidade adjudicante ou até estar estabelecida em decisões das instâncias nacionais.

Na verdade, se as legislações nacionais optarem por versões minimalistas do poder de pôr termo a contratos adjudicados em violação das regras da contratação pública, dar-se-á o curioso caso de apenas um caso de invalidade decorrente de procedimento adjudicatório poder – sem aquele determinado tipo de decisão jurisdicional prévia – justificar a resolução do contrato; trata-se da perceção, por parte da entidade adjudicante, de que o seu cocontratante estava, à data de adjudicação, em situação de impedimento, nos termos da alínea *b*) do artigo 73.º da Diretiva.

Ora, se no caso concreto de *cocontratante impedido* a Diretiva prescinde de qualquer decisão jurisdicional prévia sobre o incumprimento de regras de contratação pública, qual a razão determinante para tratar de forma (tão) diferente outros incumprimentos que podem ter sido inclusivamente verificados por decisões de instâncias jurisdicionais nacionais?

Para nos mantermos em questões relacionadas com o cocontratante, basta imaginar o caso de o cocontratante escolhido em procedimento concorrencial sujeito a fase de prévia qualificação – o nosso "concurso limitado por prévia qualificação" – ter adulterado os documentos relativos à sua prestação de contas, assim contaminando a análise da capacidade financeira e, por força disso,

34 Sobre a possibilidade de atenuação de sanções contratuais – incluindo a resolução-sanção – no contexto da emergência da função de gestão dos contratos administrativos, v. o nosso trabalho (Pereira, 2014: 69-99).

a ordenação da lista de candidatos admitidos a apresentar proposta. Também aqui o cocontratante foi escolhido em violação das regras da contratação pública.

Outro exemplo: se a circunstância que se vem a verificar já em fase de execução do contrato não disser respeito à existência de um impedimento, mas à falta de uma determinada habilitação – por que se usou um documento falso, por exemplo – também aí o contraente público não fica legitimado, nos termos da diretiva, a rescindir o contrato, mesmo que haja decisão de instância jurisdicional nacional a reconhecer a ilegalidade.

Diferentes exemplos poderiam ser dados para demonstrar que não há diferença substancial que legitime a diferenciação feita pela diretiva no que diz respeito à previsão de motivos com gravidade suficiente que devem permitir – obrigando a que a lei nacional o permita – a resolução do contrato, sem necessidade de decisão jurisdicional emitida na sequência de ação de incumprimento iniciada pela Comissão que conclua pela grave violação de regras de contratação pública ou de obrigações do Tratado. É que, como afirma Steen Treumer (2007:382), a ideia de que apenas um incumprimento reconhecido pelo Tribunal de Justiça tem relevância autónoma para determinar uma resolução do contrato seria, além de surpreendente, demonstradora da falta de coerência do sistema de reposição da legalidade[35].

Outra perplexidade que nos assalta é a da difícil compaginação deste novo poder de resolver o contrato *apenas em casos de infração grave* e o poder, previsto na alínea *a*) do artigo 73.º, de se proceder a uma resolução do contrato quando ocorra uma modificação substancial que deveria ter dado lugar a um novo procedimento e este não tenha sido concretamente adotado[36].

---

35 Cf. Treumer, 2007: 382. No mesmo texto, o Autor discute, com interesse para as soluções que, nas legislações nacionais podem vir a ser concretamente adotadas, a questão de saber se há um direito ou obrigação de rescindir contratos em casos em que a violação das normas ainda não foi reconhecida por decisão jurisdicional.

36 O n.º 4 do artigo 72.º da Diretiva concretiza a noção de "modificação não substancial", enunciando as condições não cumulativas que determinam que uma alteração seja considerada substancial. A modificação não substancial do contrato constitui, nos termos da alínea *e)* do n.º 1 do mesmo artigo, uma cláusula geral de permissão de modificação do contrato. Portanto, as alterações que não forem substanciais (de acordo com a concretização do n.º 4) estarão também autorizadas ao abrigo da referida cláusula geral. As modificações substanciais – aquelas que não estão cobertas pelo disposto nos dois primeiros números do artigo do artigo 72.º – ficarão sujeitas à adoção de um novo procedimento de contratação, não sendo, então, possível introduzi-las, sem mais, no contrato em execução, antes obrigando a entidade pública contratante a iniciar um novo procedimento de procura pública, nos termos do n.º 5 do artigo 72.º da Diretiva. O incumprimento do dever de levar a cabo uma *reprocura* pública gera a obrigação de resolver o contrato que tiver sido, então, ilegalmente modificado (quando o que se impunha era num novo concurso para as prestações alteradas com a modificação contratual). Sobre o tema da modificação substancial do contrato, v. Pereira & Machado, 2016: 94-99.

A questão aqui é que a modificação substancial do contrato – não submetendo as "prestações modificadas" a novo procedimento adjudicatório – não nos parece ser diferente das adjudicações de contratos públicos que são realizadas em violação das regras previstas na diretiva para quaisquer outros procedimentos adjudicatórios[37]. Ora, havendo identidade de razões para sancionar com a resolução do contrato quaisquer violações de regras determinantes do procedimento de adjudicação, entende-se que deveria a diretiva ter também previsto como fundamento para a resolução do contrato, a violação das regras do procedimento de adjudicação (e não apenas a falta de procedimento em caso de modificação substancial do contrato)[38].

7. REFLEXÃO FINAL

O *case law* analisado neste texto reflete uma tendência associada à concretização do projeto europeu através de uma *integração pelo direito*, considerando as dificuldades associadas à integração pela via política ou politico-constitucional, de tal modo que isso "catapultou o direito administrativo para o papel principal [da dinâmica da integração], secundarizando o direito constitucional"[39]. Um papel que, até meados do século XX, não se pensaria que o direito administrativo pudesse ter, encarado que era como produto da história e tradição nacionais, criando um domínio insuscetível de convergência[40].

O axioma da territorialidade do direito administrativo está pois, definitivamente posto em causa, afastando-se, do mesmo passo, a ideia de que os direitos administrativos são filhos dos Estados nacionais[41].

A decisão do TJUE que tivemos oportunidade de analisar é um claro exemplo – no plano do direito dos contratos – de que a disciplina do direito administrativo é alimentada por fenómenos para além das fronteiras estaduais em virtude da produção normativa por uma organização internacional de integração, profundamente influenciada pela jurisprudência.

A conjugação deste tipo de fenómenos conduz, naturalmente, à harmonização do direito administrativo dos Estados-Membros contribuindo para a

37 Levantando a questão, v. Arrowsmith, 2014: 604.

38 Solução que estaria em consonância com a privação de efeitos do contrato, previsto no artigo 2.º-D da Diretiva 89/665/CEE (alterada pela Diretiva 2007/66/CE, de 11 de dezembro de 2007).

39 São palavras de Silva, 2010b: 13.

40 Neste sentido, cf. Eliantonio, 2009: 3.

41 Cf. Moniz, 2011: 312.

criação de um *Espaço Administrativo Europeu*[42], fenómeno que constitui, a par de outros de dimensão e profundidades variáveis, um traço de evolução do direito administrativo.

A análise que fizemos permitiu descortinar algumas dificuldades (e perplexidades) na construção das normas jurídicas que sustentam esse espaço administrativo europeu.

No caso da nova Diretiva da contratação pública, apesar das incongruências das normas nela previstas, ainda será possível, em sede da sua transposição, acautelar a construção de um regime harmonizado com preocupações de efetividade do direito da contratação pública (na sua globalidade e não apenas o resultante da Diretiva e dos Tratados, tal como vier a ser interpretado pelo TJUE).

42 Cf. Moniz, 2011: 313.

BIBLIOGRAFIA

Arrowsmith, Sue

2014 *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, 3rd ed., London: Sweet & Maxwell.

Caranta, Roberto

2015 "The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works", in: *Common Market Law Review*, vol. 52, n.º 2, pp. 391–459.

Charrel, Nicolas & Gaspar, Thomas

2015 "Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution", in*: Contrats Publics, Les nouvelles directives «marchés»*, (2de partie), n.º 144, pp. 54-61.

Eliantonio, Mariana

2009 *Europeanization of Administrative Justice?*, Amesterdão: Europa Law Publishing.

Freitas, Lourenço Vilhena de

2012 *Os Contratos de Direito Público da União Europeia no quadro do Direito Administrativo Europeu*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

Gonçalves, Pedro Costa

2009 "Acórdão *Pressetext*: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato", in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, pp. 1-20.

Martins, Licínio Lopes

2014 *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina.

Moniz, Ana Raquel

2011 "Traços da Evolução do Direito Administrativo Português", in*: Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, Coimbra: Coimbra Editora.

Pais, Sofia Oliveira

2015 *Estudos de Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina.

Pereira, Pedro Matias

2011 *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, 1.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora.

2015 "Anotação ao Acórdão do Tribunal de Contas – 1.ª Secção – Plenário 13/14, de 8 de julho de 2014, proc. 1613/13, Recurso Ordinário 01/14", in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 9, pp. 181-194.

2016 "Gestão do contrato administrativo: a aplicação de sanções", in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 10, pp. 69-99.

Pereira, Pedro Matias & Machado, Carla

2016 "Modificação e rescisão de contrato", *in*: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 12, pp. 75-104.

Priess, H. J.

2006 "Setting Aside Concluded Contracts», *working paper* apresentado na 'Global Revolution III'", que decorreu em junho de 2006 na Universidade de Nottingham, no Reino Unido.

Quadros, Fausto de

2013 *Direito da União Europeia*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina.

Ramos, Rui Moura

1999 "As Comunidades Europeias – Enquadramento normativo-institucional", in: *Estudos de Direito Comunitário*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora,, pp. 7-108.

Silva, Susana Tavares da

2010a *Um novo Direito Administrativo*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

2010b *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

Treumer, Steen

2007 "Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules – the end of the status of concluded public contracts as sacred cows", in: *Public Procurement Law Review*, n.º 6, pp. 371-386.

2014a "Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive", *in*: *Public Procurement Law Review* n.º 3, pp. 148--155.

2014b "Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive", in: *Modernising Public Procurement: The New Directive (European Procurement Law Series)*, Djøf / Jurist- og Økonomforbundet, 2014, pp. 9-27.

A CONTRATAÇÃO PÚBLICA VERDE NO QUADRO DA NOVA DIRETIVA 2014/24/UE

Luís Filipe Mota Almeida

Abstract: *This paper focuses on the study of the new Directive 2014/24/EU from the point of view of green public procurement, analysing the main novelties on this domain and the challenges that the national legislators will face in the transposition to the national legal systems. It is argued that the Directive, always balancing principles of market competition, equality and non-discrimination, brings important innovations, that consolidate the advances that had been made in the past in this area, and brings a mitigation of the intense influence of neo-liberal and economic values on European Public Procurement Law, leaving enough openness that allows, in a logic of progressive evolution, for a true paradigm shift which means, in the context of public procurement, that environmental concerns are no longer a secondary policy agenda and become a key vector.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Critérios de adjudicação e ambiente. 3. Outras alterações avulsas importantes relativas à contratação pública verde. 3.1. Rótulos ecológicos. 3.2. A exclusão por razões ambientais e o *self-cleaning* ambiental. 3.3. A possibilidade de fixação de condições de execução de natureza ambiental. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Neste breve artigo temos o intuito de analisar a recente Diretiva 2014/24/UE, centrando-nos nas novidades ao nível da chamada contratação pública verde[1] e nos desafios que a sua transposição[2] coloca. Este é o nosso foco de análise

1 Estorninho, 2012: 418.

2 Em Portugal, o processo de transposição está em curso, tendo a Comissão de Revisão do Código dos Contratos Públicos (CCP) (Despacho n.º 3290/2016) elaborado um documento de trabalho com cerca de 300 artigos. Assim, optou-se por uma transposição através de revisão do CCP, em linha do que ocorreu na Alemanha, rejeitando-se uma solução de mera remissão da legislação aplicável à contratação pública para as disposições das diretivas diretamente aplicáveis (como ocorreu em Espanha) e adotando uma lógica que, mantendo o essencial da estrutura, corrige as deficiências existentes no CCP atualmente em vigor e

não só porque, obviamente, como vem assinalando alguma doutrina[3], "os mercados públicos, pelo peso que têm na economia, são considerados um importante instrumento de política ambiental europeia" já que a introdução nestes mercados de medidas e instrumentos de incentivo a uma contratação pública mais sustentável e amiga do ambiente permitiram uma alteração dos comportamentos das empresas, mas, por outro lado, também porque estamos a falar de um tema que traz para o quadro da contratação pública a discussão sobre as formas de reação (neste domínio) face ao contexto de alterações climáticas "que representa uma urgente e potencialmente irreversível ameaça para as sociedades humanas e para o planeta"[4]. No entanto, salvo honrosas exceções, infelizmente este é um tema que no contexto das discussões em torno das novas diretivas tem sido um pouco descurado pela doutrina (particularmente em Portugal) e, também por essa razão nos propomos a analisá-lo.

Antes de tudo gostaríamos de deixar claro que, em nosso entender, o termo "contratação pública verde" não se refere apenas à adoção de critérios de adjudicação de natureza ambiental (embora esta seja uma das dimensões mais óbvias deste conceito), sendo sim algo muito mais amplo, abrangendo, seguindo Francesco Schizzerotto[5], o conjunto dos "instrumentos jurídicos destinados a promover a gradual integração dos interesses ambientais na disciplina legislativa dos contratos públicos". Estamos, pois, perante "um dos vetores da contratação pública sustentável" na sua dimensão de sustentabilidade ambiental[6].

2. CRITÉRIOS DE ADJUDICAÇÃO E AMBIENTE

Os critérios de adjudicação são um dos aspetos em que mais e mais relevantes alterações ocorreram para a contratação pública verde. Estas alterações são complexas e por isso merecem um tratamento autonomizado neste ponto do artigo, que se focará na análise dos arts. 67.º e 68.º da Diretiva 2014/24/UE.

---

adota uma lógica não-minimalista. Esta é uma solução de aplaudir porque permite corrigir as deficiências múltiplas do atual CCP, assegurando alguma estabilidade (para os operadores económicos) já sem pôr em causa o edifício dogmático construído com o labor da doutrina e jurisprudência. Sobre a transposição da diretiva: Caldeira, 2015 e Estorninho, 2016a: 8-9.

3 Almeida, 2015: 279, Estorninho, 2016b: 32 e Pereira da Silva, 2016: 43.

4 Acordo de Paris (adotado pelos países participantes na 21.ª Conferência do Clima (COP 21), realizada em dezembro de 2015 e disponível na seguinte ligação em versão inglesa: http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf), p. 1.

5 Schizzerotto, 2004: 967.

6 Estorninho, 2012: 418.

Em primeiro lugar, temos a alteração constante do art. 67.º/2, que traz o afastamento do critério do "preço mais baixo" e a existência em exclusivo do critério da "proposta economicamente mais vantajosa". No entanto esta é uma solução que, tendo sido gerada de um intenso processo de discussão no quadro das instituições europeias[7], continua a gerar discussão entre a doutrina. Por um lado, temos aqueles autores[8] que vêm dizendo que a Diretiva veio introduzir uma mera alteração terminológica que, embora permita que na transposição os Estados-membros excluam a utilização do critério do "preço mais baixo" como critério único (art. 67.º/2), a verdade é que não veio eliminar ou proibir o critério do preço mais baixo, seja porque, por um lado, a Diretiva contem nos seus considerandos 90 e 92 e no art. 67.º/5 uma referência à possibilidade de a adjudicação se basear apenas no preço ou no custo, seja também, por outro lado, porque a única interpretação conforme aos princípios gerais dos contratos públicos vai no sentido de entender que a referência à "proposta economicamente mais vantajosa" deve ser entendida não como critério em sentido próprio (no sentido com que era usado nas Diretivas de 2004) mas como um critério com uma lógica global que inclui as três bases para adjudicação de um contrato público (que são o preço ou o custo e a melhor relação qualidade-preço, sendo o último facultativo e os primeiros obrigatórios). Por outro lado, outros autores[9], não divergindo totalmente da posição anteriormente apresentada (já que admitem a "evolução terminológica" defendida pela anterior posição) vêm sublinhar que esta alteração, ao afastar o critério do "preço mais baixo" no art. 67.º/2, vem permitir que os Estados-membros proíbam a utilização do critério do "preço mais baixo" ou o critério do custo como único critério de adjudicação, ou que restrinja a sua utilização a certas entidades adjudicantes ou a certos tipos de contratos, o que demonstra uma desconfiança clara do legislador europeu em relação ao critério do "preço mais baixo" que deve levar a uma reflexão séria e profunda do legislador português que, partindo do amplo debate que já se vem realizando no plano da União Europeia há algum tempo, procure reagir contra as consequências desastrosas do critério do "preço mais baixo" (já que, por exemplo, a longo prazo este critério pode trazer um sensível aumento das despesas), devendo criar-se mecanismos de incentivo ao uso do

7 Medeiros, 2014: 45-46.

8 Raimundo, 2014: 52-53, Fonseca, 2016: 52, Kotsonis, 2014: Ponto 6, Faustino, 2014: 124-125 e Almeida, 2014: 149-150 e 2015: 279-280.

9 Medeiros, 2014: 46-47 e Toledo, 2014: 21-23.

critério da "proposta economicamente mais vantajosa" e que tragam o abandono da cruzada incessante de "comprar barato". Pela nossa parte, é inequívoco que o legislador europeu demonstrou com esta opção uma clara desconfiança pelo critério do "preço mais baixo" e que se deve abrir a porta para uma reflexão profunda por parte da doutrina portuguesa. A verdade é que, como assinala a maioria da doutrina, aqui (quer na interpretação da Diretiva, quer na sua transposição para a ordem jurídica portuguesa) existe um critério com uma lógica global que inclui as três bases para adjudicação de um contrato público porque, por um lado, vivemos num contexto em que o critério do "preço mais baixo" é claramente o mais utilizado[10] (o que faz com que a sua eliminação só possa ocorrer com uma ampla reflexão prévia – que em Portugal não foi feita- e que a ser imposta implicaria uma maior suavidade) e a eliminação pura e simples deste critério seria absolutamente temerária já que traria alguns problemas (e em caso extremo poderia levar a uma imobilização da administração) e, por outro lado, a eliminação deste critério não faz sentido em certas aquisições mais simples, em que até contribui para a fluidez do procedimento e para a redução da litigiosidade[11]. Deste modo, da Diretiva podemos retirar uma orientação geral no sentido do abandono do critério do "preço mais baixo" (particularmente nos contratos com um maior grau de complexidade ou onde o objeto contratual apresente algum grau de abertura), o que é um aspeto importante para a contratação pública verde, já que traz uma maior clareza que permite abrir uma brecha na "ditadura do preço mais baixo"[12] marcada por um absolutismo economicista, a qual permite que se dê um passo em frente a favor de um modelo de desenvolvimento mais sustentável[13] e que permite uma melhor e mais inclusiva prossecução do interesse público.

Em segundo lugar, temos de sublinhar que um aspeto em que há um claro reforço da utilização estratégica dos contratos públicos para a persecução de políticas ambientais prende-se com a possibilidade, agora reforçada, de as entidades adjudicantes terem em conta critérios relacionados com a sustentabilidade

10 Representam, hoje, quase ¾ dos contratos celebrados. "Relatório da Contratação Pública em Portugal – 2013" (disponível na seguinte ligação: http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf), p. 61.

11 Raimundo, 2013: 53.

12 Faustino: 2014:125.

13 Toledo, 2014: 21 e 22.

dos bens e serviços em causa, devendo[14] fazer-se por duas vias distintas: ou incluindo externalidades ambientais nos custos a considerar, através do "custo do ciclo da vida", ou integrando os atributos ambientais dos produtos e serviços no conceito de "qualidade", que pode ser avaliado em termos de "relação qualidade-preço"[15].

Com a Diretiva surge, agora, consagrada a possibilidade de se utilizarem metodologias de avaliação do "custo do ciclo da vida" como método de avaliação das propostas[16] (artigos 67.º/2 e 68.º). Antes de mais, deve deixar-se claro que, como assinala alguma doutrina[17], esta metodologia não assume em exclusivo a referência de valor ligada aos preços de mercado, indo mais longe e pretendendo identificar "os impactes ambientais que um produto tem sobre o ambiente, durante todo o processo de produção, uso e reciclagem", e identificando-se os potenciais custos ambientais (expressos em termos monetários) que refletem as externalidades negativas geradas pelo produto, somando-se, assim, ao preço do produto este custo adicional. Deste modo temos aqui uma dupla dimensão[18], já que por um lado há uma óbvia dimensão de sustentabilidade ambiental (pois permite "promover compras públicas ambientalmente sustentáveis") e, por outro lado, há uma dimensão de sustentabilidade económica (pois permite uma alocação eficiente dos recursos e fundos públicos, já que pode haver um conjunto de poupanças financeiras que não seriam tidas em conta sem esta lógica aqui mais global). Embora alguma doutrina[19] afirme que não está em causa aqui uma inovação porque nada na Diretiva de 2004 ou na legislação interna impede a utilização desta metodologia de avaliação, havendo até referências a este método por exemplo na Diretiva 2009/33/CE, a verdade é que, em nosso entender, nesta Diretiva existe uma clara intenção de promoção e incentivo de utilização desta metodologia (o que é inédito) e abre-se a porta à discussão, no quadro das instituições europeias, sobre a criação de uma metodologia comum da União Europeia para o cálculo dos custos ao longo do ciclo da vida (a ser consagrada futuramente, o que traria a

14 Pereira da Silva, 2016: 48.

15 Almeida, 2015: 326.

16 Gonçalves, 2015: 61 e Estorninho, 2016b: 32.

17 Toledo, 2014: 24 e 25 e Almeida, 2014: 155-156.

18 Raimundo, 2013: 54.

19 Raimundo, 2013: 54 e Faustino, 2014: 127.

sua obrigatoriedade[20]), fazendo desta Diretiva um primeiro impulso para um grande salto em frente.

Há que dizer que aqui há duas grandes dificuldades trazidas pelo método de cálculo do custo da vida que têm de ser analisadas. Por um lado, temos de ter em conta as dificuldades que existem na escolha dos impactes a considerar, já que se é verdade que as entidades adjudicantes podem determinar os bens ambientais que querem proteger, também é verdade que esta margem de liberdade não pode ser total, devendo no mínimo haver uma adequação em face dos objetivos ambientais almejados[21]. Por outro lado, a determinação do valor monetário desses impactes também traz alguns problemas porque a Diretiva (art. 68.º/1 b)) apenas exige que estes impactes ambientais tenham uma expressão monetária para que possam ser tidos em conta pela entidade adjudicante[22], mas o processo de determinação desta expressão monetária é complexo já que está dependente de vários fatores (dos quais se destaca o próprio rendimento dos indivíduos que relevem para efeitos de valoração) e envolve escolhas que têm na sua base questões de ética distributiva[23]. Ora, problemático é o facto de aqui não existirem linhas de orientação quanto à forma como esta margem de liberdade pode ser utilizada pelas entidades adjudicantes, o que "pode levar à proliferação de critérios e valores monetários a considerar para os mesmos tipos de bens que, para além de colocar questões ao nível do respeito pelos princípios fundamentais de direito comunitário, é passível de pôr em causa o próprio mecanismo de internalização das externalidades na medida em que o mesmo só funcionará na medida em que sejam fornecidos aos operadores económicos incentivos claros relativamente ao sentido de orientação da sua actividade"[24]. De salientar ainda que, como tem assinalado a maioria da doutrina[25], aqui podem estar em causa não só os custos internos, mas também os custos ambientais externos, desde que eles sejam "monetarizáveis" e controláveis.

Quanto à possibilidade de se utilizar uma metodologia de avaliação que atende à "relação qualidade-preço" como método de avaliação das propostas,

20 Fonseca, 2016: 54.

21 Almeida, 2014: 156-162.

22 Raimundo, 2013: 54.

23 Almeida, 2014: 167 a 176.

24 Almeida 2014: 188.

25 Medeiros, 2014: 45, Estorninho, 2012: 439 e Fonseca, 2016: 53.

esta metodologia corresponde, no quadro da Diretiva de 2004, à "proposta economicamente mais vantajosa". Como já sublinhámos, podem ser integrados atributos ambientais dos produtos ou serviços em causa no conceito de "qualidade" que pode ser avaliado no quadro da metodologia da "relação qualidade-preço". Há aqui duas críticas que têm de ser feitas à Diretiva. Por um lado, a Diretiva impõe apenas obrigações de divulgação dos critérios considerados e dos respetivos pesos ou ordem de importância dos mesmos, mas nada se diz sobre as formas de conseguir a maximização de realização qualidade-preço. Face a esta crítica algumas notas têm de ser tiradas. Em primeiro lugar, importa sublinhar que os métodos de rácio e métodos baseados em adição ou subtração são viáveis apenas se as entidades adjudicantes disserem qual o método a utilizar e todas as variáveis importantes para que, assim, todos os concorrentes possam calcular *a priori* o resultado da sua proposta. Em segundo lugar, é de notar que a legislação portuguesa impõe o método da soma das pontuações ponderadas (art. 132.º/1 n) e art. 139.º/2 CCP), mas a verdade é que existem (pelo menos) mais dois métodos, que são o método do cálculo de rácios e o método de preços ajustados. Em terceiro lugar, embora alguma doutrina venha dizendo que os modelos de pontuação ponderada e de preços ajustados são equivalentes, a verdade é que, como assinalam Mats Bergman e Sofia Lundberg[26], o modelo de preços ajustados é superior por quatro razões: primeiro, porque aqui há uma avaliação mais linear; segundo, porque aqui a avaliação é feita numa unidade de medida monetária, havendo por isso uma maior familiaridade e fluidez; terceiro, porque este é um modelo mais simples já que, ao contrário do modelo de soma de pontuações ponderadas, aqui não é necessário que se recorra a preços de referência exógenos (o que pode violar "a regra da independência de alternativas irrelevantes" e trazer uma incorreta determinação desses preços, o que por sua vez traz ineficiências) e, também, não é necessário uma ponderação de atribuição de pesos (que é fonte de falhas); quarto, porque a Diretiva determina já a possibilidade deste modelo ser utilizado[27] (por exemplo, como acima já notámos, quando se permite para o cálculo dos custos incluir as externalidades ambientais através dos "custos de ciclo de vida", já que aí a entidade adjudicante somará os custos direta ou indiretamente por elas suportados aos preços propostos e adjudicará a proposta com o custo total mais baixo).

26 Bergman & Lundberg, 2013: 82.

27 Almeida, 2015: 328 e 329.

Por outro lado, a segunda crítica prende-se com o facto de a Diretiva não ter, relativamente à adjudicação com base na relação qualidade-preço, colocado certas restrições procedimentais (ao contrário do que acontece em relação à metodologia de "custos do ciclo da vida"). A verdade é que é evidente que esta adjudicação fica sujeita ao "mesmo tipo de cautelas" e a respeitar certo tipo orientações metodológicas porque só assim se garantirá o respeito pelos princípios gerais do direito e a eficiência económica e ambiental dos procedimentos de contratação pública[28]. Porém, a segurança jurídica aconselhava a uma maior prudência e clareza por parte do legislador europeu.

Assim, em nosso entender, as soluções das Diretivas nesta matéria são globalmente positivas, consolidando alguns aspetos que já constavam das Diretivas de 2004 e a que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (em diante designado como TJUE) vinha fazendo referência, abrindo as portas para que no futuro uma reforma estrutural do paradigma ocorra neste domínio, assegurando a harmonização da "inovação verde com os princípios da concorrência, igualdade e não discriminação"[29]. Naturalmente, apesar do inequívoco avanço dado pela Diretiva, existe ainda um importante papel, nesta matéria, a assumir pelo legislador nacional, que na transposição deve assegurar uma terminologia clara, tendencialmente objetiva e respeitadora de certos princípios estruturantes.

3. OUTRAS ALTERAÇÕES AVULSAS IMPORTANTES RELATIVAS À CONTRATAÇÃO PÚBLICA VERDE

3.1. Rótulos ecológicos

Os rótulos ecológicos[30] surgem referidos na Diretiva (no considerando 75 e nos artigos 43.º e 44.º), que vem introduzir um conjunto de alterações que, não sendo profundas, vêm trazer mais clareza e segurança jurídica, já que se delimita o alcance desta técnica e os critérios para a sua utilização[31], e vem, em vários

28 Almeida, 2015: 329.

29 Carvalho, 2015: 901.

30 Note-se, no entanto, que uma importante novidade da Diretiva é o alargamento da possibilidade de utilização de rótulos a outros sectores (embora o art. 43.º/1 fale só nos sectores ambiental e social, fá-lo em termos não taxativos – "ou outro"). Tal é um avanço, já que a Diretiva de 2004 só fazia referência (taxativa) aos rótulos ambientais (art. 23.º/6).

31 Toledo, 2014: 18.

momentos, acolher alguns contributos da jurisprudência do TJUE. Assim, há aqui três planos essenciais de alterações (em face da Diretiva 2004/18/CE).

O primeiro plano prende-se com a definição (nos artigos 2.º/23 e 24 e 43.º/1 da Diretiva), pela primeira vez nas diretivas sobre contratação pública, dos conceitos de rótulo[32] e de requisitos de rotulagem, que traz o alargamento do conceito de rótulo a uma dimensão não exclusivamente ecológica e o alargamento da possibilidade de utilização de rótulos em obras, que se vêm juntar aos serviços e fornecimentos de bens (que já constavam da Diretiva de 2004). Assim, em contratos em que esteja em causa uma destas situações é possível que as entidades adjudicantes exijam, nas especificações técnicas, nos critérios de adjudicação ou nas condições de execução do contrato, um rótulo ecológico que prove que se cumprem as características ambientais exigidas.[33]

O segundo plano prende-se com as alterações quanto às condições necessárias para a utilização de rótulos ecológicos, tendo havido a clarificação e a consagração de novas condições e exigindo-se que todas as 5 condições sejam preenchidas. Deve-se, dentro deste plano, individualizar-se 6 subplanos, cada um referente às condições para a utilização de rótulos e às respetivas alterações.

Num primeiro subplano temos a clarificação da primeira condição que, ao lado da exigência de que os requisitos de rotulagem sejam apropriados, vem exigir que tais requisitos estejam ligados ao objeto do contrato. Estas alterações são mais complexas do que aparentam. Por um lado, a alteração que vem exigir a ligação ao objeto do contrato é inspirada na jurisprudência do TJUE[34] e no art. 53.º/1 a) da Diretiva de 2004, sendo, no entanto, de notar que esta é uma alteração meramente clarificadora já que, mesmo no quadro da Diretiva de 2004, alguma jurisprudência do TJUE[35] e a doutrina[36] já o vinham dizendo no contexto do anterior do art. 23.º/6, retirando esta condição da expressão "adequadas" (conjugando com a doutrina do Acórdão *Concoordia Bus* e com o art. 53.º da anterior Diretiva). Por outro lado, a utilização da expressão "apropriados" (ao invés de "adequadas") vem trazer uma alteração que não é

32 Anotando criticamente a falta desta definição na contratação pública pré-2014, Wilsher, 2009: 410.

33 Toledo, 2014: 17.

34 Acórdão do TJUE de 17 de dezembro de 2012, Caso *Concordia Bus*, Processo C-513/99.

35 Acórdão do TJUE de 10 de maio de 2012, caso *Comissão v. Reino dos Países Baixos*, processo C-368/10.

36 Wilsher, 2009: 426-427.

meramente terminológica, já que se trata de uma expressão mais específica e exigente (uma vez que em termos etimológicos aquilo que é apropriado é sempre adequado, mas aquilo que é adequado pode não ser apropriado), que vem fazer com que aqui deixe de haver uma mera lógica de ligação ao objeto do contrato e de respeito pelas restantes condições constantes da Diretiva[37] e passe a haver uma lógica mais exigente que procura, também, ver se o benefício ambiental existe efetivamente e é tangível.

O segundo subplano prende-se com a segunda condição, que vem exigir que os requisitos de rotulagem se baseiem em critérios objetivamente verificáveis e não discriminatórios, o que confere um maior rigor terminológico-cientifico, uma maior flexibilidade e segurança jurídica, conjugados com o apelo ao princípio da igualdade e dá resposta a algumas críticas que existiam no quadro das Diretivas de 2004. Esta alteração é muito importante porque a solução de 2004 era demasiado vaga, o que gerava uma forte incerteza e trazia um efeito contraproducente, sem benefícios ambientais demonstráveis, em que ou havia a manipulação dos critérios ecológicos para favorecer os produtores nacionais ou havia muito receio por parte das entidades adjudicantes em recorrer aos rótulos ecológicos[38]. Deste modo, claramente, no que toca aos rótulos ecológicos, esta solução traz um grande avanço nesta matéria sensível, em que está em causa a gestão do risco, trazendo no fundo a adoção de termos mais jurídicos que permitem a prevalência clara de um princípio da precaução que faz um apelo à proporcionalidade entre custo/benefício e exige que todas as medidas de combate ao risco sejam tomadas na medida das possibilidades da entidade, permitindo que certas atividades sejam afastadas mas sem absolutizar certos valores numa lógica de risco zero[39].

O terceiro subplano também já surgia no quadro da Diretiva de 2004 mas está mais preciso, já que se deixa claro que esta condição se refere à adoção dos rótulos (e não à criação) e que implica um procedimento aberto acessível a todas as partes interessadas (algo que já se podia retirar indiretamente da Diretiva de 2004) e traz uma novidade que é uma exigência de transparência do procedimento. A verdade é que esta exigência de transparência e abertura do procedimento de adoção de rótulos ecológicos não é surpreendente já que já

37 Defendida (no contexto da anterior directiva) por Wilsher, 2009: 426-427.

38 Wilsher, 2009: 427.

39 Adotando uma lógica de risco zero e absolutizando o bem vida, consulte-se o Acórdão do TJUE de 11 de setembro de 2003, caso *Pfizer Animal Health SA v. Conselho*, Processo T-13/99.

há algum tempo que o TJUE vem dizendo que em todas as fases dos processos de adjudicação dos contratos públicos (e tudo o que com elas está conexo) deve respeitar-se os princípios da igualdade de tratamento, de não discriminação e transparência[40]. Assinale-se, também, que neste subplano uma alteração relevantíssima prende-se com a introdução do termo "designadamente", que faz com que a enumeração dos interessados em participar no procedimento seja meramente exemplificativa, o que pode permitir acautelar melhor os interesses dos produtores e consumidores transfronteiriços/de outros Estados-membros (e não só dos nacionais), evitando, seguindo as palavras de Poiares Maduro[41], "a sub-representação dos interesses dos nacionais de outros estados-membros" ou uma possível feição nacionalista que não são compagináveis com o contexto de "federalismo normativo"[42] em que vivemos.

O quarto subplano prende-se com a alínea *d)* do 43.º/1 da Diretiva, que é a única condição que se manteve inalterada, tendo sofrido cirúrgicas alterações de formulação que em nada alteraram o seu conteúdo. Esta uma condição está intimamente ligada à que referimos no subplano anterior, sendo que aqui há essencialmente uma exigência de publicidade das regras sobre o que o rótulo ecológico exige, devendo a bússola desta condição ser uma ponderação da proporcionalidade (que impede que surjam regras secretas ou que usem termos técnicos obscuros, mas impede também que se exijam obrigações excessivamente onerosas) [43].

O quinto subplano liga-se à alínea *e)* do art. 43.º/1 da Diretiva, que vem exigir o estabelecimento dos requisitos de rotulagem, o que visa assegurar a transparência e a defesa da concorrência.

O sexto subplano prende-se com uma condição adicional que surge no considerando 75 da Diretiva e que vem exigir que a referência aos rótulos ecológicos não tenha por efeito restringir a inovação. Esta é uma alteração redundante que já se podia retirar da primeira condição, mas que tem o intuito de reforçar a ideia de incentivo à inovação (que é um dos objectivos-chave da Diretiva), embora os termos em que está formulada possam levar a um vazio total.

---

40 Kotsonis, 2012: 234-244.

41 Maduro, 1998: 173.

42 Otero, 2003: 471.

43 Wilsher, 2009: 429-430.

O terceiro plano serve para assinalar que a Diretiva acolhe neste domínio a influência clara da jurisprudência do TJUE[44], particularmente no 43.º/1, já que aí, apesar de se dizer apenas que as entidades adjudicantes "podem […] exigir" um rótulo ecológico, a verdade é que, em primeiro lugar, também se estabelece que a exigência de que o rótulo deve servir "para atestar que as obras, fornecimentos ou serviços correspondem às características exigidas"; em segundo lugar, o penúltimo parágrafo do art. 43.º/1 vem estabelecer que as entidades adjudicantes que exijam um rótulo ecológico deverão aceitar todos os rótulos que confirmem que as obras, serviços ou fornecimentos cumpram requisitos equivalentes; e finalmente, em terceiro lugar, o último parágrafo do art. 43.º/1 da Diretiva regula as situações em que um operador económico, por razões que não lhe sejam imputáveis, não pode obter um rótulo específico indicado por a entidade adjudicante ou um rótulo equivalente e determina que a entidade adjudicante deverá aceitar outros meios de prova adequados que demonstrem que as obras, fornecimentos ou serviços cumprem os requisitos do rótulo exigido. Assim, estes três aspetos mostram-nos que, embora a entidade adjudicante possa exigir (na documentação do contrato) um rótulo afeto a uma certa obra, fornecimento ou serviços com requisitos determinados, deve, no entanto, aceitar qualquer outro meio de prova adequado para tal fim, como um expediente técnico do fabricante ou um informe de provas de um organismo reconhecido[45]. De todo o modo, convém deixar claro que a responsabilidade de demonstrar a equivalência com o rótulo exigido recai sobre o próprio operador económico, havendo um dever de fundamentação por parte da entidade adjudicante quando entenda que não há esta equivalência.

Assim, é inegável que a Diretiva reforça a lógica já patente na Diretiva de 2004, que entende que os rótulos ecológicos são poderosos instrumentos de que as entidades adjudicantes dispõem para promover certas "metas ambientais"[46], já que, para além desse reforço ser patente na referência aos rótulos num artigo

44 Acórdão do TJUE de 10 de maio de 2012, caso *Comissão v. Reino dos Países Baixos*, processo C-368/10. Neste caso o TJUE determinou, entre outras questões, que, por um lado, os princípios estabelecidos nos Tratados da União Europeia revestem uma importância crucial no que se refere às especificações técnicas devido aos riscos de discriminação associados à sua escolha e, por outro lado, a regulação em matéria de contratos públicos não permite que a entidade adjudicante estabeleça um rótulo ecológico como especificação técnica, já que só pode ser utilizado como presunção de que os produtos nele previstos se ajustam às características definidas, sem prejuízo de qualquer meio de prova adequado.

45 Arrowsmith, 2009: 203.

46 Wilsher, 2009: 410.

autónomo e de existir uma lógica de desburocratização[47], há que sublinhar que as soluções globalmente consideradas nesta matéria são muito detalhadas e dão cobertura legislativa a certas soluções da jurisprudência do TJUE, trazendo "uma solução que equilibra os princípios da concorrência de mercado, igualdade e não discriminação com a implementação de políticas horizontais"[48]. É questionável (face à dimensão administrativa e financeira em jogo) que o incentivo ao uso dos rótulos ecológicos pela Diretiva (nos termos em que está formulado) seja compatível com o objetivo de alargamento da contratação pública às Pequenas e Médias Empresas[49].

3.2. A exclusão por razões ambientais e o *self-cleaning* ambiental (?)

Uma das grandes novidades (embora previsível[50]) da Diretiva 2014/24/UE é a consagração do mecanismo de *self-cleaning* que consta do art. 57.º/6 da Diretiva e que, no fundo, permite que, uma vez que se verifique a exclusão de um operador económico (por verificação de uma causa de exclusão) da participação num procedimento de contratação, é possível, por via do n.º 6, que esse operador, mediante prova suficiente de que tomou medidas tendentes a atenuar ou ressarcir os eventuais danos causados pela falta grave ou infração penal que levou à exclusão, seja readmitido e não excluído. Há aqui uma lógica inclusiva de regulação dos contratos públicos[51] que evita uma absolutização dos interesses que justificam a exclusão (o que é uma decorrência do princípio da proporcionalidade[52]) e institui um limite à discricionariedade que existe nas causas de exclusão facultativas, havendo um mecanismo que é corolário dos princípios da igualdade e da não-discriminação[53]. Em síntese, o *self-cleaning* é uma hipótese incontornável na nova Diretiva, que não consente uma exclusão perpétua, sem hipóteses de remissão, devendo entender-se que um determinado evento no passado só deve ser impeditivo da participação em procedimentos pré-contratuais no futuro caso existam razões fundamentadas para isso.

---

47 Ihamäki, Ooij & Panne, 2014: 35.

48 Carvalho, 2015: 899.

49 Uma lógica de harmonização talvez clamasse para que nesta matéria se tivesse (tal como ocorreu noutras matérias) adotado uma lógica mais inclusiva das PME através de medidas de discriminação positiva.

50 Veja-se por exemplo: Arrowsmith, PrieB & Friton, 2009: 257 e ss.

51 Raimundo, 2013: 48.

52 Arrowsmith, PrieB & Friton, 2009: 276 a 278.

53 Arrowsmith, PrieB & Friton, 2009: 278 a 280.

A abordagem deste tema parece-nos relevante porque a Diretiva no art. 57.º/4 a), conjugado com o art. 18.º/2, vem permitir que uma entidade adjudicante (por sua iniciativa ou a pedido dos Estados-Membros) exclua do procedimento os operadores económicos se verificar que existe a violação de alguma das obrigações que lhes é imposta pelo Direito da União Europeia ou pelo Direito Internacional em matéria ambiental[54] [55]. Em face da proposta inicial[56] há alguns pontos a assinalar. O primeiro ponto é positivo e é a possibilidade de a exclusão ocorrer a pedido dos Estados-Membros[57], que é uma alteração muito importante pela complexidade e importância que esta causa de exclusão tem. O segundo ponto é negativo e prende-se com o facto de, face à delicadeza que esta causa de exclusão assume e aos impactos que ela pode implicar para a comunidade, acharmos que seria preferível a introdução desta causa de exclusão no elenco do n.º 1 do art. 57.º, o que faria com que neste caso estivéssemos perante uma causa de exclusão não meramente facultativa, mas sim verdadeiramente obrigatória. No entanto, reconhecemos que este talvez seja um passo demasiado grande para o atual momento e reconhecemos, também, que este é um primeiro passo que permite a "sanção por violação de legislação ambiental vinculativa"[58] (que não era algo possível no quadro das anteriores gerações de diretivas). O terceiro ponto tem uma natureza semântica. Entendemos que teria sido preferível ter optado pela referência expressa a este motivo de exclusão (tal como acontecia na proposta original) ao invés da solução remissiva que acabou por vingar. Em síntese, esta causa de exclusão constante do art. 57.º/4 a) da Diretiva é uma situação claríssima daquilo que certa doutrina[59] designa de exclusão como "forma de publicitação e promoção de certos valores defendidos pelo legislador europeu" e de

54 Carvalho, 2015: 900.

55 Note-se que em relação ao 57.º/3 da Diretiva refere Pernas García que este "artigo dá guarida a situações acidentais ou de contaminação importante nas quais em que por razões técnicas só existe um operador económico com capacidade para realizar a prestação, e que está afetado por alguma das causas de exclusão obrigatória", podendo assim os interesses ambientais funcionar como fundamento para afastar excecionalmente causas de exclusão obrigatória do procedimento. García, 2014: 361.

56 Sobre a proposta inicial da nova Diretiva relativa aos contratos públicos de 20/12/2011: Estorninho, 2012: 437 e Matias, 2013: 40.

57 Em sentido distinto, entendendo que a expressão "podem ser solicitadas pelos Estados-Membros" permite uma maior flexibilidade na transposição: Mars, 2015: 11-12.

58 Estorninho, 2012: 437.

59 Arrowsmith, PrieB & Friton, 2009: 273.

conseguir uma mudança cultural no sentido de aceitação desses valores pela sociedade[60] [61] [62].

Ora, face a esta nova causa de exclusão, será que é possível um *self-cleaning* ambiental (que contorne a exclusão do procedimento por razões ambientais)? Há três notas que queremos deixar claras. Em primeiro lugar, note-se que, como assinala Sue Arrowsmith[63], a lógica constante no considerando 102 permite que os Estados-membros tenham bastante discricionariedade nos moldes de transposição desta possibilidade de *self-cleaning*, o que, em nosso entender, permite que os Estados-membro densifiquem esta solução e consagrem a possibilidade de, perante quaisquer infrações ou faltas graves geradoras de violação da legislação ambiental, os operadores económicos poderem adotar medidas de execução destinadas a remediar as consequências dessas falhas e a prevenir eficazmente a sua repetição no futuro. Em segundo lugar, a existência de um *self-cleaning* ambiental parece não ser, em nosso entender, algo abusivo já que é totalmente reconduzível à *ratio* e objetivos visados por esta figura (que em cima referimos). Em terceiro lugar, embora em termos gerais e seguindo a posição de Miguel Raimundo[64] sejamos a favor que nesta matéria haja um sistema

60 Note-se, porém, que Sylvia de Mars entende que teria sido preferível (por razões de simplicidade e flexibilidade) reconduzir esta causa de exclusão e outras causas a uma cláusula geral referente à exclusão "por falta profissional grave", já que este conceito, seguindo a jurisprudência do TJUE (particularmente o Acórdão do TJUE de 13 de dezembro de 2012, caso *Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. contra Poczta Polska SA*, Processo C-465/11), inclui todos os atos ilícitos que têm um impacto sobre a credibilidade do operador. Para desenvolvimentos sobre esta posição veja-se: Mars, 2015: 13. Pela nossa parte discordamos desta visão, na medida em que a consagração expressa desta causa de exclusão serve, como já sublinhámos, para a acentuar a importância de certos valores defendidos pelo legislador europeu e para conseguir uma mudança de mentalidades. A não-consagração expressa desta causa de exclusão deixaria clareiras inaceitáveis que abririam espaço para que, como até aqui, esta fosse uma causa de exclusão menorizada, desprezada e esquecida e que reflete uma visão desatualizada de desprezo pela defesa do ambiente.

61 De assinalar que interligado a esta causa de exclusão temos a novidade que surge no art. 69.º/2 d), conjugado com o n.º 3, que vem impor que as propostas anormalmente baixas sejam obrigatoriamente excluídas pelas entidades adjudicantes quando isso aconteça pelo facto de a proposta violar legislação ambiental vinculativa. Esta é uma situação em que a violação de legislação ambiental vinculativa pode ser motivo de exclusão obrigatória.

62 Assinala, no entanto, Rui Medeiros que as novidades constantes do art. 69.º/2d) e do art- 57.º/4 a), conjugado com o 18.º/2, não vão trazer grandes alterações em Portugal na medida em que a lógica subjacente a estes preceitos já se pode retirar do art. 70.º/2 f) CCP, uma vez que aí se fala em "violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis" (Medeiros, 2014: 44). Note-se que a Diretiva traz uma exigência de clarificação nesta matéria, não se bastando com a lógica aberta que consta do art. 70.º/2 f) e, por outro lado, há que ter em conta que num caso temos um dever de exclusão e no outro não necessariamente (pelo que não deve haver uma bitola uniforme).

63 Arrowsmith, 2014: 1272.

64 Raimundo, 2013: 48.

descentralizado em que exista "um contraditório *ad hoc* dirigido a discutir se o operador pode ter acesso àquele procedimento" e que se desenvolve entre a entidade adjudicante e o operador visado, a verdade é que, excecionalmente e apenas no quadro do *self-cleaning* ambiental, entendemos que deverá haver um sistema centralizado em que a decisão final seja assumida por um órgão ou entidade central, mais concretamente (em Portugal) pela Agência Portuguesa do Ambiente (em diante, APA), já que assim conseguiríamos decisões mais coerentes, rigorosas e conscientes (note-se nesta lógica que esta apreciação especializada é algo muito importante face à delicadeza das matérias aqui em causa, que são extremamente complexas e eminentemente técnicas, não estando um técnico comum da administração capacitado para esta apreciação). Além do mais, é algo vantajoso para todos os envolvidos (quer para a entidade adjudicante, quer para o operador económico visado, quer para os cidadãos no geral). Note-se, no entanto, que para isto ser possível é necessário que a lei o preveja, que haja contraditório e que a decisão seja fundamentada (e seja passível de impugnação).

3.3. A possibilidade de fixação de condições de execução de natureza ambiental

A regulação da matéria da execução dos contratos é uma novidade importante que faz eco de um conjunto de posições do TJUE, trazendo a adoção de uma postura regulatória mais ampla e preocupada com a regulação substantiva dos contratos públicos (e não apenas centrada nos aspetos referentes à formação dos contratos, como acontecia nas anteriores gerações de Diretivas)[65], pondo de lado definitivamente a ideia de que o desempenho e a execução dos contratos públicos é uma área irrelevante à luz do Direito da União Europeia[66]. Apesar de esta matéria levantar relevantíssimas questões sobre as quais muita coisa gostaríamos de dizer, por razões de economia de tempo vamos limitar-nos a analisar o art. 70.º da Diretiva. Esta análise é importante porque, como assinala Sue Arrowsmith[67], este é um dos melhores meios para promover políticas ambientais (porque é aqui que efetivamente se conseguem atingir os objetivos de sustentabilidade e assegurar uma verdadeira prossecução de certos interesses ambientais e a redução do impacto ambiental do contrato).

65 Raimundo, 2014: 162.

66 Medeiros, 2014: 49.

67 Arrowsmith, 2009: 159.

O art. 70.º é particularmente interessante, estabelecendo-se que as entidades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução[68] de um contrato em matéria ambiental, desde que tais condições estejam relacionadas com o objeto do contrato[69] e que constem do anúncio do concurso ou dos documentos do concurso. Em primeiro lugar, importa sublinhar que as considerações de natureza ambiental que aqui podem estar em causa (sendo condições especiais de execução), como assinala López Toledo[70], condições de desempenho relativas a questões ambientais, tais como condições referentes aos produtos (entrega, embalagem e eliminação), à minimização de resíduos ou à eficiência energética. Em segundo lugar, importa sublinhar que, embora este artigo tenha como antecedente o art. 26.º da Diretiva 2004/18/CE, a solução hoje adotada traz mais avanços em matéria ambiental. Por um lado, ao passo que a anterior Diretiva usava o termo "designadamente", o que nos levava a crer que estávamos perante um elenco exemplificativo, hoje a Diretiva já não utiliza tal termo, o que parece indicar que passa a haver um elenco taxativo[71] da natureza das condições de execução dos contratos. Por outro lado, existe uma inserção sistemática distinta, já que na Diretiva de 2004 o artigo 26.º inseria-se no capítulo referente às regras relacionadas com o caderno de encargos e com os documentos do concurso, ao passo que o art. 70.º da nova Diretiva se insere num capítulo referente à execução de contratos, o que revela uma clara intenção de operacionalizar esta norma, transportando-a de uma dimensão meramente formal, enunciatória e preliminar inserida numa lógica de formação do contrato para uma dimensão mais material, efetiva, prática e mais controlada numa lógica de verdadeira execução do contrato[72]. Em terceiro e último lugar, teria sido interessante que se tivesse previsto na Diretiva um mecanismo de controlo do cumprimento destas condições especiais de execução, mas tal não foi a opção do legislador europeu[73].

68 Considerando 104.

69 Veja-se o art. 63.º/3.

70 Toledo, 2014: 27.

71 Em sentido contrário, defendendo que aqui está em causa um elenco exemplificativo: Rodrigues, 2014: 77.

72 Note-se também que esta alteração sistemática também acentua e clarifica a diferença entre critérios de adjudicação e condições de execução do contrato.

73 De notar que estes mecanismos de controlo para além dos mecanismos de controlo próprios da entidade adjudicante deveriam prever, mediante certos limites, a previsão de uma fiscalização externa técnica do cumprimento destas condições por entidades especializadas em matéria ambiental (no caso, em Portugal, a mais indicada seria a APA).

De sublinhar ainda que a Diretiva (no art. 71.º, sendo de destacar particularmente o n.º 6 *b)*, e o considerando 105) demonstra uma grande preocupação com a regulação de aspetos ligados à subcontratação, estabelecendo um controlo especial da subcontratação durante a execução do contratos de modo a reforçar a transparência e a fluidez de informação com o intuito de assegurar o cumprimento das obrigações aplicáveis no domínio ambiental[74], sendo aconselhável, na lógica do considerando 105, que haja aqui a intervenção de certas agências de proteção do meio ambiente[75] (em Portugal, mais uma vez, em nosso entender deveria ser a APA) que, no âmbito das suas funções e poderes, controlem e fiscalizem o cumprimento das obrigações de natureza ambiental por parte do subcontratante.

4. CONCLUSÃO

A regulação de matérias referentes (direta ou indiretamente[76]) à contratação pública verde no quadro da Diretiva deve ser encarada com uma visão

74 García, 2014: 361.

75 Toledo, 2014: 27.

76 Inserem-se aqui as parcerias para a inovação que surgem no art. 31º da Diretiva, assumindo uma lógica "de quasi-mercado" que pode ter um importante impacto económico, sendo um procedimento autónomo (no mesmo sentido: Gonçalves, 2015a: 23 e 2015b: 59; Em sentido oposto: Kotsonis, 2014: 175), com requisitos específicos e que se insere na lógica da estratégia "Europa 2020". Este Procedimento (eventualmente e dependendo da utilização que lhe é dada) insere-se no quadro da Contratação Pública verde já que pode ser uma forma de fazer-se surgir um conjunto de importantes progressos de natureza ambiental que contribuam para uma maior sustentabilidade. Em Portugal, o grande obstáculo à utilização desta figura parece apenas ser o facto de ela implicar um dispêndio de recursos financeiros e de tempo que podem ser excessivos no quadro de contenção orçamental em que vivemos porque a dimensão do mercado português e a qualidade da investigação cientifico-técnica do nosso país não serão certamente um obstáculo à utilização desta figura. No nosso país, a tarefa de transposição assume particular importância já que, em nosso entender, está nas mãos do legislador conseguir transpor este mecanismo de forma a evitar que este seja vetado à insignificância e irrelevância prática, tal como aconteceu com o diálogo concorrencial no nosso país (por exemplo, "Relatório da Contratação Pública em Portugal – 2013", pp. 28 e ss.). Este é um procedimento que pode ter grande valia em matéria ambiental, já que parece ser uma forma de, cumprindo um dos corolários da estratégia "Europa 2020", incentivar o surgimento e o desenvolvimento de soluções inovadoras com potencial de redução das emissões de CO2, tais como, por exemplo, o desenvolvimento de sistemas sustentáveis de iluminação exterior e interior (sendo que em certos Estados-membros da União Europeia – veja-se o exemplo de Kolding na Dinamarca que adotou sistemas LED de iluminação interior – e em Portugal – veja-se o caso do município de Cascais que adotou um sistema LED de iluminação pública – tem-se introduzido sistemas de iluminação LED, no entanto estes sistemas têm sido considerados inviáveis por alguns estudos – por exemplo na Dinamarca – devido à fase de desenvolvimento muito embrionária em que se encontram pelo que as parcerias podem ser um bom mecanismo para, desenvolvendo estes sistemas, se conseguir enfrentar e colmatar estas falhas de viabilidade. Note-se, no entanto, que quanto às dúvidas levantadas por alguma doutrina em relação à aplicação deste instrumento a verdade é que muitas delas podem ser clarificadas na transposição da Diretiva pelos Estados-membro, ainda que entendamos, seguindo a posição de Andrecka, 2015: 61 e 62, que seria de louvar uma intervenção da Comissão no

intermédia. Portanto, há que rejeitar, por um lado, a visão conservadora de Rui Medeiros[77], que afirma que a Diretiva, embora traga um pequeno reforço das políticas públicas de promoção do ambiente e inovação, não é particularmente inovadora e, por outro lado, a visão excessivamente otimista de Raquel Carvalho[78] que, indo mais longe (conjugando as novidades da Diretiva com os considerandos 2 e 41), afirma que a Diretiva faz com que as preocupações ambientais deixem definitivamente de ser consideradas como "secundárias" para passarem a ser assumidas no plano de outras políticas europeias. Pela nossa parte entendemos que esta Diretiva, sempre numa lógica de equilíbrio dos princípios da concorrência de mercado, da igualdade e da não discriminação, traz importantes inovações e novidades e vem consolidar os avanços que se haviam dado nesta matéria na Diretiva de 2004 e através do desenvolvimento dado pelo TJUE, mitigando-se, por esta via, ainda mais (e no seguimento daquela que vinha sendo a tendência dos últimos anos- particularmente desde 2004) a forte influência por valores neoliberais e economicistas sobre o direito europeu dos contratos públicos[79]. Note-se que, no entanto, as preocupações ambientais não deixam de estar na órbita das políticas secundárias. Pode é dizer-se que aqui há um conjunto de avanços que de forma pragmática deixam uma abertura suficiente que permite que no futuro (quer por via do desenvolvimento jurisprudencial do TJUE, quer por via de futuras novas Diretivas no campo da contratação pública), numa lógica de evolução progressiva, haja uma verdadeira mudança de paradigma que faça com que, no quadro da contratação pública, as preocupações ambientais deixem de estar num plano de políticas secundárias e passem a ser um vetor fundamental.

A contratação pública verde levanta enormes desafios aos legisladores nacionais que assumem um papel fundamental na transposição desta Diretiva, devendo procurar, no respeito pelas opções fundamentais da Diretiva, aprofundar (na medida do possível) as soluções da Diretiva, clarificando-as e evitando, assim, o caminho facilitista do mimetismo das soluções das Diretivas (que, como vimos, foi o que ocorreu em Espanha, relativamente a esta Diretiva, devido à crise política ali existente) e que é uma prática comum no ordenamento

sentido de clarificar alguns aspetos problemáticos de modo a assegurar uma aplicação adequada deste instituto e que ele seja corretamente compreendido e desenvolvido.

77 Medeiros, 2014: 43 a 45.

78 Carvalho, 2015: 897.

79 Kunzlik, 2013: 283-356.

jurídico português[80], ainda que não necessariamente neste importante sector. Seguindo Paulo de Pitta e Cunha[81] e à luz do que fomos dizendo ao longo deste artigo, a Diretiva 2014/24/UE, ainda que muito densa (como é apanágio das Diretivas em matéria da contratação pública), não se insere na cada vez mais dominante tendência de "regulamentização" das Diretivas, na medida em que aqui existe, dentro de alguns limites importantes que visam assegurar uma certa harmonização e aproximação das legislações nacionais, uma lógica flexível e uma efetiva margem de liberdade, de escolha e de criatividade dos Estados-Membros na transposição da Diretiva.

Por fim, é de notar que esta Diretiva consagra uma visão da proteção do ambiente com uma lógica de um "antropocentrismo ecológico" que, como bem assinala Vasco Pereira da Silva[82], entende que, no quadro dos contratos públicos, o ambiente deve ser tutelado pelo Direito e que a sua preservação é condição necessária para a realização da dignidade da pessoa humana. Esta Diretiva foi importante porque trouxe o abandono em definitivo de uma visão utilitarista pura. Porém, é também de sublinhar que é possível (e aconselhável) que se avance (ainda mais) para uma outra visão da proteção do ambiente na contratação pública, cuja adoção depende de um amplo processo de discussão no quadro das instituições europeias e dentro dos Estados- Membros[83]. A visão de que falamos não é uma visão "ecocêntrica"[84], mas sim uma visão assente no "biocentrismo"[85], que é uma "nova base ética normativa de proteção do ambiente" que parte de uma visão moderna de meio ambiente (que diz que a natureza tem um valor imanente e "independente da apreciação utilitarista",

80 Antunes, 2000: 83. Porém este não é um problema exclusivo do ordenamento jurídico português, tal como assinala Ettner, 2013: 370-371.

81 Pitta e Cunha, 2006: 46.

82 Pereira da Silva, 2005: 25-35.

83 Isto porque, em nosso ver, os problemas específicos do Direito do Ambiente só podem ser combatidos através de um "postulado globalista", que é uma visão que afirma que a proteção do ambiente deve ser feita "ao nível de sistemas jurídico-políticos, internacionais e supranacionais, de forma a que se alcance um standart ecológico ambiental razoável em nível planetário e, ao mesmo tempo, se estruture um responsabilidade global (de Estados, organizações, grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental". É certo que este tem sido o postulado dominante e que os resultados não têm sido suficientemente fortuitos para serem eficientes no combate às alterações climáticas, mas a verdade é que essa ineficiência tem advindo do paradigma escolhido. Canotilho, 2001: 10-11.

84 Esta visão ecocêntrica existe no quadro do ordenamento jurídico boliviano (tendo vindo a influenciar outros países da América do Sul).

85 Sobre esta visão: Sirvinskas, 2010.

mas também que a natureza "constitui valores de uso económico direto ou indireto" do Homem) e que, numa lógica de conciliação, coloca o meio ambiente e o Homem no centro do universo, dizendo que a natureza deve ser protegida para as presentes e futuras gerações por ser sujeito de Direito e para a utilização humana racional e sustentável (utilidade económica direta do Homem).

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Teresa Marques de

2014 "A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista ambiental: internalização de externalidades ambientais pelos critérios de adjudicação", in *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Volume LVII, Tomo I, pp. 147-194.

2015 "A relação qualidade ambiental-preço (ou custo) enquanto critério de adjudicação dos contratos públicos", in *Boletim de Ciências Económicas*, Volume LVIII, pp. 278-333.

Andrecka, Marta

2015 "Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?", in *Public Procurement Law Review*, n.º 2, pp. 48-62.

Antunes, Luís Filipe Colaço

2000 *Para um Direito Administrativo de Garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*, Coimbra: Almedina.

Arrowsmith, Sue

2009 "Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review" in Sue Arrowsmith e Peter Kunzlik (coordenação), *Social and environmental policies in EC Procurement*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 147-248.

2014 *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. I, 3.ª edição, Londres: Sweet & Maxwell.

Arrowsmith, Sue, Prieb, Hans-Joachim & Friton, Pascal

2009 "Self-Cleaning as Defence to exclusion for Misconduct: an Emerging concept in EC Public Procurement Law?", in *Public Procurement Law Review*, n.º 18, pp. 257-282.

Bergman, Mats & Lundberg, Sofia

2013 "Tender evaluation and supplier selection methods in public procurement", in *Journal of Purchasing and Supply Management*, n.º 19, pp. 73–83.

Blay, Miguel Ángel Bernal

2014 "The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation", in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, n.º 1, pp. 3-11.

Caldeira, Marco

2014 "Breves Reflexões sobre a Transposição das Directivas de contratação Pública de 2014: Precisaremos de um Novo Código dos Contratos Públicos?", in

e-pública – Revista electrónica de Direito Público, n.º 5, julho 2015, disponível em: http://e-publica.pt/reflexoes-sobre-a-transposicao.html.

Canotilho, José Joaquim

2001 "Estado constitucional ecológico e democracia sustentada" in *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, ano IV, n.º 2, pp. 9-16.

Carvalho, Raquel

2015 "Contratação pública e ecoinovação», in P. Otero, C. Amado Gomes & T. Serrão (orgs.), *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Coimbra: Almedina, pp. 881-904.

Faustino, Paula Bordalo

2014 "Award criteria in the new EU Directive on Public Procurement", in *Public Procurement Law Review*, n.º 3, pp. 124-133.

Estorninho, Maria João

2012 *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável*, Coimbra: Almedina.

2016a "A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (1) por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum", in M. J. Estorninho(coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público, pp. 7-11.

2016b "A transposição das Diretivas europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: (2) Proposta de transposição não minimalista das Diretivas", in Maria João Estorninho (coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público, pp. 29-35.

Ettner, Diana

2013 "A transposição de diretivas da União Europeia: uma questão de governação pública", in P. Costa Gonçalves(coord.), *O Governo da Administração Pública*, Coimbra: Almedina, pp. 361-390.

Fonseca, Isabel Celeste Monteiro da

2016 "O (novo) conceito de «proposta economicamente mais vantajosa» e a adjudicação com base na melhor relação-qualidade-preço: desafios", in M. J. Estorninho(Coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o*

Código dos Contratos Públicos, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público.

García, José Pernas

2014 "La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público", in P. Valcarcel Fernández & r. Ferñández Acevedo, *Contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas.

Gonçalves, Pedro Costa

2015a "A 'nova Contratação Pública': as Diretivas de 2014", in Marcos Almeida Cerreda & Isaac Martín Delgado (coord.), *La Nueva Contratación Pública – Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, pp. 18-28.

2015b *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina.

Hamaki, Vilhelmiina, Ooij, Eva Van & Panne, Stefan Van Der

2014 *Green Public Procurement in the European Union and the Use of Eco-Labels*, Maastricht University.

Kotsonis, Totis

2012 "Commission v Netherlands (C-368/10): environmental and fair trade considerations in the contexto of contract award procedure" in *Public Procurement Law Review*, n.º 5, pp. 234-244.

2014 "The 2014 Utilities Directive of the EU: Codification, Flexibilisation and Other Misdemeanours", in *Public Procurement Law Review*, n.º 4, pp. 169--187.

Kunzlik, Peter

2013 "Neoliberalism and the European Public Procurement Regime", in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2012-2013*, Volume 15, Oxford/Portland: Hart Publishing, pp. 283-356.

Maduro, Miguel Poiares

1998 *We The Court: The European Court of justice and the european economic constitucion – A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford/Portland: Hart Publishing.

Mars, Sylvia

2015 *Exclusion and Self-Cleaning in Article 57: Discretion at the Expense of Clarity and Trade?*, disponível em: http://www.uaces.org/documents/papers/1501/de%20Mars.pdf.

Matias, Ana

2013 *Os Princípios Comunitários e a Utilização da Contratação Pública enquanto Instrumento de Prossecução de Políticas Públicas – Duas Realidades Opostas?*

Medeiros, Rui
2014 "The new directive 2014/24/EU on Public Procurement: A First Overview", in L. Valadares Tavares, R. Medeiros & D. Coelho (coord.), *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement,* pp. 29-52.
Otero, Paulo
2003 *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina.
Pereira Da Silva, Vasco
2005 *Verde Cor do Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra: Almedina.
2016 "Para um Novo Código dos Contratos Públicos Ambientalmente Sustentável" in Maria João Estorninho (coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público.
Pitta E Cunha, Paulo de
2006 *Direito Europeu – Instituições e Políticas da União*, Coimbra: Almedina.
Raimundo, Miguel Assis
2013 "Primeira análise das novas directivas (Parte I)", in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 9, pp. 5-57.
2014 "Uma primeira análise das novas directivas (Parte II)», in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 10, pp. 131-169.
Rodrigues, Carlos
2014 *Entre a Contratação Pública Ecológica e a Contratação Pública Sustentável – Compreender o Presente, transpor o Futuro*, Universidade de Coimbra.
Schizzerotto, Francesco
2004 "I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement", in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, n.º 6, pp. 967-973.
Sirvinskas, Luís Paulo
2010 *Tutela Constitucional do Meio Ambiente*, São Paulo: Editora Saraiva, 2.ª Edição, 2010.
Tavares, Luís Valadares
2016 "Breve ensaio sobre a Teoria dos Sistemas e o Código dos Contratos Públicos" in M. J. Estorninho, (coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos,* Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público: Lisboa, pp. 12-28.
Toledo, Purificación López
2014 "La Protección del medio ambiente en el derecho comunitário de contratos públicos: Prespectiva", in *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n.º 7, pp. 1-32.

Wilsher, Dan
2009 "Reconciling national autonomy and trade integration in the context of eco-labelling", in S. Arrowsmith & p. Kunzlik (coord.), *Social and environmental policies in EC Procurement*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 408-435.

A GARANTIA DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS

Bruno Miguel Fernandes[*]

Abstract: *Deposit Guarantee Schemes are a keystone of modern financial safety nets. On one hand, they seek to ensure the stability of the Financial System, avoiding bank-runs, with all their adverse effects on the Economy as a whole. On the other hand, they ensure the protection of depositors, especially the most vulnerable ones, in case of unavailability of deposits as a result of illiquidity or solvency problems of financial institutions. In a recent past we have witnessed the establishment of such explicit guarantees of the financial markets throughout the world, which could be summarized in one single word: confidence.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Da fundamentação jurídico-económica para a tutela do depositante. 2.1.A regulação dos mercados financeiros. 2.2. O contrato de depósito. 2.3. A garantia de depósitos. 3. Da garantia de depósitos na União Europeia. 3.1. Da harmonização mínima... 3.2. … ao aprofundamento da harmonização. 3.3. O caso do Chipre: da lógica do *bail-out* à lógica do *bail-in*. 4. Da garantia de depósitos em Portugal. 4.1. Fundo de Garantia de Depósitos (FGD). 4.2. Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo (FGCAM). 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A questão da sustentabilidade do sistema financeiro[1], que se assume como um dos pilares do desenvolvimento económico das sociedades, constitui um

---

* O presente artigo segue de perto a nossa dissertação de Mestrado, discutida em provas públicas a 20 de abril de 2016, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, perante um júri composto pelos Senhores Professores Doutores Paula Vaz Freire (Presidente), Rute Saraiva (Orientadora) e Miguel Sousa Ferro (Arguente). Trata-se de uma versão muito compacta, que leva em linha de conta as sugestões e críticas que o Senhor Professor Miguel Sousa Ferro formulou – e que muito agradecemos – aquando da discussão da dissertação.

1 Não existe, no ordenamento jurídico português, uma noção legal de sistema financeiro, embora a expressão apareça referida no artigo 101.º da CRP, onde se estabelece que "[O] sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social". A tarefa de definição do conceito de sistema financeiro deve, pois, ser relegada para a doutrina. Acontece, porém, que não é

problema fundamental para toda a economia, dadas as consequências devastadoras que uma crise no setor financeiro pode provocar. Com vista a evitar a ocorrência de uma crise sistémica, todos os países, de uma forma ou de outra, adotam mecanismos de salvaguarda, que podem passar por garantias explícitas – como é o caso dos fundos de garantia de depósitos – ou implícitas dos mercados financeiros. São mecanismos de salvaguarda do sistema financeiro[2]:

- *A regulação e supervisão*: a pedra basilar para assegurar a estabilidade de todo o sistema financeiro passa pela eficiente regulação e supervisão das instituições de crédito e sociedades financeiras que, por um lado, previnem a ocorrência de uma crise e, por outro lado, devem reduzir os efeitos da crise no caso da sua ocorrência;
- *Os empréstimos de último recurso* ("*lender-of-last-resort*"): todos os sistemas de intermediação financeira nacional possuem um explícito ou implícito emprestador de último recurso, no caso da ocorrência de uma crise financeira mais ampla. Este pode ser o Estado, o Banco Central ou os dois em conjunto;
- *As medidas de direito da insolvência bancária / medidas de resolução*: as insolvências dos bancos são revestidas de especificidades próprias, podendo ser aplicadas medidas de resolução pelo regulador do setor bancário, com vista a assegurar a continuidade da prestação dos serviços financeiros essenciais, acautelar o risco sistémico, salvaguardar os interesses dos contribuintes e do erário público, e salvaguardar a confiança dos depositantes;
- *Os fundos de garantia de depósitos*: os fundos de garantia de depósitos atuais garantem de forma explícita, até um certo montante, determinadas categorias de depositantes, reduzindo o risco da existência de uma corrida

unívoca a noção que encontramos nos vários Autores. Assim, para Menezes Cordeiro (2010: 83), o sistema financeiro consiste no "conjunto ordenado de entidades especializadas no tratamento do dinheiro" ou no "conjunto ordenado dos bancos ou entidades similares e das instâncias que, sobre eles, exerçam o controlo". Para Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 1080), o sistema financeiro pode entender-se num sentido *objetivo*, enquanto conjunto de normas, institutos e mecanismos jurídicos que regem a atividade financeira em geral, e *subjetivo*, enquanto conjunto de instituições, empresas e organizações com intervenção direta na atividade financeira. Já para Costa Pina (2004: 21), "o sistema financeiro compreende o conjunto ordenado de princípios e regras relativos à organização e funcionamento das instituições e dos mercados financeiros, aos ativos que nos mesmos são transacionados – com base nos quais se caracterizam e delimitam os mercados –, e às operações que tendo estes por objeto, naqueles têm lugar". Independentemente da noção de sistema financeiro que se adote, parece inequívoco que a noção integra o setor bancário, o setor segurador e dos fundos de pensões e o setor do mercado de valores mobiliários.

2 Bernet & Walter, 2009: 13-14.

aos depósitos ("*bank-run*") e, como resultado, prevenindo uma crise de liquidez no sistema financeiro;

- *Os mecanismos de tomada de decisão institucionalizada / processos de cooperação e de resolução:* a viabilidade da salvaguarda do sistema financeiro no caso de crise também depende da eficiente comunicação e cooperação entre todos os elementos do sistema. Isto requer a existência de processos claramente regulados e harmonizados ao nível internacional.

Os fundos de garantia de depósitos complementam, suportam e fortalecem as funções protetoras dos outros elementos do sistema. Daí que o objeto nuclear deste estudo incida sobre os fundos de garantia de depósitos, enquanto mecanismos de garantia explícita dos mercados financeiros. A nossa principal preocupação é tentar perceber se a existência de tantas almofadas e cuidados com os consumidores financeiros são estabilizadoras ou potencializadoras dos mercados financeiros ou, pelo contrário, desestabilizadoras, com criação de mais risco.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-ECONÓMICA PARA A TUTELA DO DEPOSITANTE

2.1. A regulação dos mercados financeiros

A intervenção do Estado regulador nos mercados financeiros justifica-se pela necessidade de promoção dos valores da justiça e da igualdade, procurando-se atingir uma maior eficiência económica, ao se fazer face às falhas de mercado (poder de mercado, externalidades e falhas de informação), à instabilidade macroeconómica e aos seus efeitos devastadores em toda a economia. O Estado atua procurando, por um lado, preservar a estabilidade do sistema financeiro e prevenir a ocorrência do risco sistémico, ao fazer face às falhas de mercado, e, por outro lado, proteger os consumidores de produtos financeiros. A regulação e supervisão dos mercados financeiros deve ser levada a cabo por entidades administrativas independentes por várias ordens de razões: em primeiro lugar, a necessidade de especialização em matérias altamente técnicas e complexas torna inadequado entregar a regulação a um órgão da Administração do Estado (direta, indireta ou autónoma); em segundo lugar, a entrega da regulação a entidades independentes permite libertar o decisor das pressões inerentes à política partidária; em terceiro lugar, os reguladores independentes conseguem uma

maior continuidade na implementação de medidas regulatórias e de supervisão (prudencial ou comportamental) uma vez que não estão dependentes das eleições periódicas, tendo maior flexibilidade na formulação e aplicação de medidas a circunstâncias concretas. Por último, os reguladores independentes têm maior habilidade para se focarem em assuntos controversos, enriquecendo o debate público.

2.2. O contrato de depósito

O recebimento de depósitos é uma operação bancária[3] que só pode ser realizada pelas instituições de crédito para tal autorizadas pelas autoridades responsáveis do país em causa. Em Portugal, só as instituições de crédito[4] cuja constituição tenha sido autorizada pelo Banco de Portugal[5] podem receber depósitos dos seus clientes. O depósito bancário em sentido próprio é um depósito em dinheiro, constituído junto de um banco, tratando-se de operação associada a uma abertura de conta[6].

A abertura de uma conta é, como ensina Menezes Cordeiro (2010: 505), "*um contrato celebrado entre o banqueiro e o seu cliente, pelo qual ambos assumem deveres recíprocos relativos a diversas práticas bancárias.*" Mas "*a abertura de conta não deve ser tomada como um simples contrato bancário, a ordenar entre outros contratos dessa natureza: ela opera como um ato nuclear cujo conteúdo constitui, na prática, o tronco comum dos atos bancários subsequentes*".

A abertura de conta não assenta em qualquer regime legal explícito, regendo-se, no essencial pelas cláusulas contratuais gerais[7] e pelos usos bancários. No demais, vigora o princípio da autonomia privada (artigo 405.º, n.º 1, do Código Civil), o que significa que, dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes

---

3 Como refere Lacerda Barata (2002: 9), "*O depósito bancário de dinheiro é, assim:*
– uma operação passiva: é o banco que veste a pele de devedor, na relação obrigacional derivada do depósito;
– uma operação característica ou fundamental: através do depósito, o banco desenvolve a sua função característica".

4 "São instituições de crédito as empresas cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito" (artigo 2.º, n.º 1 do Regime Geral das Institutições de Crédito e Sociedades Financeiras – RGICSF). Quanto às espécies de instituições de créditos, veja-se o artigo 3.º do RGICSF.

5 Cfr. artigo 16.º do RGICSF.

6 Menezes Cordeiro, 2010: 576.

7 Cfr. Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro.

dos legalmente previstos ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. As condições que regulam a abertura e movimentação das contas são, geralmente, apresentadas sob a forma de *contratos de adesão*: contatos nos quais existe liberdade de celebração, mas em que não existe liberdade de estipulação. Por isso, é importante que o cliente recolha informações sobre as características dos diferentes tipos de contas comercializados pelas instituições de crédito, a fim de comparar e avaliar as respetivas condições.

A realização de um *depósito bancário* – que corresponde a uma entrega de fundos a uma instituição de crédito, ficando esta obrigada à restituição do montante depositado, de acordo com as condições que tenham sido contratadas e, na maior parte dos casos, ao pagamento de uma remuneração – pressupõe a existência de um contrato de depósito, que é celebrado com as instituições de crédito.

O Código Comercial refere-se ao depósito bancário no artigo 407.º, dispondo que "[O]s depósitos feitos em bancos ou sociedades reger-se-ão pelos respetivos estatutos[8] em tudo o quanto não se achar prevenido neste capítulo e demais disposições legais aplicáveis". No artigo 1185.º do Código Civil, o legislador define o contrato de depósito como "contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida". Olhando para esta definição e conjugando-a com o regime do depósito comum, verifica-se que o depositário não pode, pela própria natureza das coisas, consumir a coisa depositada, caso em que a restituição já não seria possível. Mas o Código Civil prevê, ainda, a figura do depósito irregular, isto é, do depósito que tem por objeto coisas fungíveis (artigo 1205.º). Aqui o depositário não é obrigado a devolver a própria coisa depositada mas o equivalente, o *tantumdem, eiusdem generis et qualitatis*. Consideram-se aplicáveis ao depósito irregular[9], na medida do possível, as normas relativas ao contrato de mútuo (artigo 1206.º). São-lhe, portanto, aplicáveis as normas relativas à forma (artigo 1143.º), à transferência da propriedade para o depositário (artigo 1144.º) e ao prazo de restituição (artigo 1148.º).

8 Como refere Menezes Cordeiros (2010: 573), a menção aos "estatutos" deve ser convolada para uma referência aos usos.

9 O depósito irregular, como refere Menezes Cordeiro (2010: 572), não é um verdadeiro depósito, mas também não é um mero mútuo: o depósito, mesmo irregular, é celebrado no interesse do depositante que quer beneficiar da conservação daquele pelo preciso valor, mantendo, sobre ele, uma permanente disponibilidade; já o mútuo visa o interesse do mutuário, que pretende gastar a coisa e, eventualmente, o do mutuante, mas através da receção de juros. Conclui o Professor que o depósito irregular é um *contrato misto*, com elementos de depósito e de mútuo.

É controversa a natureza jurídica do contrato de depósito bancário. Com efeito, a este propósito têm surgido teses *unitárias* e teses *pluralistas*: as primeiras optam por uma única caraterização jurídica independentemente da modalidade de depósito em causa, ao passo que as segundas distinguem conforme a modalidade do depósito. Nas teses unitárias, há autores que reconduzem o depósito bancário ao depósito irregular[10], há autores que o reconduzem ao mútuo[11] e há quem o caracterize como um contrato autónomo *a se* ou *suis generis*[12]. Nas teses pluralistas, os depósitos bancários são cindidos em depósitos à ordem e em depósitos a prazo, sendo os primeiros qualificados como depósitos irregulares e os segundos como mútuos ou, menos frequentemente, contratos *suis generis*. Estamos, porém, com Menezes Cordeiro, que apresenta reservas à cisão do depósito bancário para efeitos de qualificação da sua natureza jurídica[13]: o depósito bancário deve ser visto como *um tipo social unitário e autónomo* que encontra a sua matriz dogmática e histórica no depósito irregular. A jurisprudência[14] mais recente vai neste sentido, qualificando o contrato de depósito bancário como um depósito irregular, posição com a qual concordamos. Deste modo, o risco do que possa suceder na conta do cliente, quando não haja culpa deste, corre pelo banqueiro. Com efeito, *"[A]través do ato de depósito o tradens aceita transferir para a esfera de domínio (propriedade) do accipiens o risco sobre a gestão da quantia que transferiu, sendo que a partir desse momento se alheia da responsabilidade quanto ao uso e fruição, por transferência para a esfera de responsabilidade do depositário. Cabe ao depositário, enquanto proprietário da coisa transferida responder pelo risco de extravio ou dissipação da coisa até ao montante exigível no momento da solicitação da restituição"*[15].

10 Carneiro da Frada, 2009: 643-648.

11 Camanho, 2005*:* 145 e segs. Veja-se ainda: Camanho, 2005: 249 e segs.

12 Menezes Cordeiro, 2010:578.

13 Menezes Cordeiro, 2010: 576.

14 Cfr., a título de exemplo, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/11/2011, processo n.º 1182/09.1TVLSB.S1.L1; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03/11/2005, processo n.º 6895/2005-6, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

15 Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/11/2011, processo n.º 1182/09.1TVLSB.SP.L1., disponível em www.dgsi.pt.

2.3. A garantia de depósitos

a) O papel do setor bancário e a "financial safety net"

O sistema financeiro compreende o conjunto das instituições financeiras que asseguram a canalização das poupanças para o investimento nos mercados financeiros, através da compra e venda de produtos financeiros. Ora, os depósitos são a base de todo o sistema financeiro. Com efeito, os bancos e outras instituições financeiras legalmente autorizadas captam depósitos provenientes dos seus clientes, canalizando-os para a toda a economia sob a forma de crédito. Isto porque os bancos estão autorizados e são encorajados a emprestar ou investir muito do dinheiro depositado, ao invés de guardarem a totalidade dos montantes. Os bancos, ao emprestarem dinheiro e cobrarem juros, ampliando a base monetária, geram o *efeito multiplicador de crédito*, sendo possível calcular a quantidade máxima de moeda que um depósito inicial pode gerar considerando uma dada taxa de reserva. Deste modo, quanto maior for a reserva obrigatória, menor será, *ceteris paribus*, o multiplicador de crédito, mormente a propensão do público para reter fisicamente o dinheiro, não o depositando, já que reduz a capacidade dos bancos concederem empréstimos.

Pela sua própria natureza, os bancos estão vulneráveis a problemas de liquidez e de solvência, entre outras razões, porque transformam depósitos de curto prazo em empréstimos e investimentos de longo prazo. Eles também emprestam a uma grande variedade de mutuários, cujo risco nem sempre é percetível[16].

Acontece que se um grande número de depositantes, na sequência de uma quebra de confiança, desejar, num determinado momento, reaver os seus depósitos ao mesmo tempo (fenómeno de "*bank-run*"), o banco, apesar de não estar insolvente, não terá liquidez suficiente, naquele momento, para entregar aos seus clientes todos os montantes depositados. Nenhum banco, por mais sólido que seja, está em condições de, num momento x, entregar todos os montantes depositados a todos os seus clientes. A corrida aos depósitos numa instituição financeira pode, muito rapidamente, gerar o contágio a outras instituições, devido à grande interligação nos mercados financeiros. Com efeito, verificando-se a insolvência num dos bancos do sistema, os depositantes doutras instituições financeiras poderão interrogar-se sobre a solidez destas, associando, muitas vezes, a insolvência da primeira com a instabilidade a que estão sujeitos na segunda. As assimetrias informativas fomentam este tipo de conclusões, levando

16 Financial Stability Forum, 2001:7.

a que os depositantes, partindo de um caso concreto de insolvência bancária, retirem conclusões, muitas vezes precipitadas, sobre as restantes instituições financeiras. Num caso extremo, os problemas de liquidez derivados do fenómeno de "*bank-run*", sobretudo se estiver em causa uma instituição financeira "*too-big-to-fail*", pode levar a uma crise em todo o sistema financeiro.

Mas as consequências de um fenómeno de *"bank-run*" poderão repercutir-se muito para além do próprio sistema financeiro, abrangendo outros setores da economia devido às interações e interdependências entre todos eles: verifica-se a existência de externalidades negativas, que levarão ao alargamento dos custos das crises no setor financeiro a toda a sociedade. O custo social associado à insolvência de um banco é enorme, afetando as operações de crédito que famílias e empresas têm em curso para as mais diversificadas finalidades.

A importância que os bancos assumem na economia[17], o potencial dos depositantes para sofrerem perdas em caso de insolvência bancária e a necessidade de mitigar os riscos de contágio, levam os países a estabelecerem uma *financial safety net*[18], da qual é elemento estruturante o SGD. É com o objetivo de trazer confiança aos depositantes, que se assume como um bem público[19], e evitar fenómenos de "*bank-run*", que se constroem os modernos SGD.

b) As garantias explícitas e implícitas do sistema financeiro

A proteção dos depósitos bancários pode ter lugar de forma explícita ou implícita. A garantia de depósitos é *explícita* quando é expressamente prevista na lei, com regras específicas sobre a extensão da garantia, sobre o funcionamento dos fundos de garantia e a definição legal dos depósitos e depositantes tutelados[20]. A garantia de depósitos é *implícita* quando, não obstante não estar expressamente prevista, sejam garantidas as perdas dos depositantes em caso de indisponibilidade dos bancos de entregarem aos seus clientes os montantes depositados. Trata-se, portanto, de garantias meramente conjunturais.

Os fundos de garantia de depósitos têm, à partida, um impacto limitado sobre os contribuintes e, dependendo do financiamento dos fundos, podem nem

17 A função dos bancos na economia é crucial devido ao seu envolvimento no sistema de pagamentos e ao seu papel como intermediários entre depositantes e mutuários.

18 Os mecanismos de salvaguarda do sistema financeiro são a regulação e supervisão, os empréstimos de último recurso ("*lender-of-last-resort*"), as medidas de direito da insolvência bancária / medidas de resolução e os Fundos de Garantia de Depósitos.

19 E, portanto, sujeito ao fenómeno de subprodução no mercado.

20 Ayadi & Lastra, 2010: 215.

ter impacto sobre o erário público. Pelo contrário, os mecanismos de garantia implícita de depósitos têm o potencial de se virem a revelar um pesado fardo para os contribuintes, pois os resgates bancários tendem a ser financiados pelo Estado. Estes resgates podem trazer problemas de risco moral, para além de colocarem sérios problemas no que diz respeito à distorção da concorrência, especialmente quando estão em causa instituições financeiras "*too-big-to-fail*".

Demirgüç-Kunt, Kane & Laeven (2008: 3) referem que todos os países oferecem garantias implícitas de depósitos pois, durante as crises bancárias, a pressão sobre os membros do Governo para salvaguardar a posição dos depositantes e acionistas torna-se difícil de resistir.

Caso seja legalmente estabelecido um fundo de garantia de depósitos, as promessas de garantia são sempre explícitas. A razão de ser da adoção dos mecanismos explícitos de garantia prende-se com o facto de os fundos de garantia de depósitos terem passado a ser encarados como um dos elementos fundamentais das modernas *financial safety nets*, como vimos *supra*.

Como salientam Bernet & Walter (2009: 19), é importante reconhecer que, com sistemas de garantia explícita (por exemplo, no contexto de um fundo de garantia de depósitos estadual), as garantias implícitas estão sempre presentes. Nenhum SGD está em posição para garantir, por si só, todos os depósitos legalmente abrangidos, no caso de uma grave crise do sistema financeiro. Mas, na pior hipótese, o Estado tudo fará para limitar as perdas dos depositantes com a adoção de medidas adequadas.

c) Objetivos e modelos dos fundos de garantia de depósitos

São dois os principais objetivos[21] que se visam atingir com o estabelecimento dos fundos de garantia de depósitos.

Em primeiro lugar, a construção de um fundo de garantia de depósitos tem um *objetivo de prevenção*: visa prevenir uma corrida a uma instituição financeira com problemas de liquidez, mas ainda não insolvente, prevenindo, deste modo, o seu colapso e o contágio às outras instituições financeiras do mercado. Em

21 Economides, Hubbard & Palia (1995), entendem, no entanto, que a criação de um SGD deriva não de fatores técnicos que têm em vista a estabilidade do sistema e a proteção dos depositantes, mas sim de razões políticas sobre a estrutura do sistema financeiro e o papel a oferecer aos pequenos bancos. Os bancos de dimensões mais consideráveis, ao oferecerem maiores garantias, estariam em melhores condições de estabilidade do que os seus parceiros de dimensões mais exíguas. Consequentemente, para estes autores, a instalação de um SGD resulta de preocupações relacionadas com a concorrência de mercado, por um lado, e, por outro lado, do entendimento de que deve ser assegurado um espaço de atuação para os pequenos bancos, sendo que a atuação do Governo se traduziria numa redistribuição dos recursos económicos.

última análise, visa-se a proteção da estabilidade do sistema financeiro, como um todo.

Em segundo lugar, um SGD tem por *objetivo a tutela dos depositantes*: até um determinado montante, os depositantes veem os seus depósitos garantidos face às perdas incorridas em caso de indisponibilidade dos mesmos, derivada de problemas de liquidez ou de solvência da instituição onde depositaram o seu dinheiro. Com efeito, grande parte dos clientes dos bancos são pequenos depositantes e, portanto, sem grande capacidade de análise do risco assumido no contrato de depósito, devido às assimetrias informativas que, muitas vezes, se verificam. Estamos, no fundo, a falar de uma função de proteção do consumidor.

Com base nestes dois principais objetivos, a doutrina identifica quatro tipos diferentes de modelos fundos de garantia de depósitos[22]:

Modelo "pay box": neste modelo, o papel do fundo de garantia de depósitos é limitado ao pagamento dos depósitos garantidos que ficaram indisponíveis. Neste caso, o fundo recebe a instrução de pagamento (por exemplo, por parte do supervisor do setor bancário) e assegura o reembolso ordeiro dos depósitos;

Modelo de "custos reduzidos": neste modelo, além da função de reembolso dos depositantes, o fundo de garantia de depósitos assume o papel de lidar com qualquer ocorrência de insolvência de uma instituição cujos depósitos são garantidos, com os menores custos possíveis e as menores externalidades para o sistema financeiro. Neste caso, ao fundo são atribuídos poderes para, em certas circunstâncias, intervir na instituição financeira com problemas e para adotar medidas preventivas ou corretivas com vista a proteger os depósitos garantidos;

Modelo "resolution facilitator": este modelo permite que o fundo de garantia de depósitos use o seu capital não só para reembolsar os depositantes cujos depósitos tenham ficado indisponíveis, como também para, de forma pró-ativa, ajudar uma instituição financeira em dificuldades (mas que ainda não esteja com problemas de liquidez ou mesmo insolvente). Neste modelo, o fundo vai, por exemplo, ajudar a vender uma instituição financeira participante a um parceiro adequado, dividir áreas de negócio que sejam cindíveis ou preparar a recapitalização, a fim de proteger os depósitos cobertos;

Modelo de supervisão: neste modelo, o fundo de garantia de depósitos assume um maior leque de poderes, sendo responsável pela supervisão do sistema. Exerce funções diretas de supervisão sobre as instituições financeiras participantes.

22 Bernet & Walter, 2009: 27-28.

d) Atribuições, poderes e modelos de administração

No que concerne às atribuições e poderes dos fundos de garantia de depósitos, torna-se crucial que os mesmos estejam formal e claramente especificados na lei e que exista consistência entre os objetivos de interesse público prosseguidos e os poderes e responsabilidades atribuídos aos fundos, para que os mesmos possam levar a bom porto as suas funções de tutela dos depósitos bancários.

Os FGD devem ter todos os poderes necessários para cumprir os seus mandatos, poderes esses que devem estar legalmente estabelecidos. Todos os fundos de garantia de depósitos devem ter poderes para, com independência, se financiarem, celebrar contratos, estabelecer os princípios fundamentais para os seus orçamentos e procedimentos, proceder aos reembolsos, quando necessário e aceder atempadamente a informações precisas sobre o setor bancário para assegurar que conseguem cumprir prontamente as suas obrigações perante os depositantes.

Os fundos de garantia de depósitos podem ser estruturados de várias formas[23], inserindo-se no setor público, no setor privado ou, até, constituir modelos de parcerias público-privadas.

Quando se inserem no setor público, os fundos de garantia de depósitos podem constituir entidades administrativas independentes ou empresas públicas, enquanto outros podem constituir órgãos do próprio Estado (inserindo-se na Administração direta ou indireta) ou até dos Bancos Centrais ou das autoridades de supervisão do setor financeiro (quando a supervisão não esteja entregue aos Bancos Centrais).

Quando se inserem no setor privado, os fundos – pessoas coletivas de direito privado – são geridos pelas associações de bancos e outras instituições de crédito legalmente autorizadas à captação de depósitos.

Quando constituem parcerias público-privadas, os fundos são encarados como a base lógica e fulcral de uma associação duradoura do Estado com o setor privado, perspetivada enquanto um instrumento financeiro materializável sob diferentes formas *contratuais* e *institucionais*, mediante a utilização das formas legais oferecidas pelos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, em que o setor público, em articulação com o setor privado, pretende assegurar o financiamento dos Fundos por forma a que sejam prosseguidos os dois objetivos fundamentais referidos *supra*. Quando constituídos em modelo PPP, os fundos de garantia de depósitos são supervisionados pelas associações de bancos

23 IADI, 2009: 6.

e, simultaneamente, pelo Estado. São financiados pelos bancos participantes, podendo sê-lo simultaneamente, pelo Estado. Certo é que, quando uma crise bancária assume uma dimensão sistémica, o Estado intervirá, garantindo as perdas sofridas pelos depositantes.

e) A independência operacional e a fiscalização

Independentemente do modelo de administração adotado, fulcral é que se consiga garantir a independência operacional[24] dos fundos de garantia de depósitos face às pressões políticas, face às pressões provenientes dos membros participantes nos restantes elementos da *financial safety net*, face às pressões provenientes dos bancos participantes e, em última análise, face aos próprios depositantes. É que a credibilidade de um fundo de garantia de depósitos é algo de extremamente importante que, por pressões externas, pode estar em risco e levar a situações de conflito de interesses.

Para assegurar a independência dos fundos de garantia de depósitos, entendemos que os membros das respetivas comissões diretivas devem ser nomeados por um período de tempo longo (idealmente de quatro a seis anos), devendo, apenas, ser exonerados por razões ponderosas especificamente previstas na lei, com vista a ser reduzida a influência política sobre eles, o que seria especialmente apetecível por altura da mudança da cor política do Governo. Os membros das comissões diretivas devem ser pessoas idóneas, com uma grande experiência no setor financeiro, mas que consigam manter a independência quer em relação à indústria financeira, quer em relação ao Governo[25].

Saliente-se, no entanto, que o requisito da independência não significa que os membros das comissões diretivas dos fundos de garantia não possam vir a ser responsabilizados pelos atos que pratiquem no exercício das suas funções, *maxime* por via da aplicação do regime da responsabilidade civil extracontratual

24 Seguindo a definição de "operacional Independence" da IADI (2009: 4-5), esta consiste na capacidade de uma organização para utilizar os poderes e meios que lhe são atribuídos, sem a influência indevida por entidades externas. No entanto, uma organização que é operacionalmente independente não controla os seus objetivos e o seu mandato; estes são definidos por uma autoridade superior. Quanto maior o grau de independência operacional de um fundo de garantia de depósitos, maior pode vir a ser a sua eficácia no cumprimento do seu mandato de uma maneira que minimize os potenciais conflitos de interesses. Note-se, no entanto, que a *independência operacional* não se confunde com a *independência de objetivos*. Esta existe quando uma organização tem o controlo independente sobre os seus objetivos e o seu mandato. A independência de objetivos é, por definição, excluída para os fundos de garantia de depósitos e para os outros participantes da *financial safety net*.

25 No mesmo sentido, Bernet & Walter, 2009: 34.

do Estado e demais entidades públicas, quando existente no Estado em causa, como acontece em Portugal.

As atividades levadas a cabo pelos fundos de garantia de depósitos devem ser submetidas a auditorias, quer externas, quer internas. As auditorias externas podem garantir que a sua atividade está a ser levada a cabo de forma eficiente e eficaz e que existe controlo sobre essa atividade, visando a proteção dos ativos dos fundos. Um SGD também pode considerar fazer auditorias públicas para aumentar a prestação de contas às partes interessadas. No entanto, estas práticas devem ser ponderadas, atentas as preocupações com o sigilo bancário. Além das auditorias externas periódicas que incidem sobre as demonstrações financeiras e as suas operações-chave, os fundos devem ser submetidos a auditorias internas para fiscalizar a atividade levada a cabo pelas suas administrações. Em particular, os órgãos de auditoria devem ter competências para: acompanhar o funcionamento dos fundos e zelar pelo cumprimento das leis e regulamentos que lhe são aplicáveis; solicitar reuniões periódicas ou ocasionais com a comissão diretiva; chamar a atenção da comissão diretiva para qualquer assunto que entenda dever ser ponderado e pronunciar-se sobre qualquer matéria que lhe seja submetida por aquele órgão; emitir parecer acerca dos relatórios e contas da atividade dos fundos.

f) Relações entre os fundos de garantia de depósitos e os restantes elementos da financial safety net

Cada um dos elementos da *financial safety net* visa reduzir a possibilidade de eclosão das crises no sistema financeiro, em resultado de insolvências bancárias, devendo reduzir, numa perspetiva *ex-ante*, o risco moral. Mas cada um dos elementos é concebido para atingir diferentes objetivos, nem sempre coerentes entre si, o que tem implicações para a partilha de responsabilidades institucionais[26].

Qualquer que seja o modelo institucional adotado para a construção de um fundo de garantia de depósitos, existe uma necessidade de coordenação e partilha de informação entre os fundos e os restantes elementos da *financial safety net*, devendo ser o legislador a estabelecer os mecanismos de coordenação e partilha de informação[27]. As informações trocadas devem ser precisas e oportunas, devendo estar sujeitas a sigilo bancário, quando necessário. Devem

26 Schich, 2008: 4.

27 Financial Stability Forum, 2001: 19.

ser formalizados acordos de coordenação e de partilha de informação para que cada um dos elementos da *financial safety net* consiga desempenhar eficientemente as suas atribuições. O legislador deve definir claramente as atribuições de cada um dos elementos da *financial safety net*, para que não exista duplicação das mesmas em relação aos demais elementos, garantindo-se, desta forma, o sucesso na proteção de todo o sistema financeiro.

g) A obrigatoriedade de participação

A participação nos fundos de garantia de depósitos pelos bancos e outras entidades legalmente autorizadas a receber depósitos deve, em nossa opinião, ser obrigatória, visando evitar fenómenos de *seleção adversa*. Com efeito, se a participação nos fundos de garantia de depósitos for voluntária, a relativa incapacidade dos fundos para estabelecer relações contratuais discriminadas e ajustadas ao nível do risco que representa cada banco segurado, leva a que sejam estabelecidas contribuições uniformes para diversas categorias de risco, o que tende a afastar da relação contratual os bancos de baixo risco – que consideram muito elevadas as contribuições uniformes, quando comparadas com a sua avaliação *subjetiva* de risco – e a atrair os bancos de alto risco – que, pelas razões opostas, consideram vantajosa a existência de uniformidade nas contribuições para os fundos. À medida que se agrava a proporção de bancos segurados de alto risco, existirá a necessidade de aumentar as contribuições para os fundos, o que, novamente, afasta os bancos de mais baixo risco, mantendo os de mais elevado risco, e assim sucessivamente, sendo que há um ponto a partir do qual a saída dos "bons" bancos e o ingresso em massa dos "maus" determina a subida das contribuições, levando à quebra drástica no financiamento dos fundos e, no limite, ao colapso do próprio SGD (mesmo "o pior" banco segurado deixará de participar no fundo se as contribuições para este ultrapassarem o nível da sua esperança subjetiva da ocorrência de uma indisponibilidade dos seus depósitos)[28].

h) O financiamento e os recursos financeiros dos fundos de garantia de depósitos

Os FGD podem financiar-se através de fontes *privadas* ou *públicas*. No financiamento através de fontes privadas, as contribuições são pagas pelos bancos participantes uma vez que estes, assim como os seus clientes, beneficiam diretamente do benefício de ter uma proteção efetiva dos depósitos. No

28 Araújo, 2005: 304.

financiamento através de recursos públicos, pode verificar-se uma injeção de capital sob a forma de contribuições iniciais quando um sistema for estabelecido, provenientes do Governo ou de empréstimos do Banco Central para cobrir as perdas em circunstâncias especiais. Como a estabilidade do sistema financeiro, por um lado, e o funcionamento da *financial safety net*, por outro lado, são objetivos importantes do Governo que acabam por beneficiar o país como um todo, pode-se argumentar que é adequado para o setor público fornecer algum suporte financeiro para o sistema, através da provisão de um capital inicial para estabelecer um fundo e/ou fornecer uma provisão de recursos quando ocorrer uma crise. O Governo pode fornecer um financiamento de contingência, mesmo para sistemas que são financiados de forma *ex-ante*. Alguns FGD têm uma linha de crédito junto ao Banco Central ou diretamente junto ao Governo. Nalguns casos o Governo pode desempenhar um papel indireto, garantindo os empréstimos do setor privado para os FGD.

Os FGD podem financiar-se num momento anterior à ocorrência de uma indisponibilidade de determinado banco pagar os montantes depositados pelos seus clientes (*financiamento ex-ante*)[29] ou financiar-se num momento posterior à ocorrência da indisponibilidade dos depósitos, sendo, neste caso, exigido a posteriori o montante a pagar a todos os bancos participantes no fundo (*financiamento ex-post*).[30]

Até ao final de 2009, a maioria dos países da União Europeia, incluindo Portugal, financiavam-se com base em modelos de financiamento *ex-ante*. Com a adoção da Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, passou a haver harmonização no que concerne ao financiamento dos FGD na União Europeia, tendo-se adotado o modelo do financiamento *ex-ante*.

Ambos os modelos têm vantagens e desvantagens, embora a esmagadora maioria dos países prefira modelos de financiamento *ex-ante*.

Como principais vantagens da adoção de modelos de financiamento *ex-ante*, podem apontar-se:

---

29 Como refere Ognjenovic (2006: 371), "*The fund is created through different sources, for example from (i) initial capital at the time of the establishment of the Fund and membership fees by member institutions, (ii) regular and additional premiums paid by member institutions, (iii) additional resources like borrowing from the market and/or budget, as lender of last resort*".

30 Como refere Ognjenovic (2006: 371), "*Contrary, an ex-post DIS does not create any funds up front, but only when there is a need for a payout*".

1) A confiança trazida à generalidade dos depositantes de que, em caso de indisponibilidade dos depósitos, os mesmos serão prontamente reembolsados pelo fundo;
2) O facto de o pagamento das contribuições para o fundo pelos bancos reduzir os efeitos pró-cíclicos;
3) A redução do risco moral, devido ao facto de os financiamentos *ex-ante* poderem ajustar adequadamente as contribuições pagas para o fundo ao concreto risco de indisponibilidade dos depósitos;
4) A maior equidade e justiça: todos os membros do fundo participam.

Mas os modelos de financiamento *ex-ante* também têm as suas desvantagens:

1) A dificuldade de estabelecer um fundo com o financiamento suficiente para fazer face a uma situação de indisponibilidade de depósitos;
2) A dificuldade em construir um modelo justo de cálculo das contribuições;
3) A complexidade organizacional e estratégica.

Já os modelos de financiamento *ex-post* têm como principal vantagem a disciplina de mercado, ao incentivar os bancos a monitorizar as atividades de cada um, e como principais desvantagens os potenciais atrasos de pagamentos (já que os fundos são angariados *a posteriori*) e os efeitos pró-cíclicos (os compromissos assumidos em situações económicas degradadas podem levar a um *efeito-dominó* de insolvências bancárias, à renegociação das condições e ao colapso do próprio fundo de garantia de depósitos).

Existem, ainda, modelos de financiamento híbridos, isto é, modelos que combinam características dos modelos *ex-ante* e *ex-post*. Por um lado, os modelos híbridos incorporam uma componente de financiamento baseada em taxas e contribuições cobradas *ex-ante* e, por outra lado, caso seja necessário, cobrar-se-ão aos bancos contribuições adicionais para compensar eventuais insuficiências dos FGD, na eventualidade de ocorrerem problemas de liquidez ou de solvabilidade que possam vir a pôr em causa os depósitos junto de algumas instituições bancárias. Podem até criar-se linhas de crédito para o financiamento *ex-post* dos FGD, caso necessário. Isto significa que, na prática, a verdadeira escolha do legislador aquando da construção do modelo de financiamento de um FGD não tem de ser necessariamente entre a adoção de um puro modelo *ex-ante* ou de um puro modelo *ex-post*, mas sim da relativa extensão entre a componente *ex-ante* ou *ex-post* de financiamento do FGD.

Existem vários métodos de financiamento dos FGD[31].

O método mais comum para um FGD se financiar é o estabelecimento de contribuições, seja de forma *ex-ante*, seja de forma *ex-post*, das instituições participantes. O mecanismo para a aplicação das contribuições deve ser claramente definido por lei, por razões de segurança jurídica.

Quanto à base de incidência para as contribuições, esta pode ser estabelecida tendo em conta ou os depósitos garantidos ou os depósitos na globalidade. Podem, no limite, ser estabelecidas bases de incidência mais amplas que englobem ainda outro tipo de ativos.

Os sistemas de contribuição podem ser de *taxa única* ou de *taxa diferenciada*, consoante, respetivamente, todas as instituições participantes sejam tributadas à mesma taxa base ou a taxa aplicável a cada uma das instituições participantes seja diferenciada e ajustada tendo em conta o perfil de risco de cada uma.

A principal vantagem dos sistemas de taxa única é que são bastante mais fáceis de administrar. Em contrapartida, estes sistemas acabam por ser injustos, na medida em que as instituições mais prudentes e que mostrem um mais baixo perfil de risco subsidiam as instituições com um mais elevado perfil de risco, sendo a exposição ao risco moral mais elevada do que no caso dos sistemas cuja taxa é adaptada ao perfil de risco das instituições[32]. As contribuições de taxa única, na ausência de qualquer medida corretiva por parte das autoridades de regulação e supervisão do setor financeiro, não possuem qualquer desincentivo para uma instituição financeira segurada adotar comportamentos arriscados, acabando por penalizar as instituições que são mais prudentemente administradas. Ademais, no sistema *ex-post*, contribuições de taxa única envolvem uma distribuição injusta das perdas do fundo entre as instituições financeiras sobreviventes. Salvo quando as posições de capital e o comportamento de assunção de risco das instituições financeiras seguradas forem controlados pelas autoridades de supervisão, um sistema de taxa única pode ter efeitos indesejáveis no longo prazo e aumentar a exposição do sistema financeiro às insolvências bancárias.

No que diz respeito aos sistemas baseados em taxas diferenciadas, ajustadas ao perfil de risco das instituições participantes dos fundos, pode afirmar-se que atenua a questão do risco moral, ao oferecer às instituições participantes um incentivo para adotar uma abordagem mais prudente na gestão de risco, ao

31 Para uma análise aprofundada sobre o tema, veja-se Laeven, 2008: 81-148.

32 Para uma análise aprofundada sobre esta problemática, veja-se IADI, 2011.

mesmo tempo que são mais justas. Os reguladores, para avaliar os diferentes perfis de risco, usam uma combinação de indicadores qualitativos retirados da supervisão que fazem *on-site* e *off-site*[33], como seja os indicadores CAMELS[34]. No entanto, estes sistemas apresentam vários inconvenientes. Com efeito, o seu desenvolvimento e a sua administração por parte dos FGD são mais complexos, requerendo o dispêndio de mais recursos. É que desenvolver um sistema para se obter informação relevante e confiável requer a partilha de informação entre todos os participantes da *financial safety net*, o desenvolvimento de métodos eficazes para avaliar os perfis de risco e a obtenção de informações viáveis, que devem ser divulgadas de forma tempestiva. Por estas razões é que, quando os fundos estão na fase inicial do seu desenvolvimento, torna-se difícil criar as ferramentas necessárias, devendo apenas implementar-se quando os FGD estejam numa fase já amadurecida.

O estabelecimento de um valor-alvo a atingir no que toca ao capital de um FGD é, sem dúvida, um elemento-chave da "construção arquitetónica" do fundo em causa. Com efeito, o tamanho ideal, em termos de recursos próprios, de um FGD está diretamente relacionado com a função de confiança e a função de proteção a que aludimos *supra*, a propósito dos objetivos da garantia dos depósitos. Quanto mais credível for a proteção de um FGD, por existirem adequados mecanismos de financiamento conducentes à existência de avultados recursos próprios, maior a confiança nessa proteção e menor a probabilidade de ser necessário acionar o FGD. Contudo, o valor-alvo a atingir pode gerar efeitos de risco moral uma vez que quanto mais avultados forem os recursos próprios dos FGD, maior é o risco de uma falta de comportamento adequado por parte dos bancos e dos seus depositantes, por se generalizar o sentimento de que a proteção será maior.

i) A cobertura e o reembolso

O legislador de cada país deve definir claramente na lei, na regulamentação prudencial ou nos estatutos dos respetivos FGD a definição de depósito garantido, bem como o montante coberto, por razões de segurança jurídica

33 Enquanto a supervisão *on-site* compreende a realização de exames e inspeções nas próprias instalações das instituições de crédito, a supervisão *off-site* compreende a análise sistemática da informação reportada periodicamente pelas instituições, sendo desenvolvida numa base de diálogo permanente com as instituições de crédito.

34 "Capital adequacy, Asset quality, Management quality, Earnings ability/profitability, Liquidity and Sensitivity to market risk".

e de confiança dos depositantes no sistema. Várias podem ser as opções de cobertura. Pode cobrir-se a totalidade dos depósitos ou optar-se por apenas garantir os depósitos até um determinado montante acima do qual os FGD não assumirão a responsabilidade de reembolsar os depositantes em caso de indisponibilidade dos seus depósitos.

Se o SGD cobrir valores muito baixos não cumpre os objetivos de salvaguarda da estabilidade do sistema financeiro, uma vez que não gera confiança no sistema, mas também não cumpre o objetivo de proteger os pequenos depositantes que não têm capacidade para avaliar a solidez dos seus bancos[35]. Num extremo oposto, se os limites de cobertura forem muito altos ou até se cobrirem a totalidade das eventuais perdas dos depositantes, isso fará com que os depositantes, mesmo os mais informados, não tenham qualquer incentivo à monitorização do risco concreto que assumem ao contratar um determinado depósito, com todos os problemas de risco moral que daí possam advir.

Demirguç-Kunt, Kane, Karacaovali e Laeven (2008: 374) defendem que os índices de cobertura de uma ou duas vezes o PIB *per capita* são geralmente considerados limites apropriados. No entanto, muitas vezes esses limites são em muito ultrapassados e, em cenário de crise financeira, é usual os países aumentarem o nível de cobertura, naquela que pensamos ser uma tentativa de trazer confiança para o sistema financeiro, mas que se pode revelar contraproducente, devido aos problemas de risco moral que podem daí advir.

Em suma, o nível de cobertura deve ser limitado, mas credível, e ser passível de ser rapidamente determinado. Deve cobrir adequadamente a grande maioria dos depositantes para cumprir os objetivos de interesse público visados e ser internamente coerente com as outras características do FGD[36].

O fundo de garantia depósitos deve dar aos depositantes *acesso imediato* aos seus depósitos garantidos. Com efeito, se o processo de reembolso for moroso e altamente complexo, frustram-se os próprios objetivos para os quais o mesmo foi criado, na medida em que não só não garante a confiança aos depositantes (quer no seu banco, quer no próprio sistema financeiro) como não os protege adequadamente, enquanto consumidores que são de produtos financeiros.

O fundo deve ser notificado ou informado com antecedência suficiente das condições em que um reembolso pode ser exigido e dar aos depositantes acesso atempado às informações que estes necessitam. Os depositantes devem

35 Demirguç-Kunt, Kane, Karacaovali e Laeven, 2008: 374.

36 BIS / IADI, 2009.

ter o direito legal de reembolso, até ao limite de cobertura previsto e devem saber quando (e em que condições) o fundo acionará o processo de pagamento, devendo tais informações ser publicadas preferencialmente nas páginas da internet dos respetivos fundos e/ou dos reguladores do setor bancário.

j) Risco moral ("moral hazard")

Como vimos *supra*, a existência de fundos de garantia de depósitos, enquanto mecanismos de garantia explícita, visa, em primeira linha, prevenir uma corrida aos depósitos de uma instituição financeira, ao garantir a confiança dos depositantes não só na instituição à qual entregam os seus depósitos, como em todo o sistema financeiro. Acontece que a incorreta montagem de um fundo de garantia de depósitos traz com ela problemas associados ao risco moral ("*moral hazard*"). Este é definido pelo Financial Stability Forum (2001: 8) como "*o incentivo para uma tomada de risco excessiva pelos bancos ou por aqueles que beneficiam da proteção dos depósitos*." Com efeito, no contexto da garantia de depósitos, o risco moral manifesta-se essencialmente por duas vias[37]. Em primeiro lugar, a existência de fundos de garantia de depósitos, enquanto mecanismos de garantia explícita, incentiva os administradores dos bancos (e outras instituições autorizadas a captar depósitos) a assumir sistematicamente maiores riscos para proporcionar para si e para os seus acionistas maiores lucros no curto prazo[38]. Em segundo lugar, a existência de fundos de garantia de depósitos pode levar a que a motivação dos depositantes para monitorizarem a gestão dos bancos onde colocam os seus depósitos diminua significativamente, estando até dispostos a assumir o risco de depositar o seu dinheiro em instituições bancárias menos sólidas mas que, porventura, ofereçam juros superiores a outras instituições bancárias mais sólidas.

Coloca-se, então, a questão de saber como deve ser mitigado o risco moral. O risco moral pode ser mitigado através da criação e promoção de incentivos

37 McCoy, 2007: 9.

38 Se não existissem os fundos de garantia de depósitos, um banco que estivesse a considerar fazer um empréstimo arriscado saberia que iria ter que pagar mais aos depositantes por assumir esse risco adicional. Ou bem que o banco pagaria um prémio adicional pelo risco assumido ou bem que não faria o empréstimo. Existindo fundos de garantia de depósitos, os depositantes, pelo contrário, ao verem os seus depósitos garantidos pelos fundos, não vão exigir o tal prémio adicional pelo risco assumido, visto que sabem que os seus depósitos estão garantidos até ao limite legal, independentemente de o banco fazer ou não empréstimos mais arriscados ou investir em instrumentos de maior risco. Assim, os fundos de garantia de depósitos dão aos bancos incentivos para incorrer em riscos adicionais, por exemplo, investindo em ativos mais arriscados, aumentando a exposição do Estado às perdas que podem advir desses riscos assumidos. Tais incentivos para incorrer em riscos adicionais são maiores nos bancos descapitalizados.

adequados à existência de uma boa *corporate governance* e de uma boa gestão individual dos riscos assumidos pelos bancos (*risk management*). Por outro lado, a existência de uma eficaz disciplina de mercado, associada a um forte enquadramento legislativo no que diz respeito à regulação e supervisão, pode trazer bons resultados no que toca à mitigação do risco moral.

Bons instrumentos de *corporate governance* e de gestão do risco inerente à atividade bancária ajudam os bancos a garantir que as suas estratégias de negócio se traduzem em operações seguras, podendo, portanto, consistir numa espécie de primeira linha de defesa contra a assunção de riscos excessivos. Os referidos instrumentos de *corporate governance* e de gestão de risco incluem normas, processos e sistemas para assegurar a direção e supervisão adequadas pelos administradores e diretores seniores, controlos internos adequados e auditorias, gestão dos riscos a assumir, avaliações do desempenho do banco, o adequado alinhamento da remuneração com os objetivos de negócio e a gestão de posições de capital e liquidez.

O risco moral pode também ser atenuado com a disciplina de mercado exercida por via da pressão dos acionistas, bem como por parte dos maiores credores e depositantes, que estão expostos ao risco de perda dos seus ativos, derivado a uma situação de insolvência do seu banco. No entanto, para que a disciplina de mercado funcione de forma eficaz, estes grupos devem ter conhecimentos necessários para avaliar os riscos que enfrentam. As informações devem estar prontamente disponíveis e ser compreensíveis pelo público em geral. Deve ser observado o escrupuloso respeito pelas normas contabilísticas a que os bancos estão sujeitos – em particular no que concerne aos rácios de solvabilidade e de liquidez – pelos reguladores, agências de *rating*, analistas de mercado, analistas financeiros e outros profissionais.

A regulação e supervisão ajudam a mitigar o problema do risco moral associado à garantia explícita dos depósitos. De facto, uma sólida e eficaz regulação e supervisão que abranja os requisitos de acesso à atividade bancária, os requisitos mínimos no que concerne aos fundos próprios, os requisitos no que diz respeito às qualificações e idoneidade dos administradores, à exigência de controlos internos e auditorias externas, aos testes de *stress* bancários, entre outros mecanismos de controlo, permitem atenuar os riscos a que os bancos se poderiam vir a expor. A disciplina exercida por via da supervisão pode garantir que os bancos são monitorizados, respeitando as regras de solvabilidade e liquidez a que estão obrigados e que, no caso de desrespeito, serão prontamente adotadas ações corretivas quando se detetem problemas, incluindo, no limite,

a revogação da autorização ou a adoção das medidas de resolução previstas na lei. Podem, também, adotar-se medidas, quando justificadas e legalmente previstas, contra os administradores dos bancos, designadamente retirando-lhes a idoneidade para continuar a exercer os cargos.

As características específicas da arquitetura do SGD podem também ajudar a mitigar o risco moral. Referimo-nos à colocação de limites máximos de cobertura para os depósitos garantidos; à exclusão de determinadas categorias de depósitos; ao uso de certas formas de cosseguro e à implementação de regras que permitam o ajustamento dos montantes cobertos aos riscos assumidos.

k) A importância da harmonização internacional

Em nossa opinião, devem ser trocadas todas as informações relevantes entre os fundos de garantia de depósitos de diversas jurisdições e, se possível, entre os fundos de garantia de depósitos e os outros elementos das *financial safety nets* estrangeiras. Esta troca de informações deve, contudo, obedecer às regras relativas ao sigilo bancário.

Nos casos em que mais do que um fundo de garantia de depósitos seja responsável pela cobertura, devido a estarem em causa situações transfronteiriças, é importante determinar quais os fundos responsáveis pelo processo de reembolso, em caso de indisponibilidade financeira dos bancos. Normalmente, o SGD no qual uma instituição financeira detém a sede deve ser o responsável pelo reembolso dos depósitos que ficaram indisponíveis, mesmo que depositados em sucursais dessa instituição financeira que se localizem no estrangeiro. Contudo, se existir uma filial cujos depósitos fiquem indisponíveis, será responsável pelo reembolso dos depositantes o fundo de garantia de depósitos do país onde se localize a filial, uma vez que esta detém personalidade jurídica, ao contrário da sucursal.

Se o montante coberto pelo fundo de garantia de depósitos é maior no país da filial (país de acolhimento) do que no país da instituição financeira-mãe (país de origem), então o SGD do país de acolhimento tem de cobrir a diferença entre o (inferior) montante coberto no país de origem e o (superior) montante do país de acolhimento. A diferente cobertura entre países no que concerne à garantia de depósitos é problemática em vários aspetos. Em primeiro lugar, torna mais difícil de calcular os montantes ajustados ao risco das instituições seguradas. Isso resulta numa situação de concorrência desleal e, portanto, interfere com o bom funcionamento do mercado de serviços financeiros além-fronteiras. Em segundo lugar, traz dificuldades no que toca

ao rápido e eficiente reembolso dos depósitos e confunde os investidores, que têm que lidar com os mais diversos sistemas de garantia de depósitos. Em terceiro lugar, estas diferenças impedem, ainda, a recuperação eficiente ou a liquidação de uma instituição financeira com uma estrutura internacional que tenha problemas de liquidez ou de solvência, por causa das disparidades legislativas nesta matéria[39].

l) A cooperação dos FGD na resolução de instituições de crédito

Os problemas de liquidez e/ou de solvência de um banco podem ter um impacto bastante significativo não apenas no setor financeiro, por via do efeito-contágio, como na economia nacional como um todo. O regime jurídico aplicável às insolvências dos particulares e empresas não está especialmente vocacionado para prevenir as externalidades negativas no caso das insolvências dos bancos, razão pela qual esse regime não deve ser aplicável às insolvências bancárias, antes devendo cada país adotar um regime jurídico específico para o tratamento das insolvências dos bancos. O objetivo desse quadro legal específico será tornar possível o acompanhamento das insolvências bancárias, atuais ou iminentes, pelas autoridades de regulação e de supervisão do setor bancário, para que os anseios dos depositantes possam ser amplamente satisfeitos, ao mesmo tempo que se minimizam as externalidades negativas de uma insolvência bancária sobre o sistema financeiro e sobre a economia nacional.

Como escrevem Bernet & Walter (2009: 60), são três os pilares do regime de resolução:

1 – O reconhecimento atempado de situações de iliquidez ou de insolvência;
2 – A atempada adoção de medidas de prevenção para assegurar os bens existentes e a liquidez; e
3 – A atempada liquidação ou recapitalização das instituições de crédito.

Em todos os pilares, a atuação atempada é fundamental. É que o reconhecimento tardio dos problemas torna a sua resolução mais difícil e onerosa.

Quando seja adotada uma medida de resolução, o FGD deve cooperar com as autoridades competentes para aplicação das medidas de Resolução, não só partilhando informação, como apoiando financeiramente a transferência dos depósitos constituídos junto de uma instituição de crédito em dificuldades para

39 Bernet e Walter, 2009: 73-74.

uma outra instituição de crédito autorizada a receber depósitos ou para uma instituição criada especialmente para o efeito pelo regulador do setor bancário ou pelo próprio Estado – consoante o que se disponha nas leis do país em causa – denominada de banco de transição, desde que o custo associado a esse financiamento não seja superior ao custo de reembolsar diretamente os depositantes. Esta cooperação deve conferir ao FGD um direito de crédito sobre a instituição participante que seja objeto da medida de resolução, no montante correspondente a essa intervenção.

m) Os FGD no mundo

Segundo a IADI[40-41], a 31 de janeiro de 2014, existiam cento e treze países no mundo onde a garantia dos depósitos bancários era assegurada por sistemas explícitos, isto é, por fundos de garantia de depósitos. A esmagadora maioria destes países adota apenas um FGD, existindo apenas dez países onde há mais de um FGD. É o caso da Áustria (que tem 5), do Canadá (que tem 11), da Colômbia (que tem 2), do Chipre (que tem 2), da Alemanha (que tem 6), da Itália (que tem 3), da Jamaica (que tem 2), do Japão (que tem 2), do México (que tem 2), da Polónia (que tem 2) e de Portugal (que tem 2, o FGD e o FGCAM).

Existem seis países[42], entre os quais Moçambique, que, apesar de ainda não terem sistemas explícitos de garantia de depósitos, estão na fase da sua montagem. Por outro lado, trinta e quatro países que ainda não têm SGD explícitos encontram-se a estudar a hipótese de vir a adotar esses mecanismos.

A opção pela montagem de FGD explícitos é cada vez mais a regra, o que, pensamos, se deve ao facto de os FGD serem importantes mecanismos de preservação da estabilidade dos sistemas financeiros onde se inserem ao desincentivarem as corridas aos depósitos, protegendo os depositantes de eventuais perdas.

---

40 A IADI é uma Associação Internacional de Seguradores de Depósitos, tendo sido criada em 6 de maio de 2002, como uma organização sem fins lucrativos, constituída ao abrigo da Lei Suíça, sendo uma entidade privada. A IADI promove e divulga as melhores práticas internacionais em matéria de fundos de garantia de depósitos, tendo como membros 79 fundos de garantia dos mais diversos países. No caso português, nem o FGD, nem o FGCAM são membros da IADI.

41 Informação disponível em: http://www.iadi.org/di.aspx?id=67.

42 São eles a Costa Rica, a Mauritânia, Moçambique, a Síria, Ilhas Turcas e Caicos, e a Zâmbia.

3. DA GARANTIA DE DEPÓSITOS NA UNIÃO EUROPEIA

3.1. Da harmonização mínima…

A harmonização de regras relativas à garantia de depósitos na União Europeia deu-se através da adoção da Diretiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 1994, na sequência da Recomendação 87/63/CEE, de 22 de dezembro de 1986, da Comissão Europeia. Enveredou-se pelo caminho da harmonização mínima, tendo-se estabelecido a obrigatoriedade de os Estados-Membros adotarem SGD, cujo montante mínimo de proteção deveria ser de € 20.000. Este montante mínimo veio a revelar-se insuficiente, tendo levado a que existissem divergências acentuadas no que diz respeitos aos níveis mínimos de proteção dos depósitos na UE, trazendo distorções no mercado bancário interno.

A ocorrência da crise financeira em 2007, que se acentuou no outono de 2008, veio revelar as fraquezas de grande parte dos SGD dos Estados-membros. Foi então adotada a Diretiva 2009/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2009. Esta, para preservar a confiança dos depositantes e conseguir uma maior estabilidade nos mercados financeiros, veio estabelecer o aumento do nível mínimo de cobertura para € 50.000, devendo, a partir de 31 de dezembro de 2010, a cobertura do conjunto dos depósitos de um mesmo depositante, ser fixada em € 100.000[43]. Houve assim um aumento significativo do montante da garantia, o que reforçou a proteção dos depositantes no mercado bancário interno. O valor de cobertura é um valor harmonizado (é um limite mínimo, mas também um limite máximo), tendo todos os Estados-Membros da União Europeia adotado esse montante.

43 Este limite é aplicável aos depósitos agregados efetuados junto da mesma instituição de crédito, independentemente do número de depósitos, da divisa e da localização na União. O que significa que se um depositante tiver € 300.000 repartidos por três contas bancárias diferentes na mesma instituição de crédito apenas estará protegido até ao montante de € 100.000. Já não será assim se as três contas bancárias com o mesmo valor estivessem sediadas em três instituições de crédito diferentes, caso em que recebe o total. Pode questionar-se qual a razão de ser desta opção da tutela por depositante, por instituição de crédito, e não da opção da tutela por depósito. É que parece ser um convite a que os depositantes com maiores poupanças as dividam por várias instituições de crédito, com vista a obtenção da tutela pela totalidade do montante. Mas se, em alternativa, se tivesse optado pelo princípio da tutela por depósito isso aumentaria o número de depósitos elegíveis por instituição o que significa que, se uma dada instituição de crédito estivesse insolvente, o SGD respetivo ficaria com um grau de exposição maior a essa situação de insolvência. Ao passo que se o principio for o da garantia por depositante, por instituição, o grau de exposição do SGD à insolvência das instituições de créditos é menor dada a menor probabilidade de ocorrerem várias insolvências em simultâneo de várias instituições de crédito.

3.2. … ao aprofundamento da harmonização

A Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, um dos pilares da União Bancária, a par do MUS e do MUR, veio trazer um grande aprofundamento da harmonização e coordenação europeias em matéria de garantia de depósitos visando, em suma: a simplificação e harmonização, em particular no que respeita à cobertura e aos mecanismos de reembolso; a nova redução do prazo limite de reembolso dos depositantes dos atuais 20 dias úteis para 7 dias úteis em 2024; a introdução de mecanismos de financiamento *ex-ante* com um nível-alvo mínimo de fundos *ex-ante* de, em geral, 0,8% dos depósitos cobertos, a atingir no prazo de 10 anos, isto é, em 2024 (estima-se que o montante de depósitos coberto possa ascender a 55 mil milhões de euros).

A Comissão Europeia apresentou uma proposta de aprofundamento da União Bancária no que toca à garantia de depósitos, tendo em vista a criação de um Sistema Europeu de Seguro de Depósitos (SESD)[44]. A base jurídica para a proposta de regulamento que cria o SESD é o artigo 114.º do TFUE, que prevê a adoção das medidas necessárias à aproximação das disposições nacionais que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno. A proposta de regulamento tem por objetivo preservar a integridade e reforçar o funcionamento do mercado interno. A aplicação uniforme de um conjunto único de regras em matéria de proteção dos depósitos, em conjugação com o acesso ao Fundo Europeu de Seguro de Depósitos gerido por uma autoridade central, contribuirá para o bom funcionamento dos mercados financeiros da União e para a estabilidade financeira na União. Eliminará os entraves ao exercício das liberdades fundamentais evitando distorções significativas da concorrência, pelo menos nos Estados-Membros que partilham a supervisão e a resolução das instituições de crédito e a proteção dos depositantes a nível europeu. O artigo 114.º do TFUE é, por conseguinte, a base jurídica adequada[45].

O SESD permitirá concluir o terceiro pilar da União Bancária, a par do que foi feito em matéria de supervisão (primeiro pilar) e da resolução (segundo pilar) bancárias. Reduzirá a vulnerabilidade dos depositantes bancários a

44 A proposta pode ser consultada em:
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0586&from=EN.

45 Esta posição não é, no entanto, pacífica. Com efeito, inúmeros juristas a nível europeu entendem que o artigo 114.º do TFUE não é base jurídica suficiente para a adoção de um SESD, assim como o não é para a criação de um MUR.

grandes choques locais e reduzirá ainda mais o vínculo entre os bancos e as dívidas soberanas. Além disso, num sistema em que as responsabilidades pela supervisão e resolução bancárias são partilhadas, as circunstâncias em que um SGD nacional pode ser utilizado já não se encontram sob controlo nacional. O SESD será constituído pelos sistemas nacionais de garantia de depósitos e por um Fundo Europeu de Garantia de Depósitos.

A sua construção será gradual e faseada, devendo estar operacional em 2024.

A primeira fase é a fase do resseguro e deverá durar três anos, até 2020. Em suma, nesta fase competirá ao SESD: fornecer um montante específico de assistência de liquidez ao sistema nacional de garantia de depósitos; e absorver um montante específico da perda total em que o sistema nacional de garantia de depósitos incorre num procedimento de resolução bancária ou em caso de reembolso. Durante a fase de resseguro, os sistemas nacionais de garantia de depósitos só terão acesso ao SESD: se tiverem cumprido os requisitos para a manutenção de um certo nível de fundos próprios; depois de esgotados os fundos próprios.

A segunda fase é a fase do cosseguro e será aplicável durante quatro anos até 2024. Durante esse período, o SESD assumirá progressivamente montantes mais elevados das perdas incorridas pelos sistemas nacionais de garantia de depósitos em casos de resolução bancária ou reembolso. Nesta fase, os sistemas nacionais de garantia de depósitos e o SESD partilharão cada vez mais os custos relativos à cobertura dos depósitos. Durante a fase de cosseguro, os sistemas nacionais só poderão aceder ao SESD se tiverem cumprido os requisitos para a manutenção de um nível de financiamento específico. Durante esta fase, deixarão de estar sujeitos à condição de terem esgotado os fundos próprios antes de acederem ao SESD. Acresce que, durante os primeiros três anos, as contribuições para o SESD em casos de reembolso ou de resolução estarão limitadas a 20% da sua dimensão prevista inicialmente. Esta proporção aumentará gradualmente, até atingir 100% a partir de 2024. Além disso, o Conselho Único de Resolução acompanhará de perto a aplicação dos fundos do SESD concedidos aos sistemas nacionais de garantia.

A terceira fase será a fase do sistema de garantia integral, devendo estar em pleno vigor em 2024. A partir desta data, o SESD será um sistema de garantia de depósitos plenamente operacional em toda a área do euro. Abrangerá todas as necessidades de liquidez e todas as perdas relacionadas com programas de resolução bancária ou reembolsos.

Quando o SESD se tornar um sistema de garantia plenamente operacional, até 2024, o papel principal dos sistemas de garantia nacionais será: administrar os reembolsos; e ser um ponto de contacto para os depositantes e os bancos.

Ademais, os sistemas nacionais de garantia de depósitos estarão autorizados a recolher fundos, que permanecerão nos sistemas nacionais.

3.3. O caso do Chipre: da lógica do *bail-out* à lógica do *bail-in*

O Chipre tornou-se Estado-membro da União Europeia em janeiro de 2004, tendo passado a integrar a União Económica e Monetária em 2008. Quatro anos após a sua adesão à moeda única, o Chipre mergulharia numa profunda recessão económica, tendo tido a necessidade de formalizar um pedido de ajuda financeira externa ao FMI à CE e ao BCE[46]. Ficou acordado que o montante da ajuda externa seria de 10 mil milhões de euros (cerca de 56 % do Produto Interno Bruto do país). Foi aplicado, em março de 2013, um imposto sobre os depósitos que atingiu 9,9% nas quantias superiores a € 100.000 e de 6,75 % nas restantes.

Logo que conhecida pelo público em geral, a medida provocou uma corrida às caixas multibanco – por ter sido conhecida num fim-de-semana – tendo abalado a confiança não só no sistema financeiro cipriota como também nas instituições europeias. Foram impostas várias restrições para evitar uma fuga de capitais quando os bancos reabrissem, na sequência do encerramento temporário do setor bancário, tendo sido limitadas as transferências para o exterior e a circulação de dinheiro em espécie. Os pagamentos e as transferências para o estrangeiro foram limitados a € 5.000 mensais, por pessoa e por banco, e os viajantes que deixassem o país não poderiam levar mais do que € 3.000 em dinheiro. A aplicação destas medidas restringiu, em nossa opinião, a liberdade de circulação de pessoas e trabalhadores, previstas nos artigos 21.º e 45.º do TFUE, respetivamente, e restringiu, ainda, a liberdade de circulação de capitais, prevista no artigoº 63.º do TFUE. Essa restrição teve, no entanto, como justificação razões imperativas de interesse geral que se prenderam com a salvaguarda do sistema financeiro cipriota, num cenário de grave crise económico-financeira que então vivia. Resta saber se tais imposições não terão violado o princípio da proporcionalidade, nos seus subprincípios da adequação, da necessidade ou da proporcionalidade *stricto sensu*. Pensamos que a medida foi ajustada ao fim a que

46 O Programa de Ajustamento Económico para o Chipre pode ser consultado em: http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2013/pdf/ocp149_en.pdf.

se destina (estabilidade do sistema financeiro, evitando-se uma saída abrupta de capitais do país); foi necessária na medida em que era a alternativa menos restritiva que cumpria o desiderato da manutenção da estabilidade financeira, evitando a fuga de capitais; e, por fim, as medidas adotadas não eram excessivas, face às dificuldades a que visavam fazer face. Com efeito, ao se terem estabelecido os limites mínimos de acesso e movimentação de capitais a que fizemos referência, respeitou-se, num quadro de grave crise económico-financeira, o direito ao mínimo de existência condigna, que se pode extrair do princípio da dignidade da pessoa humana, decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático. Caso os valores fossem muito reduzidos ao ponto de não puderem garantir esse mínimo de existência condigna, parece-nos que estas medidas poderiam ser impugnadas judicialmente – pese embora exista uma grande discricionariedade decisória nestas matérias, de índole iminentemente política – para fazer valer esse direito ao mínimo de existência condigna.

Foi decidida a aplicação de uma medida de resolução ao Banco Laiki. O segundo maior banco nacional cipriota encerrou a sua atividade (sendo separado num *bad bank* e num *good bank*, este último incorporado no Banco do Chipre). Decidiu-se reestruturar o Banco do Chipre, o maior banco nacional. Os acionistas, os obrigacionistas e os depositantes foram chamados a contribuir para estes planos de reestruturação. Quer isto dizer que, se a lógica até então seguida era uma lógica de *bail-out*, isto é, de resgate das instituições financeiras com problemas de liquidez ou de solvabilidade, passou-se a uma lógica de *bail-in*[47], com a chamada em primeira linha dos acionistas, obrigacionistas e depositantes para contribuir para o combate à crise. A adoção desta medida permitiu baixar o montante do programa de ajuda dos 17 mil milhões de euros pedidos pelo Chipre, para os 10 mil milhões como era então exigido pelo FMI e alguns países do norte da Europa. A diferença entre o montante pedido e o emprestado foi assegurada pelos depositantes (estima-se que em 5.800 milhões de euros), por um aumento do imposto sobre os lucros das empresas (o imposto equivalente ao nosso IRC) e por receitas com o programa de privatizações de várias empresas.

O Sistema de Garantia de Depósitos – bem como o Fundo de Resolução das Instituições de Crédito – do Chipre foi criado e está em funcionamento

47 A partir de janeiro de 2016, passaram a ser plenamente aplicáveis as regras de recapitalização interna das instituições de crédito na União Europeia, o que leva a que os acionistas, os credores e os depositantes titulares de depósitos não elegíveis sejam chamados a contribuir, em primeira linha, para a recapitalização interna das suas instituições de crédito, numa lógica de máxima preservação dos contribuintes.

desde março de 2013. A garantia de depósitos no Chipre é assegurada por dois fundos, à semelhança de Portugal: o Fundo de Garantia de Depósitos e o Fundo de Garantia de Depósitos das Instituições de Crédito Cooperativo. A administração dos fundos é composta por representantes do Ministério das Finanças e do Banco Central do Chipre.

A participação nos Fundos de Garantia de Depósitos do Chipre é obrigatória para todas as instituições de crédito com autorização – atribuída pelo Banco Central do Chipre – para desenvolver a sua atividade. O nível máximo de proteção, por depositante, por instituição de crédito é € 100.000, incluindo juros acumulados. Esse limite aplica-se ao montante total dos depósitos numa determinada instituição de crédito. Ao calcular o montante de reembolso a pagar a um depositante, quaisquer empréstimos ou outras facilidades de crédito concedidas pela instituição de crédito ao respetivo depositante são descontadas no montante de reembolso.

4. DA GARANTIA DE DEPÓSITOS EM PORTUGAL

4.1. Fundo de Garantia de Depósitos (FGD)

a) Natureza, objeto e instituições participantes

O FGD é definido como uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira que tem a sua sede em Lisboa, funcionando junto do Banco de Portugal, que assegura os serviços técnicos e administrativos indispensáveis ao seu funcionamento (ver artigo 154.º do RGICSF e artigo 1.º do Regulamento do FGD)[48]. O FGD, à semelhança do FGCAM é membro do EFDI[49].

O FGD tem por objeto garantir o reembolso de depósitos constituídos nas instituições de crédito que nele participem, podendo, ainda, intervir no âmbito da execução de medidas de resolução, de acordo com o regime previsto no artigo 167.º-B do RGICSF. Quando os recursos financeiros do FGCAM se mostrem insuficientes para o cumprimento das suas obrigações relacionadas

48 Aprovado pela Portaria nº 285-B/95, de 15 de setembro de 1995.

49 O EFDI (*European Forum of Deposit Insurers*) foi fundado em 2002, tem a sua sede em Bruxelas e rege-se pela Lei Belga. Funciona como uma plataforma comum de troca de informações sobre a garantia de depósitos, tendo, atualmente, 67 instituições participantes (56 FGD) e associadas de um total de 44 países dos membros do Conselho da Europa.

com o reembolso de depósitos, o FGD pode, igualmente prestar-lhe assistência financeira (artigo 155.º, n.os 1 a 3 do RGICSF).

A participação no FGD é obrigatória, nos termos dos artigos 156.º, n.º 1, do RGICSF e 3.º, n.º 1, do Regulamento do FGD, para as instituições de crédito com sede em Portugal autorizadas a receber depósitos; e para as instituições de crédito com sede em países que não sejam membros da União Europeia, relativamente aos depósitos captados pelas suas sucursais em Portugal, salvo se esses depósitos estiverem cobertos por um sistema de garantia do país de origem em termos que o Banco de Portugal considere equivalentes aos proporcionados pelo FGD, designadamente no que respeita ao âmbito de cobertura e ao limite da garantia, e sem prejuízo de acordos bilaterais existentes sobre a matéria.

O FGD coopera com outros organismos ou instituições que desempenhem funções análogas às suas no âmbito da garantia de depósitos, designadamente no que respeita à garantia de depósitos captados em Portugal por sucursais de instituições de crédito (artigo 156.º, n.º 6, do RGICSF).

b) Regime jurídico

O FGD rege-se pelo RGICSF (artigos 154.º e segs.), pelo seu Regulamento, aprovado pela Portaria nº 285-B/95, de 15 setembro e, subsidiariamente, pela Lei-Quadro dos Institutos Públicos[50]. Nos termos dos artigos 158.º do RGICSF e 19.º do Regulamento do FGD, este é gerido por uma Comissão Diretiva composta por três membros, sendo o presidente um elemento do conselho de administração do Banco de Portugal, por este designado, outro nomeado pelo ministro responsável pela área das finanças, em sua representação, e um terceiro designado pela associação que em Portugal represente as instituições de crédito participantes que, no seu conjunto, detenham o maior volume de depósitos garantidos. A duração do mandato dos membros da comissão diretiva é de três anos, renováveis até ao máximo de quatro mandatos, podendo acumular as suas funções com quaisquer outras, públicas ou privadas, desde que autorizados para o efeito no ato de nomeação.

Entendemos que a aplicação subsidiária da Lei-Quadro dos Institutos Públicos ao FGD deve ser feita com cautela, sob pena de esvaziar a independência necessária ao desempenho das suas atribuições. Com efeito, seria inaceitável que o Governo pudesse exercer poderes de superintendência e de tutela de mérito no que concerne às atribuições do FGD. Isto seria tão mais

50 Lei n.º 3/2004, de 15 de janeiro, na redação do Decreto-Lei n.º 96/2015, de 29 de maio.

grave quando, como acabámos de ver, um dos membros da Comissão Diretiva é um elemento do Conselho de Administração do Banco de Portugal, sendo que o exercício de poderes de superintendência e mesmo até de tutela de mérito sobre membros do Banco de Portugal, ainda que no desempenho de competências no âmbito do FGD, seria contrário às disposições do TFUE e dos Estatutos do SEBC sobre a independência do BCE e dos bancos centrais nacionais.

O facto de o FGD funcionar na dependência funcional do Banco de Portugal não coloca em causa a sua independência operacional face ao poder político, às instituições participantes e aos depositantes, visto o Banco de Portugal beneficiar do estatuto de independência consagrado na sua Lei Orgânica, no TFUE e no respetivo protocolo anexo relativo ao SEBC.

Seria importante estabelecer-se no RGICSF e/ou nos Estatutos do FGD normas relativas ao perfil e qualificações necessárias para os membros da Comissão Diretiva do Fundo, por forma a garantir-se a independência e idoneidade dos mesmos. É que o seu papel é muito importante, pois têm de gerir a aplicação dos recursos financeiros do Fundo, em consonância com o estabelecido no plano de aplicações acordado com o Banco de Portugal, como veremos *infra*.

Resulta do regime jurídico do FGD a inexistência de poderes de supervisão sobre os membros participantes e a inexistência de poderes que lhe permitam dirigir instruções e *guidelines*, cabendo esses poderes ao Banco de Portugal, enquanto regulador do setor bancário.

c) A tutela do depositante

Os depósitos são produtos financeiros de que os depositantes são consumidores.

Poder-se-ia defender, em sentido contrário, que a proteção dos consumidores e dos depositantes difere: no caso dos depositantes estaríamos perante uma proteção que se baseia na informação e transparência, com a definição clara de direitos e obrigações e das características do bem fornecido que não seria um bem típico de consumo, sendo que as normas de tutela do depositante seriam, sobretudo, normas de natureza administrativa que visariam assegurar o bom funcionamento do mercado e só de forma mediata proteger o consumidor; no caso dos consumidores as normas visariam proteger diretamente os direitos subjetivos do utilizador[51]. Pensamos, no entanto, que esta visão é um pouco artificial. Na verdade as normas de tutela dos depositantes visam não

51 Saraiva, 2013: 25-26.

apenas a tutela do sistema financeiro no seu todo, mas também a tutela, de forma direta e imediata, de direitos subjetivos dos depositantes, que surgem como verdadeiros consumidores de produtos financeiros.

Enquanto consumidores de produtos financeiros, os depositantes têm o direito constitucionalmente consagrado, no artigo 60.º, n.º 1, da CRP, à qualidade dos serviços prestados, à formação e à informação, à proteção dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos. Esse direito vem concretizado em diversas disposições do RGICSF.

d) O conceito de depósito e o âmbito da garantia

Segundo o artigo 155.º, n.º 4, do RGICSF, entende-se por *depósito* os saldos credores que, nas condições legais e contratuais aplicáveis, devam ser restituídos pela instituição de crédito e consistam em disponibilidades monetárias existentes numa conta ou que resultem de situações transitórias decorrentes de operações bancárias normais. O n.º 5 do mesmo artigo esclarece que são abrangidos pelo conceito de depósito os fundos representados por certificados de depósito emitidos pela instituição de crédito até 2 de julho de 2014 à ordem de um titular identificado, mas não os representados por outros títulos de dívida por ela emitidos ou pelos instrumentos financeiros previstos nas alíneas *a)* a *f)* do n.º 1 do artigo 2.º do Código dos Valores Mobiliários nem os débitos emergentes de aceites próprios ou de promissórias em circulação. Por seu turno, no n.º 6, o legislador excluiu da definição de depósito "os saldos credores ou créditos que resultem de quaisquer operações de investimento, incluindo aquelas em que o reembolso do capital, acrescido de eventuais remunerações, apenas é garantido ao abrigo de um compromisso contratual específico, acordado com a instituição de crédito ou com uma terceira entidade".

Pestana de Vasconcelos (2011:154 e seguintes), a propósito da noção de contrato de depósito, identifica uma noção (i) muito ampla, (ii) uma intermédia[52] e (iii) uma última, bastante restrita[53]. No seu entendimento, a noção ampla de depósito "abrange quaisquer entregas de moeda legal ou escritural,

52 Nesta aceção, o depósito bancário pode compreender simplesmente entrega ao banco por um cliente de uma quantia em moeda legal (numerário) ou — como será até a regra — escritural, cujo valor é inscrito a crédito numa conta de que é titular, obrigando-se a instituição de crédito a restituir, mediante solicitação, nos termos negocialmente fixados, essa quantia.

53 Neste sentido mais restrito, pode limitar-se o depósito à entrega de numerário, excluindo a moeda escritural. Afasta-se a transferência de uma conta para a outra. O depósito de numerário (e de cheque, o que implica mesmo, neste caso, a circulação de moeda escritural, sendo contraposto, como forma de movimentar a conta a crédito, às transferências bancárias).

que são inscritas numa conta, sendo realizadas quer por um seu titular quer por terceiros". Trata-se da noção que é utilizada pelo RGICSF, cuja amplitude se justifica pela teleologia da norma, traduzindo a "realidade económica, contabilística e psicológica"[54].

Nos termos do artigo 164.º do RGICSF, o FGD garante, até aos limites previstos no artigo 166.º, o reembolso dos depósitos constituídos em Portugal ou noutros Estados membros da União Europeia junto de instituições de crédito com sede em Portugal (trata-se do princípio da garantia pelo Estado de origem, de que falámos *supra*); e dos depósitos constituídos em Portugal junto de sucursais referidas na alínea *b)* do n.º 1 do artigo 156.º do mesmo diploma. Trata-se, neste caso, das instituições de crédito com sede em países que não sejam membros da União Europeia, relativamente aos depósitos captados pelas suas sucursais em Portugal, salvo se esses depósitos estiverem cobertos por um sistema de garantia do país de origem em termos que o Banco de Portugal considere equivalentes aos proporcionados pelo Fundo, designadamente no que respeita ao âmbito de cobertura e ao limite da garantia, e sem prejuízo de acordos bilaterais existentes sobre a matéria.

Nos termos do artigo 165.º, n.º 1 do RGICSF, excluem-se da garantia de reembolso:

a) Os depósitos constituídos em nome e por conta de instituições de crédito, empresas de investimento, instituições financeiras, empresas de seguros e de resseguros, instituições de investimento coletivo, fundos de pensões, entidades do setor público administrativo nacional e estrangeiro e organismos supranacionais ou internacionais, com exceção:

    i) Dos depósitos de fundos de pensões cujos associados sejam pequenas ou médias empresas;
    ii) Dos depósitos de autarquias locais com um orçamento anual igual ou inferior a € 500 000;

b) Os depósitos decorrentes de operações em relação às quais tenha sido proferida uma condenação penal, transitada em julgado, pela prática de atos de branqueamento de capitais;

54 Rives-Lange & Contamine-Raynaud citados por Pestana De Vasconcelos (2011:156).

c) Os depósitos cujo titular não tenha sido identificado nos termos do disposto no artigo 8.º da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, alterada pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro, pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, e pelos Decretos-Leis n.os 242/2012, de 7 de novembro, 18/2013, de 6 de fevereiro, e 157/2014, de 24 de outubro, através da apresentação dos elementos previstos no artigo 7.º da referida lei, à data em que se verificar a indisponibilidade dos depósitos;
d) Os depósitos de pessoas e entidades que, nos dois anos anteriores à data em que se verificar a indisponibilidade dos depósitos, ou em que tenha sido adotada uma medida de resolução, tenham tido participação, direta ou indireta, igual ou superior a 2 % do capital social da instituição de crédito ou tenham sido membros dos órgãos de administração da instituição de crédito, salvo se ficar demonstrado que não estiveram, por ação ou omissão, na origem das dificuldades financeiras da instituição de crédito e que não contribuíram, por ação ou omissão, para o agravamento de tal situação.

Nos casos em que existam dúvidas fundadas sobre a verificação de alguma das situações previstas no número anterior, o FGD suspende a efetivação do reembolso ao depositante em causa até ser notificado de decisão judicial que reconheça o direito do depositante ao reembolso.

Caso haja uma decisão judicial de não reconhecimento do direito à cobertura pelo FGD, após a efetivação do reembolso, a operação de reembolso é revertida em benefício do FGD.

e) Os limites da garantia e os privilégios creditórios

Nos termos do artigo 166.º, n.º 1, do RGICSF, o FGD garante o reembolso, por instituição de crédito[55], do valor global dos saldos em dinheiro de cada titular de depósito, até ao limite de € 100.000. Para esse efeito, considerar-se-ão os saldos existentes à data em que se verificar a indisponibilidade dos depósitos. Note-se que, nos termos do artigo 4.º do Regulamento conjugado com o RGICSF, o reembolso só opera relativamente a depósitos captados em Portugal ou noutros Estados membros da União Europeia por instituições de

55 A garantia é aplicada por cada instituição de crédito participante no FGD, pelo que o facto de um titular ter sido eventualmente reembolsado pelo FGD devido à verificação de uma situação de indisponibilidade de depósitos numa determinada instituição, não prejudica a sua garantia pelos depósitos constituídos junto de uma outra instituição, desde que ambas sejam participantes no FGD.

crédito com sede em Portugal; depósitos captados em Portugal por sucursais de Instituições de Crédito com sede em países que não sejam membros da União Europeia, salvo se esses depósitos estiverem cobertos por um sistema de garantia do país de origem em termos que o Banco de Portugal considere equivalentes aos proporcionados pelo FGD e sem prejuízo de acordos bilaterais existentes sobre a matéria; ou no caso dos depósitos captados em Portugal por sucursais de instituições de crédito com sede noutros Estados membros da União Europeia que participem voluntariamente no Fundo, na parte que exceda a garantia no sistema do país de origem (garantia complementar).

Nos termos do artigo 166.º-A, n.º 1, do RGICSF, os créditos por depósitos abrangidos pela garantia do Fundo, dentro do limite previsto no artigo 166.º, gozam de privilégio geral sobre os bens móveis da instituição depositária e de privilégio especial sobre os imóveis próprios da mesma instituição de crédito. Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, os créditos que gozam de privilégio creditório nos termos do número anterior têm preferência sobre todos os demais privilégios, com exceção dos privilégios por despesas de justiça, dos privilégios por créditos laborais dos trabalhadores da instituição e dos privilégios por créditos fiscais do Estado, autarquias locais e organismos de segurança social. Dispõe ainda o n.º 3 que o regime dos privilégios creditórios previsto nos números anteriores é igualmente aplicável aos créditos titulados pelo FGD e pelo Fundo de Resolução decorrentes do apoio financeiro prestado para a aplicação de medidas de resolução.

A Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março, veio introduzir no artigo em análise o n.º 4 que dispõe que "os créditos por depósitos de pessoas singulares e de micro, pequenas e médias empresas no montante que exceda o limite previsto no artigo 166.º, bem como a totalidade dos créditos por depósitos dessas pessoas e empresas constituídos através de sucursais estabelecidas fora da União Europeia de instituições participantes, relativamente aos quais não se verifique nenhuma das situações previstas no n.º 1 do artigo 165.º, gozam de privilégio geral sobre os bens móveis da instituição de crédito e de privilégio especial sobre os imóveis próprios da instituição com preferência sobre todos os demais privilégios, embora subordinados aos privilégios creditórios previstos nos números anteriores".

f) Efetivação do reembolso

Só há lugar a reembolso, até aos limites legalmente fixados, dos depósitos garantidos e que tenham ficado indisponíveis. Mas o que são depósitos

indisponíveis para efeitos de aplicação do regime jurídico do FGD? Para efeitos legais, há indisponibilidade dos depósitos quando a instituição depositária, por razões diretamente relacionadas com a sua situação financeira, não tiver efetuado o respetivo reembolso nas condições legais e contratuais aplicáveis e o Banco de Portugal tiver verificado[56], no prazo máximo de cinco dias úteis após tomar conhecimento dessa ocorrência, que a instituição não mostra ter possibilidade de restituir os depósitos nesse momento nem tem perspetivas de vir a fazê-lo nos dias mais próximos; ou quando o Banco de Portugal tornar pública a decisão pela qual revogue a autorização da instituição depositária, caso tal publicação ocorra antes da verificação *supra* referida (artigo 167.º, n.º 7, alíneas a) e b) do RGICSF).

O reembolso deve ter lugar no prazo de sete dias úteis a contar da data em que se verifica a indisponibilidade dos depósitos e não depende da apresentação de um pedido dos depositantes ao FGD para esse efeito. Há, no entanto, casos em que o FGD pode solicitar ao Banco de Portugal o diferimento do prazo, designadamente se for incerto que o depositante tenha direito a receber o reembolso; se se encontrar em curso um processo judicial ou contraordenacional pela prática de quaisquer atos relacionados com depósitos garantidos pelo FGD em violação de normas legais ou regulamentares; se o depósito estiver sujeito a medidas restritivas impostas por Governos nacionais ou por organismos internacionais; se não se tiverem registado operações relativas à conta de depósito nos últimos dois anos; se se tratar de um dos depósitos previstos no n.º 2 do artigo 166.º; se o montante do reembolso for pago pelo SGD oficialmente reconhecido no Estado membro de acolhimento, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 168.º

Nas situações a que se referem as alíneas *e)* e *f)* do n.º 4 do artigo 166.º, o prazo de reembolso será de 90 dias a contar da data em que se verifica a indisponibilidade dos depósitos.

Salvaguardando o prazo de prescrição estabelecido na lei, o termo dos prazos previstos de reembolso não prejudica o direito dos depositantes a reclamarem do FGD o montante que por este lhes for devido.

---

56 Considera-se que o Banco de Portugal toma conhecimento de que a instituição depositária não se encontra a efetuar o reembolso dos depósitos nas condições legais e contratuais aplicáveis quando existe informação pública de cessação de pagamentos pela instituição (artigo 167.º, n.º 8, do RGICSF). É de saudar a existência desta norma pois permite retirar margem de discricionariedade ao Banco de Portugal, permitindo a sindicabilidade judicial de uma eventual decisão do Banco de Portugal que não verifique a indisponibilidade dos depósitos.

Se o titular da conta ou do direito aos montantes depositados tiver sido acusado da prática de atos de branqueamento de capitais, o FGD suspende o reembolso do que lhe for devido até ao trânsito em julgado da sentença final.

Não serão reembolsados os depósitos cuja conta de depósito não tenha registado qualquer operação nos últimos dois anos e cujo montante seja inferior aos custos administrativos em que o Fundo incorreria ao efetuar o reembolso.

Caso se mostre adequado, o Banco de Portugal deve comunicar ao FGD qualquer situação verificada numa instituição de crédito que torne provável o acionamento da garantia de depósitos.

A instituição depositária é obrigada a fornecer ao FGD, no prazo de dois dias úteis a contar da data em que este o solicite uma relação completa dos créditos dos depositantes, bem como todas as demais informações de que o FGD careça para satisfazer os seus compromissos, cabendo ao FGD analisar a contabilidade da instituição e recolher nas instalações desta quaisquer outros elementos de informação relevantes. Para tal, as instituições de crédito indicam todos os depósitos abrangidos pela garantia do FGD.

O Banco de Portugal, em colaboração com o FGD, regula, fiscaliza e realiza testes periódicos à eficácia dos mecanismos, podendo determinar a realização desses testes pelas próprias instituições participantes.

Sem prejuízo de a utilização dos recursos financeiros complementares enumerados no n.º 1 do artigo 162.º estar condicionada à verificação de uma situação de insuficiência dos recursos definidos no artigo 159.º, o FGD pode, antecipadamente, proceder aos estudos e planear e preparar os mecanismos de modo que o financiamento nas condições definidas no artigo 162.º permita o cumprimento dos prazos estabelecidos no n.º 1 do artigo 167.º

O FGD deverá realizar, pelo menos de três em três anos, testes de esforço aos seus mecanismos para assegurar a eficácia dos mesmos numa situação de indisponibilidade de depósitos, nomeadamente o cumprimento dos prazos de reembolso.

O FGD ficará sub-rogado nos direitos dos depositantes na medida dos reembolsos que tiver efetuado.

g) Recursos financeiros

Nos termos do artigo 159.º do RGICSF e do artigo 7.º do Regulamento, o FGD dispõe, como recursos próprios, das contribuições iniciais das instituições de crédito participantes, das contribuições periódicas das instituições de crédito participantes, dos rendimentos da aplicação de recursos, das liberalidades e

de quaisquer outras receitas, rendimentos ou valores que provenham da sua atividade ou que por lei ou contrato lhe sejam atribuídos, incluindo o produto das coimas aplicadas às instituições de crédito.

Os recursos financeiros do Fundo devem ter como nível mínimo o montante correspondente a 0,8% do valor dos depósitos garantidos pelo Fundo, dentro do valor limite garantido, de todas as instituições de crédito participantes. Se, depois de ser atingido este nível mínimo, os recursos financeiros do FGD se tornarem inferiores a dois terços desse nível mínimo, o Banco de Portugal fixa o montante das contribuições periódicas de forma a atingir o referido nível mínimo num prazo de seis anos.

Até 31 de março de cada ano, o Banco de Portugal informa a Autoridade Bancária Europeia do montante dos depósitos constituídos em Portugal garantidos pelo Fundo, dentro do valor limite de depósitos garantidos, e do montante dos recursos financeiros disponíveis no Fundo em 31 de dezembro do ano anterior.

Nos termos do artigo 160.º do RGICSF, no prazo de 30 dias a contar do registo do início da sua atividade, as instituições participantes entregam ao FGD uma contribuição inicial, sendo, no entanto, dispensadas de contribuição inicial as instituições que resultem de operações de fusão, cisão ou transformação de participantes no FGD. Nos termos do artigo 13.º, n.º 3, do Regulamento, o Ministro das Finanças, sob proposta do Fundo, poderá isentar as novas instituições participantes da obrigação de efetuar contribuições especiais durante um período de três anos.

Atualmente o valor da contribuição inicial é de € 50.000, tendo sido estabelecido pelo Banco de Portugal, no Aviso n.º 7/2001, sob proposta da comissão diretiva do FGD.

Nos termos do artigo 161.º, n.º 1, do RGICSF, as instituições participantes entregam ao FGD, até ao último dia útil do mês de abril, uma contribuição anual cujo valor é fixado em diploma próprio.

O Aviso do Banco de Portugal n.º 11/94, de 29 de dezembro, na redação que lhe é dada pelo aviso n.º 12/2014, estabelece o método de cálculo da contribuição anual a entregar ao FGD pelas instituições participantes. O valor da contribuição anual das instituições participantes é calculado pela aplicação de uma taxa contributiva sobre o valor médio dos saldos mensais dos depósitos[57]

57 O valor médio dos saldos mensais dos depósitos do ano é dado pela média dos saldos dos depósitos registados no final de cada mês acrescidos dos respetivos juros corridos, sendo os depósitos em moeda estrangeira convertidos em euros às taxas de câmbio oficiais do último dia do mês.

do ano anterior, não considerando os depósitos excluídos. Esta taxa é determinada a partir de uma taxa contributiva de base, que é multiplicada por um fator de ajustamento[58] calculado em função do perfil de risco de cada instituição participante, tendo em consideração a sua situação de solvabilidade.

O Banco de Portugal fixa anualmente, até 15 de dezembro, mediante instrução, a taxa contributiva de base, até ao máximo de 0,2%, ouvidas a comissão diretiva e as associações representativas das instituições de crédito participantes. O fator de ajustamento não pode ser inferior a 0,8 nem superior a 2,0, pelo que, quando da aplicação da fórmula prevista naquele número resultar um fator de ajustamento fora desse intervalo, o fator de ajustamento a considerar é igual ao limite mais próximo.

A taxa contributiva a que refere o n.º 4 poderá ser ajustada quando a evolução da estrutura do sistema financeiro ou das condições de equilíbrio financeiro do Fundo o justifiquem, devendo tal ser comunicado às instituições de participantes pelo Banco de Portugal.

Nos termos do artigo 163.º do RGICSF, o FGD aplicará os recursos disponíveis em operações financeiras, mediante plano de aplicações acordado com o Banco de Portugal.

A política de investimentos do Fundo de Garantia de Depósitos tem mantido um caráter um tanto conservador, plasmado no "Plano de Aplicações dos Recursos Financeiros do Fundo de Garantia de Depósitos" e refletido na estrutura da carteira de referência (*benchmark*) selecionada pela Comissão de Investimentos. A estratégia de investimentos tem sido a de limitar a exposição da carteira aos riscos de crédito, de mercado e de liquidez.

De acordo com o Relatório da Atividades de 2013 do FGD, o valor de mercado da carteira de ativos do FGD, a 31 de dezembro de 2013, era de 1.049,3 milhões de euros. Em 31 de dezembro de 2013, a carteira do Fundo de Garantia de Depósitos era composta na sua quase totalidade por bilhetes e obrigações do tesouro de países da área do euro. O FGD recorreu ainda, ao longo de 2013, à constituição de depósitos não remunerados junto do Banco de Portugal, nomeadamente sempre que as taxas de remuneração líquidas correspondentes aos prazos e emitentes considerados pela política de investimentos apresentaram níveis negativos. Esta política de investimentos de caráter

58 O fator de ajustamento é determinado com base na seguinte fórmula, cujo resultado é arredondado a duas casas decimais: *Fator de ajustamento = 11,5 / RCMET1*. Em que RMCET1 é o rácio médio de fundos próprios principais de nível 1 ("*Common Equity Tier 1*") relevante para cada instituição participante, expresso em pontos percentuais, arredondado a uma casa decimal.

conservador, ajustada ao objetivo de garantia dos depósitos, traduziu-se numa reduzida exposição ao risco de taxa de juro.

Nos termos do artigo 162.º do RGICSF, em casos excecionais, isto é, quando os recursos do FGD previstos no artigo 159.º do mesmo diploma se mostrem insuficientes para o cumprimento das suas obrigações, podem ser utilizados como meios de financiamento, por um lado, as contribuições especiais das instituições de crédito e, por outro lado, as importâncias provenientes de empréstimos, podendo, ainda, acrescer a esses recursos os empréstimos do Banco de Portugal e/ou os empréstimos ou garantias do Estado, sob proposta da Comissão Diretiva do FGD. Note-se que, como vimos a propósito da Diretiva n.º 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, o FGD também poderá recorrer a empréstimos junto de outros SGD de Estados-membros da UE, para além dos empréstimos do Banco de Portugal e do Estado, já referidos. Estes empréstimos devem observar as condições referidas nos números 9 e seguintes do artigo 162.º do RGICSF.

Nos termos do artigo 225.º, n.º 4 do RGICSF, reverte integralmente para o FGD o valor das coimas em que forem condenadas as instituições de crédito, independentemente da fase em que se torne definitiva ou transite em julgado a decisão condenatória. Note-se que é o Banco de Portugal que tem competência para instaurar processos contraordenacionais e não o FGD. As coimas aplicadas às instituições de crédito cuja receita reverte a favor do FGD são reconhecidas como resultado deste por contrapartida de um valor a receber, no momento da emissão por parte do Banco de Portugal de uma guia de pagamento dirigida à instituição infratora.

b) Intervenção no âmbito da execução de medidas de resolução

O FGD pode, nos termos do artigo 155.º, n. º 2, intervir no âmbito da execução de medidas de resolução, de acordo com o regime previsto no artigo 167.º-B, ambos do RGICSF. Neste caso, o Banco de Portugal pode determinar que o Fundo intervenha no âmbito da execução das medidas de resolução até ao limite máximo:

a) Do montante em que os créditos por depósitos garantidos pelo Fundo, dentro do limite previsto no artigo 166.º, teriam sido reduzidos para suportar os prejuízos da instituição, no âmbito da aplicação da medida de recapitalização interna, se esses depósitos não tivessem sido excluídos da aplicação daquela medida nos termos do disposto na alínea a)

do n.º 6 do artigo 145.º-U e tivessem sido reduzidos na mesma medida em que foi reduzido o valor nominal dos créditos com o mesmo nível de subordinação de acordo com a graduação dos créditos em caso de insolvência; ou

b) Do montante dos prejuízos que os depositantes titulares de depósitos garantidos pelo Fundo, dentro do limite previsto no artigo 166.º, teriam suportado em consequência da aplicação de medidas de resolução, com exceção da medida de recapitalização interna, no caso de esses prejuízos serem proporcionais aos sofridos pelos restantes credores com o mesmo nível de subordinação de acordo com a graduação dos créditos em caso de insolvência.

A intervenção do FGD no âmbito da execução das medidas de resolução não poderá implicar que os seus recursos financeiros sejam reduzidos para um montante igual ou inferior a metade do seu nível mínimo.

A intervenção no âmbito da aplicação de uma medida de resolução confere ao FGD um direito de crédito sobre a instituição participante que seja objeto da medida de resolução, no montante correspondente a essa intervenção.

Caso os depósitos garantidos pelo Fundo, dentro do limite previsto no artigo 166.º, constituídos junto de uma instituição de crédito objeto de resolução sejam transferidos para outra entidade no âmbito da aplicação da medida de alienação da atividade ou da medida de transferência da atividade para uma instituição de transição, os titulares dos depósitos em causa não têm qualquer crédito sobre o FGD no que respeita à parte dos seus depósitos junto da instituição de crédito objeto de resolução que não seja transferida, desde que o montante dos fundos transferidos seja igual ou superior ao limite previsto no artigo 166.º.

i) O controlo da atividade do FGD

O Conselho de Auditoria do Banco de Portugal é a entidade fiscalizadora da atividade do FGD, em conformidade com o disposto no artigo 171.º do RGICSF e no artigo 25.º do Regulamento do FGD, competindo-lhe: acompanhar o funcionamento do Fundo e zelar pelo cumprimento das leis e regulamentos que lhe são aplicáveis; solicitar reuniões periódicas ou ocasionais com a comissão diretiva; chamar a atenção da comissão diretiva para qualquer assunto que entenda dever ser ponderado e pronunciar-se sobre qualquer matéria que lhe seja submetida por aquele órgão; emitir parecer acerca dos relatórios e contas da atividade do FGD.

Conforme dispõe o artigo 172.º do RGICSF, até 31 de março de cada ano, o FGD apresentará ao Ministro das Finanças, para aprovação, relatório e contas referidos a 31 de dezembro do ano anterior e acompanhados do parecer do Conselho de Auditoria do Banco de Portugal. É ao Ministro das Finanças que compete a aprovação, por portaria e sob proposta da comissão diretiva, dos regulamentos necessários à atividade do FGD e ainda fixar as remunerações dos membros da comissão diretiva, nos termos do artigo 173.º do RGICSF. Parece-nos lamentável esta opção legislativa por poder colocar em causa a independência do FGD face ao Governo. É claro que os regulamentos têm de estar em consonância com a disciplina jurídica estabelecida para o FGD no RGICSF. Só que, ainda assim, há inúmeros aspetos que apenas vêm previstos nos regulamentos, tendo sido, em nossa opinião, preferível atribuir ao Banco de Portugal este poder regulamentar relativo à atividade do Fundo. É que, como vimos *supra*, o estatuto de independência do Banco de Portugal, imposto pela sua participação no SEBC, traria garantias acrescidas da independência do FGD face a possíveis pressões políticas. Por outro lado, cabe ao Ministro das Finanças a aprovação do relatório anual e contas do FGD (cfr. artigo 172.º do RGICSF), o que também nos parece lamentável por reduzir a independência do FGD.

O FGD está ainda sujeito à fiscalização sucessiva do Tribunal de Contas, nos termos dos artigos 2.º, 50.º, 51.º, n.º 1, al. *f)*, 52.º da LOFTC, razão pela qual os relatórios de atividades são enviados ao Tribunal para análise. O Tribunal de Contas tem vindo a criticar, nos seus Pareceres sobre a Conta Geral do Estado, a indevida omissão nos OE e nas respetivas execuções, de SFA da administração central, o que desrespeita o disposto na LEO. Em 2014 verificou-se a omissão, entre outros, do Fundo de Garantia de Depósitos e do Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo.

j) O balanço da atuação do FGD

A primeira e única vez que até hoje o FGD foi chamado a intervir ocorreu em abril de 2010, na sequência da indisponibilidade dos depósitos constituídos junto do Banco Privado Português, SA (BPP, SA), com a revogação pelo Banco de Portugal, da sua autorização para o exercício da atividade bancária. Nesse mesmo ano, o FGD efetuou pagamentos, a título de reembolso dos depositantes, no montante total de 89,2 milhões de euros. Apesar de ter cumprido os prazos de reembolso a que se encontrava vinculado, a operação de reembolso continuou em 2011, visto existir um conjunto de titulares em relação

aos quais o FGD não dispunha do NIB para o qual deveriam ser transferidas as importâncias e em razão de se terem colocado dúvidas acerca da existência de um efetivo direito ao reembolso por parte de um conjunto de titulares que se encontravam em situações mais duvidosas[59]. Em 2013, o FGD procedeu ainda ao reembolso de depósitos constituídos junto do BPP, S.A., relativos a situações em que o reembolso não havia sido possível em anos anteriores, por razões alegadamente alheias ao Fundo. A 31 de dezembro de 2013, o FGD havia procedido a reembolsos de depósitos constituídos no BPP no montante acumulado de 99,6 milhões de euros. Já em 2014, o FGD efetuou pagamentos de depósitos no montante de 736 mil euros, aproximadamente, pelo que o valor total dos reembolsos efetivamente realizados pelo Fundo ultrapassou os 100 milhões de euros.

Em maio de 2011, Portugal assinou o Memorando de Entendimento com o FMI, a CE e o BCE, o que também trouxe implicações sobre a garantia de depósitos. Com efeito, Portugal comprometeu-se, no âmbito do programa de assistência financeira, a reforçar o regime jurídico aplicável ao FGD, o que viria a acontecer com a publicação no ano seguinte do Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de fevereiro.

No final do exercício de 2013, segundo o Relatório de contas de 2013, os recursos próprios do FGD atingiram o montante de 1.489,9 milhões de euros, como referido *supra*.

A aplicação dos recursos do FGD continuou a ser orientada por princípios de máxima prudência e de preservação de liquidez, atendendo às restrições que decorrem do objeto do Fundo. Continuaram a privilegiar-se as aplicações em ativos com elevada qualidade creditícia e elevada liquidez. A instabilidade observada nos últimos anos nos mercados de dívida soberana tem induzido a persistência de níveis historicamente baixos das taxas de juro dos emitentes

59 Referimo-nos aos titulares em relação aos quais se colocaram dúvidas fundadas quanto à verificação das causas de exclusão da garantia previstas no artigo 165.º do RGICSF; aos montantes em relação aos quais se colocaram dúvidas fundadas de que se enquadrassem no âmbito da cobertura do FGD; aos depósitos cujos titulares mantinham dívidas, vencidas e exigíveis, perante o BPP, garantidas ou não por penhor dos depósitos, no montante que se encontrava abrangido por penhor ou, na ausência deste, no montante que correspondia às respetivas dívidas, vencidas e exigíveis; aos titulares de contas abertas no BPP, após a data em que o banco tornou pública a incapacidade de cumprir as suas obrigações e em que se verificou a adoção, pelo Banco de Portugal, de medidas extraordinárias de saneamento, e em especial após a data em que o BPP, S.A. anunciou em definitivo a cessação de pagamentos; aos titulares de contas em que se verificou o aditamento de contitulares após a data em que o banco tornou pública a incapacidade de cumprir as suas obrigações e em que se verificou a adoção, pelo Banco de Portugal, de medidas extraordinárias de saneamento.

percecionados como tendo maior qualidade creditícia. Em particular, em grande parte do ano de 2013, as aplicações financeiras em dívida pública elegíveis para investimento pelo Fundo apresentavam níveis negativos de rentabilidade até à maturidade, líquida da fiscalidade aplicável. Este contexto particularmente adverso, em 2013, para a prossecução do objetivo de preservação do valor do Fundo traduziu-se numa rentabilidade líquida de impostos negativa das aplicações de risco mínimo que servem de referência à gestão do FGD. Mas foi possível alcançar uma rentabilidade de 0,01 por cento, líquida de fiscalidade e de custos de gestão, tendo para o efeito contribuído o recurso à constituição de depósitos não remunerados junto do Banco de Portugal sempre que os investimentos elegíveis em dívida tinham associadas taxas negativas.

Note-se que a relação entre os recursos próprios do FGD e os depósitos efetivamente cobertos pela garantia continuou a situar-se na ordem dos 1,3 %, no final de 2013, valor idêntico ao registado no ano anterior.

O rácio de cobertura[60] de depósitos em 2013 situava-se na ordem dos 74% dos depósitos elegíveis, o que consideramos ser um valor bastante aceitável.

4.2. Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo (FGCAM)

a) A criação do FGCAM e a sua evolução jurídica

O FGCAM foi criado em abril de 1987, pelo Decreto-Lei n.º 182/87, de 21 de abril, sendo o primeiro SGD a operar em Portugal, visto que, como vimos *supra*, o FGD seria criado depois. Significa isto que o FGCAM é anterior à Diretiva n.º 94/19/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de maio de 1994, relativa aos Sistemas de Garantia de Depósitos. No entanto, como a Diretiva estabeleceu alguma flexibilidade de atuação – uma vez que permitia que as instituições de crédito que beneficiassem de um sistema que garantisse a sua liquidez e a solvabilidade, assegurando aos respetivos depositantes uma proteção pelo menos equivalente à de um SGD, tivessem a possibilidade de se manterem nesse mesmo sistema – ao abrigo desta faculdade, as Caixas de Crédito Agrícola Mútuo pertencentes ao SICAM foram dispensadas de participar no Fundo de Garantia de Depósitos, criado em 1994, uma vez que já participavam num sistema próprio, o FGCAM.

60 Rácio entre o valor dos depósitos até ao limite da garantia e o valor total desses mesmos depósitos.

A criação do FGCAM surge do reconhecimento do importante papel do Crédito Agrícola Mútuo no desenvolvimento e progresso das comunidades rurais, enquanto organização de cariz cooperativo especialmente vocacionada para a concessão de crédito ao setor agrícola[61]. A constituição do fundo teve, assim, por propósitos dotar o sistema de crédito agrícola mútuo com um órgão próprio, capaz de intervir a qualquer momento e sempre que a situação o exigisse, designadamente através da prestação do apoio financeiro às Caixas que dele necessitassem e, deste modo, contribuir eficazmente para assegurar a solvabilidade desse tipo de instituições participantes. No final de 1987, participavam no Fundo de Garantia 201 Caixas de Crédito Agrícola Mútuo e a Caixa Central.

Pode perguntar-se por que razão o legislador não terá optado, aquando da criação do FGD, pela fusão dos dois fundos num só. É que, pese embora as CCAM tenham especificidades próprias a verdade é que, com o Decreto-Lei n.º 231/82, de 17 de junho, houve uma aproximação do regime de funcionamento das CCAM ao das restantes instituições de crédito – mas sem desvirtuar as suas características fundamentais –, um alargamento do conceito de operações de crédito agrícola e o estabelecimento de uma caixa central destinada a contribuir para a gestão integrada do sistema agrícola mútuo, com plena utilização dos recursos captados pelas caixas agrícolas e a consequente redução das necessidades de financiamento exterior ao sistema. Como tal, se é certo que fazia sentido em 1987 criar o FGCAM com vista a preservar a solvabilidade das caixas agrícolas – visto que os instrumentos existentes eram insuficientes, face à vulnerabilidade das mesmas, resultante, nomeadamente, da sua especificidade enquanto cooperativas, da sua organização territorial de âmbito concelhio e da especialização do seu crédito (exclusivamente à agricultura) – também não deixa de ser certo que o legislador poderia ter aproveitado a criação do FGD para nele fundir o FGCAM. Ademais, se olharmos para os dois regimes, o que vemos é que o regime de um é o decalque do regime do outro, sendo que o que justifica esta dualidade de fundos são apenas razões históricas e não nenhuma impossibilidade de ordem técnico-jurídica do FGD poder vir a garantir os depósitos constituídos junto das CCAM, por muitas especificidades que estas possam ter devido à sua natureza cooperativa.

61 Sobre o Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo, Cfr. Maçãs, 2009.

b) Natureza, objeto e instituições participantes

O FGCAM é uma pessoa coletiva pública, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, que funciona junto do Banco de Portugal (artigo 1.º, n.º 1 dos Estatutos FGCAM).

O FGCAM tem por objeto garantir o reembolso de depósitos constituídos em Portugal ou noutros Estados membros da União Europeia junto da Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo e das caixas de crédito agrícola mútuo suas associadas (artigo 2.º, n.º 1, dos Estatutos FGCAM), bem como promover e realizar as ações que considere necessárias para assegurar a solvabilidade e liquidez das referidas instituições, com vista à defesa do SICAM (artigo 2.º, n.º 2, dos Estatutos do FGCAM). O FGCAM pode igualmente intervir no âmbito da execução de medidas de resolução (artigos 2.º, n.º 3, e 15.º-B dos Estatutos do FGCAM). O FGCAM pode ainda prestar assistência financeira ao FGD quando os recursos financeiros deste se mostrem insuficientes para o cumprimento das suas obrigações (artigo 2.º, n.º 4, dos Estatutos do FGCAM).

A gestão do FGCAM é assegurada por uma Comissão Diretiva (art 6.º dos Estatutos do FGCAM), à qual compete efetuar, em nome e por conta e ordem do FGCAM, todos os atos e operações necessários ou convenientes à realização do seu objeto. A Comissão Diretiva é constituída por três membros, tendo por Presidente um Administrador do Banco de Portugal e sendo os dois Vogais nomeados, um pelo Ministério das Finanças e outro pela Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo. Os membros da Comissão Diretiva exercem as suas funções por mandatos de três anos, renováveis até ao máximo de três mandatos, podendo acumular as suas funções com quaisquer outras, públicas ou privadas, desde que autorizados para o efeito no ato de nomeação (artigo 6.º, n.º 5, dos Estatutos do FGCAM).

Participam atualmente no FGCAM a Caixa Central e 83 CCAM.

c) O regime jurídico e a tutela do depositante

O regime jurídico do FGCAM vem atualmente previsto no Decreto-Lei n.º 345/98, na redação que lhe é dada pela Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março. Subsidiariamente, tal como acontece com FGD, é aplicável ao FGCAM a Lei-Quadro dos Institutos Públicos, pelo que as considerações que tecemos a propósito desta aplicação subsidiária desta lei ao FGD também têm aqui a sua aplicação.

No que concerne à definição dos depósitos garantidos e dos depósitos excluídos, aos limites de garantia, ao dever de informação das instituições de

crédito para com os depositantes, à intervenção no âmbito da execução de medidas de resolução, bem como ao controlo da atividade do FGCAM valem as considerações que tecemos *supra*, a propósito do FGD.

Naturalmente que o depositante da CCAM terá um perfil um pouco diferente do perfil típico dos depositantes das outras instituições de crédito, em resultado de as CCAM estarem especialmente vocacionadas para a concessão de crédito agrícola e da sua natureza cooperativa. Contudo estamos em crer que essas diferenças se têm vindo a esbater, sobretudo a partir dos anos 80, como referido, quando houve uma aproximação de regimes entre o regime jurídico aplicável às CCAM e o regime jurídico aplicável as restantes instituições de crédito.

d) Recursos financeiros

As contribuições iniciais das instituições participantes, as contribuições periódicas das instituições participantes, os rendimentos da aplicação dos seus recursos, as liberalidades e quaisquer outras receitas, rendimentos ou valores que provenham da sua atividade ou que por lei ou contrato lhe sejam atribuídos, incluindo o produto das coimas aplicadas às instituições de crédito, constituem os recursos financeiros do FGCAM (nos termos do artigo 7.º dos Estatutos do FGCAM). Quando estes recursos se mostrem insuficientes para o cumprimento das suas obrigações, poderão ser utilizados como meios de financiamento as contribuições especiais das instituições participantes, as importâncias provenientes de empréstimos, os empréstimos do Banco de Portugal e os empréstimos ou garantias do Estado, sob proposta da Comissão Diretiva do FGCAM (nos termos do artigo 10.º dos Estatutos do FGCAM).

Os recursos financeiros do FGCAM devem ter como nível mínimo o montante correspondente a 0,8% do valor dos depósitos garantidos pelo FGCAM, dentro do limite previsto no artigo 12.º dos Estatutos do FGCAM, de todas as instituições participantes. Se, depois de ser atingido este nível mínimo, os recursos financeiros do FGCAM se tornarem inferiores a dois terços desse nível mínimo, o Banco de Portugal fixa o montante das contribuições periódicas de forma a alcançar o referido nível mínimo num prazo de seis anos. Até 31 de março de cada ano, o Banco de Portugal informa a ABE do montante dos depósitos constituídos em Portugal garantidos pelo FGCAM, dentro do limite previsto no artigo 12.º, e do montante dos recursos financeiros disponíveis no FGCAM em 31 de dezembro do ano anterior.

e) O balanço da atuação do FGCAM

Segundo o último relatório de atividades publicado, relativo ao ano de 2013, a análise da evolução do valor dos recursos financeiros do FGCAM e da sua utilização revela que, este recebeu, ao longo de vinte e seis anos de existência, contribuições, juros e outros créditos no valor global de 428 milhões de euros, assim discriminados:

- 111 milhões de euros de contribuições entregues pelo Banco de Portugal;
- 309 milhões de euros de contribuições pagas pelo SICAM, dos quais:
  - 32 milhões de euros pela Caixa Central;
  - 277 milhões de euros pelas CCAM;
- 7 milhões de euros de juros líquidos pagos pelo SICAM, no âmbito de assistência financeira concedida;
- 1 milhão de euros no âmbito da recuperação de créditos relativos a assistências financeiras anteriormente concedidas a CCAM do SICAM.

O SICAM recebeu do FGCAM 218 milhões de euros a título de assistência financeira, dos quais 81 milhões de euros se reportavam a empréstimos, ainda não reembolsados; 91 milhões de euros, se reportavam a apoio financeiro à CREDIVALOR para compra de créditos e títulos de capital no âmbito de contratos de assistência financeira a CCAM; e 45 milhões de euros se reportavam a subsídios, dos quais 2 milhões concedidos à Caixa Central, no período de 1999 a 2002. Por outro lado, o SICAM recebeu ainda do FGCAM, a título de assistência financeira, 158,3 milhões de euros relativos a empréstimos subordinados entretanto reembolsados.

O valor das aplicações financeiras existentes em dezembro de 2013 era de 254 milhões de euros. Desses, 111 milhões de euros correspondiam ao valor total das contribuições entregues pelo Banco de Portugal; 100 milhões de euros correspondiam à parte do montante total das Contribuições entregues pelo SICAM (309 milhões de euros) que não foi reaplicada no SICAM; e, finalmente, 43 milhões de euros correspondiam à criação de valor pelo FGCAM, isto é, a parte dos proveitos de aplicações financeiras (80 milhões) não absorvida pelas despesas de funcionamento (2 milhões), pelas despesas de financiamento da atividade corrente da CREDIVALOR (31 milhões) e por subsídios atribuídos (4 milhões). Dos 254 milhões de euros de aplicações financeiras do FGCAM, 197 milhões são aplicações para garantia dos depósitos constituídos nas Caixas do SICAM e 57 milhões são aplicações livres.

5. CONCLUSÃO

Os fundos de garantia de depósitos são um elemento estruturante das modernas *financial safety nets*. A sua importância é fulcral pois, por um lado, asseguram a estabilidade do sistema financeiro e evitam o tão temido risco sistémico, ao mesmo tempo que, por outro lado, garantem a proteção dos depositantes, sobretudo dos mais vulneráveis, trazendo o valor fundamental da confiança. E isto é assim porque os fundos garantem aos depositantes que, mesmo em cenário de crise bancária, em que determinada instituição de crédito enfrenta problemas de liquidez e até de solvabilidade, os seus depósitos estão garantidos até determinado montante, evitando-se assim as corridas aos depósitos ("*bank-run*"), com os seus efeitos nefastos. É que nenhuma instituição de crédito tem disponível, pela natureza da sua atividade, a totalidade dos montantes depositados pelos seus clientes.

Num passado recente temos assistido ao estabelecimento destes mecanismos de garantia explícita dos mercados financeiros por todo o mundo, o que se poderia explicar com recurso a uma única palavra: *confiança*. Da concreta montagem e implementação de um fundo de garantia de depósitos moderno vai depender o seu sucesso ou insucesso, este último, muitas vezes, associado a problemas de risco moral.

BIBLIOGRAFIA

Araújo, Fernando

2005 *Introdução à Economia*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina.

Ayadi, Rym & Lastra, Rosa M.

2010 "Proposals for reforming deposit guarantee schemes in Europe", in *Journal of Banking Regulation*, Vol. 11, 3, Macmillan Publishers, pp. 210–222.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS) / INTERNATIONAL ASSOCIATION OF DEPOSIT INSURERS (IADI):

2009 *Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*, disponível em: http://www.bis.org/publ/bcbs151.pdf.

Bernet, Beat & Walter, Susanna

2009 *Design, Structure and Implementation of a Modern Deposit Insurance Scheme*, *SUERF – The European Money and Finance Forum*, disponível em: https://www.suerf.org/docx/s_6547884cea64550284728eb26b0947ef_2437_suerf.pdf.

Camanho, Paula Ponces

2005 *Do contrato de depósito bancário*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina.

Carneiro da Frada, Manuel A.

2009 "Crise Financeira Mundial e Alteração das Circunstâncias: Contratos de Depósito versus Contratos de Gestão de Carteiras", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69.

COMISSÃO EUROPEIA (CE)

2013 *The Economic Adjustment Programme for Cyprus*, disponível em: http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2013/pdf/ocp149_en.pdf.

2016 *Proposta de REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO que altera o Regulamento (UE) 806/2014 com vista à criação do Sistema Europeu de Seguro de Depósitos*, disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015PC0586&from=EN.

Costa Pina, Carlos

2004 *Instituições e Mercados Financeiros*, Coimbra: Almedina.

Demirgüç-Kunt, Aslı, Kane, Edward, Karacaovali, Baybars & Laeven, Luc

2008 "Deposit Insurance around the World: A Comprehensive Database", in *Deposit Insurance Around The World – Issues Of Design And Implementation* (orgs. Asli Demirgüç-Kunt; Edward J. Kane e Luc Laeven), Cambridge, Massachusetts, London, England: The Mit Press, pp. 363-382.

Demirgüç-Kunt, Aslı, Kane, Edward & Laeven, Luc
2008 "Deposit Insurance Design and Implementation: Policy Lessons from Research and Practice", in *Deposit Insurance Around The World – Issues Of Design And Implementation* (Orgs. Asli Demirgüç-Kunt; Edward J. Kane e Luc Laeven), Cambridge, Massachusetts, London, England: The Mit Press, pp. 3-26.
FINANCIAL STABILITY FORUM (FSF)
2001 *Guidance for Developing Effective Deposit Insurance Systems*, disponível em: https://www.fdic.gov/deposit/deposits/international/guidance/guidance/finalreport.pdf.
Gomes Canotilho & Vital Moreira
2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora.
INTERNATIONAL ASSOCIATION OF DEPOSIT INSURERS (IADI)
2009 *"Governance of Deposit Insurance Systems – Guidance paper", disponível em: http://www.iadi.org/docs/Governance%20Final%20Guidance%20Paper%206_May_2009.pdf.*
2011 "*General Guidance For Developing Differential Premium Systems*", disponível em: http://www.iadi.org/docs/IADI_Diff_prem_paper_FINAL_updated_Oct_31_2011_clean_version.pdf.
Lacerda Barata, Carlos
2002 "Contrato de Depósito Bancário", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, II volume* (coord. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão & Januário Da Costa Gomes), pp. 7-63.
Laeven, Luc
2008 "Pricing of Deposit Insurance", in *Deposit Insurance Around The World – Issues Of Design And Implementation* (Orgs. Asli Demirgüç-Kunt; Edward J. Kane e Luc Laeven), Cambridge, Massachusetts, London, England: The Mit Press, pp. 81-148.
Maçãs, Fernanda
2009 "Alterações introduzidas ao Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo pelo Decreto-Lei nº 142/2009, de 16 de junho: entre o fim do regime cooperativo em prol da liberdade de iniciativa económica sem respeito pelo princípio da igualdade?", in *Revista de Direito Público e Regulação* (org. Vital Moreira), n.º 3, pp. 43-58.
McCoy, Patricia A.
2007 "*The Moral Hazard Implications of Deposit Insurance: Theory and Evidence*", *Seminar on Current Developments in Monetary and Financial Law*",

Washington D.C, disponível em: https://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2006/mfl/pam.pdf.

Menezes Cordeiro, António

2010 *Manual de Direito Bancário*, 4.ª edição, Coimbra: Almedina.

Nicholas Economides, R. Glenn Hubbard & Darius Palia

1995 "The Political Economy of Branching Restrictions and Deposit Insurance: A Model of Monopolistic Competition among Small and Large Banks", in *Working paper series, n.º 5210*, National Bureau Of Economic Research, Inc.

Ognjenović, Djurdjica

2006 "Basic Principles of Financial Planning in Ex-Ante Deposit Insurance Schemes", in *Financial Theory and Practice* 30 (4), pp. 369-380.

Saraiva, Rute

2013 *Direito dos Mercados Financeiros*, Lisboa: AAFDL.

Schich, Sebastian

2008 "Financial Crisis: Deposit Insurance and Related Financial Safety Net Aspects", in Financial Market Trends, OCDE, disponível em: https://www.oecd.org/finance/financial-markets/41894959.pdf.

DOSSIER TEMÁTICO I

Auxílios de Estado

PODERÃO AS DECISÕES DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS QUE ATRIBUAM INDEMNIZAÇÕES CONSTITUIR AUXÍLIOS DE ESTADO?

Edmilson Wagner dos Santos Conde[*]

Abstract: *The present paper aims to analyze whether a decision taken by a court of a Member-State – granting compensation to a natural person – may be qualified as a State aid measure.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O conceito de auxílio de Estado. 3. Poderá uma decisão de um tribunal judicial constituir um verdadeiro auxílio de Estado? 4. A confiança legítima e o auxílio de Estado. 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) prevê um conjunto de normas cujo alcance consiste em impedir que os Estados-Membros adotem medidas que visem restringir ou falsear a concorrência no mercado interno[1]. É nesse contexto que se insere a regra geral proibitiva relativa à concessão de auxílios de Estado prevista no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE[2].

* Mestrando em Direito Administrativo na Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa. Contacto: edmilson_conde@hotmail.com.

1 Cfr. artigo 107.º e ss do TFUE.

2 O artigo 107.º do TFUE teve como fonte de inspiração o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), Genebra, 30 de outubro de 1947, designadamente o seu artigo 16.º que previa o seguinte : *"Se uma Parte Contratante concede ou mantém uma subvenção qualquer, inclusive qualquer forma de proteção das rendas ou sustentação dos preços que tenha diretamente ou indiretamente por efeito elevar as exportações de um produto qualquer do território da referida Parte Contratante ou de reduzir as importações do mesmo no seu território, dará conhecimento, por escrito, às Partes Contratantes, não somente da importância e da natureza dessa subvenção, como dos resultados que possam ser esperados sobre as quantidades do ou dos produtos em questão por ele importados ou exportados e as circunstâncias que tornam a subvenção necessária. Em todos os casos em que fique estabelecido que uma tal subvenção causa ou ameaça causar*

O estudo que nos propomos realizar tem como objecto central de análise a questão de saber se a decisão de um órgão jurisdicional de um Estado-Membro que condene esse mesmo Estado à atribuição de uma indemnização, a um particular, em virtude de se terem produzido prejuízos na sua esfera jurídica em consequência da concessão de um auxílio de Estado ilegal pode ou não ser qualificada como um auxílio de Estado.

2. O CONCEITO DE AUXÍLIO DE ESTADO

Segundo se dispõe no n.º 1 do artigo 107.º do TFUE *"são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções"*. A fim de melhor compreender o conceito de auxílio de Estado[3] avançamos cinco requisitos que permitem qualificar uma medida como tal[4-5]. São eles os seguintes: *(i)* a atribuição de uma vantagem económica[6] – este corresponde à concessão de um qualquer benefício económico que uma empresa não poderia ter obtido em condições normais de mercado, *i.e.*, na ausência da intervenção do Estado[7]. Para que se apure a existência de uma vantagem efectiva, em condições diferentes das condições normais de mercado, deverá proceder-se a uma comparação da situação financeira da empresa em consequência da concessão da medida com a situação financeira em que estaria se a medida não tivesse sido tomada[8];

---

um prejuízo sério aos interesses de outra Parte Contratante, a Parte Contratante que a concedeu examinará, quando solicitada, com a ou com as Partes Contratantes interessadas ou com as Partes Contratantes, a possibilidade de limitar a subvenção".

3 Sobre a definição de auxílio de Estado veja-se os estudos de Plender, 2004: 1-39; Winter, 2004: 475-504.

4 Referimo-nos aqui às novas orientações publicadas pela Comissão Europeia, em 19 de maio de 2016, sobre auxílios de Estado, in *Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.*

5 Acórdãos do Tribunal de Justiça de 21-3-1990, *Tubemeuse*, Processo C-142/87, n. º 25; de 14-9-1994, *Espanha/Comissão*, Processo C-278/92 a C-280/92, n. º 20; de 16-5-2002, *França/Comissão*, Processo C-482/99, n.º 68; de 24-7-2003, *Altemark*, Processo C-280/00, n.ºs 74 e ss.

6 Conforme é sublinhado pelo Acórdão do Tribunal de Justiça de 02-7-1974, *Itália/Comissão*, processo C-173/73, n.º 13, aqui apenas releva o efeito da medida sobre a empresa e não a causa ou o objectivo da intervenção do Estado.

7 Acórdãos do Tribunal de Justiça de 11-7-1996, *SFEI e outros*, Processo C-39/94, n.º 60; de 29-4-1999, *Espanha/Comissão*, Processo C-342/96, n.º 41.

8 Acórdão do Tribunal de Justiça de 02-7-1974, *Itália/Comissão*, Processo C-173/73, n.º 13.

(ii) o beneficiário da vantagem terá que ser uma empresa[9]; *(iii)* as vantagens terão que ser atribuídas pelo Estado ou através de recursos estatais[10] e, consequentemente, tais medidas terão que ser imputáveis ao Estado[11] – compete aqui sublinhar que este requisito é composto por duas condições objectivamente distintas sendo, todavia, cumulativas[12]: *(iii^{a})* a primeira – vantagem atribuída pelo Estado ou através de recursos estatais – traduz-se em vantagens concedidas directa ou indirectamente através de recursos financeiros provenientes do Orçamento do Estado. Nestes casos existe uma total liberdade de forma relativamente ao modo como estas transferências operam (*p.ex.* subvenções directas, empréstimos, garantias, concessão de direitos especiais ou exclusivos sem uma remuneração adequada em consonância com as taxas de mercado, etc…); *(iii^{b})* a segunda – imputabilidade de tais medidas ao Estado – corresponde às situações em que uma autoridade pública concede uma vantagem a um beneficiário e em que essa medida é, por definição, imputável ao Estado, mesmo que a autoridade em questão goze de autonomia jurídica em relação a outras autoridades públicas[13]. Trata-se daquelas situações em que *"a entidade que toma as decisões foi nomeada por ou está actuando sob o controlo do Estado"*[14]; *(iv)* selectividade – para que uma determinada medida seja considerada um auxílio de Estado será necessário que a mesma favoreça certas empresas ou certos sectores da economia num determinado Estado-Membro; *(v)* distorção da concorrência – uma medida concedida pelo Estado falseia ou ameaça falsear

9 O conceito de empresa, neste contexto, deve ser entendido como qualquer entidade que desenvolva uma actividade económica, independemente do seu estatuto jurídico e do modo como as mesmas são financiadas. É este o entendimento dominante na jurisprudência da União, acórdãos do Tribunal de Justiça, *Pavlov e outros*, Processos apensos C-180/98 a C-184/98, n.º 74; *Cassa di Risparmio di Firenze SpA e outros*, C-222/04, n.º 107.

10 Acórdão do Tribunal de Justiça de 24-1-1978, *Van Tiggele*, C-82/77, n. ^{os} 25 e 26; Acórdão do Tribunal de 1.ª instância de 12-12-1996, *Air France/Comissão*, T-358/94, n. º 63.

11 Sobre este tema veja-se o estudo de López, 2015: 1-49.

12 Acórdão do Tribunal de 1.ª instância de 5-4-2006, *Deutshe Bahn AG/Comissão*, Processo T-351/02, n.º 103.

13 Note-se que "uma medida não é imputável a um Estado-Membro se o Estado-Membro tiver a obrigação de a aplicar por força do direito da União, sem qualquer poder discricionário. Nesse caso, a medida resulta de um acto dos órgãos legislativos da União e não é imputável ao Estado». Contudo, «esta regra não é aplicável nos casos em que a legislação da União simplesmente permite certas medidas nacionais e o Estado-Membro dispõe de poder discricionário para i) adoptar ou não as medidas em questão ou ii) definir as características da medida concreta que são relevantes de um ponto de vista dos auxílios estatais", in pontos 44 e 45. da *Comunicação da Comissão* (...) *artigo 107.º, n.º 1 do TFUE*.

14 Kende, 2015: 41.

a concorrência quando é susceptível de melhorar a posição concorrencial do beneficiário em relação a outras empresas com as quais concorre[15].

De forma a garantir o regular funcionamento do mercado interno, e com isso impedir a concessão de auxílios de estado ilegais, o TFUE prevê um conjunto de normas procedimentais que devem ser observadas pelos Estados-Membros. Com efeito, o n.º 1 do artigo 108.º do TFUE determina que a Comissão deve proceder, em cooperação com os Estados-Membros, ao exame permanente dos regimes de auxílios existentes nesses Estados. Deste modo, os Estados-Membros são altamente encorajados a requerer uma notificação *(ex ante)* junto da Comissão relativamente à concessão de um auxílio de Estado a determinada empresa tendo em vista apurar da sua compatibilidade com o mercado interno[16].

Sempre que a Comissão, depois de notificar os interessados para apresentarem as suas observações, verificar que um auxílio concedido por um Estado ou proveniente de recursos estatais não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º do TFUE, ou que esse auxílio está a ser aplicado de forma abusiva, decidirá que o Estado em causa deve suprimir ou modificar esse auxílio no prazo que ela fixar, conforme se dispõe no n.º 2 do artigo 108.º do TFUE.

Note-se que, nas decisões negativas relativas a auxílios ilegais, a Comissão decidirá que o Estado-Membro em causa deve tomar todas as medidas necessárias para recuperar o auxílio do beneficiário *("decisão de recuperação")* levando a que o auxílio a recuperar, mediante uma decisão de recuperação, inclua juros a uma taxa adequada fixada pela Comissão, sendo certo que os juros serão devidos a partir da data em que o auxílio ilegal foi colocado à disposição do beneficiário e até ao momento da sua recuperação, conforme se dispõe nos n.os 1 e 2 do artigo 16.º do Regulamento (UE) 2015/1589.

3. PODERÁ UMA DECISÃO DE UM TRIBUNAL JUDICIAL CONSTITUIR UM VERDADEIRO AUXÍLIO DE ESTADO?

A questão de saber se uma decisão de um tribunal judicial pode constituir um auxílio de Estado suscita diversos problemas. Um dos quais se prende com o problema atinente à imputabilidade de um auxílio estadual a um Estado-Membro.

---

15 Cfr. *Comunicação da Comissão (...) artigo 107.º, n.º 1 do TFUE*, ponto 187.

16 Pelo que *#a Comissão deve ser notificada a tempo pelo Estado-Membro em causa de todos os projetos de concessão de novos auxílios"*, conforme se dispõe no artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho de 13 de julho de 2015.

Sobre esta matéria, sempre se poderá argumentar que as decisões daqueles órgãos não podem ser imputáveis ao Estado – no contexto de um auxílio de Estado – na medida em que os juízes desses tribunais se encontram sujeitos a uma série de regras deontológicas que lhes conferem um estatuto de parte desinteressada na resolução dos litígios e, consequentemente, na atribuição de indemnizações caso considerem ser indispensável o ressarcimento de determinados danos decorrentes da atribuição de um auxílio de Estado ilegal a um particular. Reforçando esta ideia, sempre se poderá dizer que os juízes se encontram sujeitos a um estatuto de independência[17] que lhes confere um total grau de liberdade de atuação e decisão relativamente a qualquer órgão do Estado, pelo que não recebem qualquer tipo de instruções deste último[18]. Esta posição não é, contudo, corroborada pelas instituições europeias que, em boa verdade, nem a consideram. Para estas instituições, é completamente irrelevante o estatuto de imparcialidade e independência característico dos tribunais nacionais no que toca à imputação ao Estado de de uma determinada decisão atributiva de indemnização, a título de atribuição de um auxílio de Estado ilegal. Consequentemente, uma decisão de um órgão jurisdicional nacional é, por definição, uma decisão imputável a um Estado-Membro, uma vez que constitui um acto de um órgão estatal, designadamente de uma autoridade pública, como é o caso dos tribunais nacionais[19].

Coisa diferente sobre a qual a jurisprudência dos Tribunais da União e a própria Comissão se têm pronunciado é a de saber se uma vantagem económica atribuída, neste contexto, por um Estado-Membro é involuntária e, consequentemente, não constitui um auxílio de Estado.

A este respeito, o Tribunal de Justiça (TJ) no acórdão *Denkavit* decidiu no sentido de que não constitui um auxílio de Estado a decisão de um Estado-Membro

17 Cfr. artigo 203.º da Constituição da República Portuguesa e artigo 4.º, n.º 1 da Lei n. º 21/85 de 30 de julho (Estatuto dos Magistrados Judiciais).

18 Embora não a defenda, esta solução é avançada por Kende, 2015: 41.

19 Neste sentido veja-se o que diz a Comissão: *"todos os actos dos órgãos estatais da* [Roménia] são imputáveis à [Roménia]. *Estes órgãos estatais incluem o governo do Estado-Membro e outras autoridades públicas. Nomeadamente, também os tribunais nacionais de um Estado e os executores e os oficiais de justiça nomeados pelos tribunais devem ser considerados órgãos desse Estado e estão, por conseguinte, vinculados, ao abrigo do artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia, ao seu dever de cooperação leal face à União. Por conseguinte, as acções dos tribunais nacionais ou executores e oficiais de justiça nomeados pelo tribunal são imputáveis ao Estado romeno, pelo que se a Roménia é obrigada a indemnizar os requerentes no âmbito da Sentença por acção dos seus tribunais ou executores e oficiais de justiça nomeados pelo tribunal, essa secção é igualmente imputável ao Estado Romeno",* ponto 120 da Decisão (UE) 2015/1470 da Comissão, de 3 de março de 2015, caso *Micula contra Roménia*.

que devolva taxas ou contribuições que foram indevidamente retiradas aos contribuintes. Neste acórdão, o TJ concluiu pelo seguinte «é por isso necessário responder às questões atinentes à interpretação do artigo 92.º do Tratado no sentido de que o dever das autoridades de um Estado-Membro de restituir, aos contribuintes que reclamem essa restituição, de acordo com a lei nacional, as taxas ou contribuições que não foram pagas [pelo Estado-Membro aos contribuintes] *porque eram incompatíveis com o direito das Comunidades não constituem um auxílio de Estado no sentido atribuído pelo artigo 92.º do Tratado*»[20].

Por sua vez, a Comissão, em decisão de 20 de novembro de 2007, no caso *Thyssenkrupp,* determinou que *"uma indemnização concedida pelo Estado a título de compensação pela expropriação de activos industriais não constitui normalmente um auxílio de estatal"*[21].

A este propósito, vislumbra-se de enorme importância o caso *Asteris* decidido por acórdão do TJ de 27 de setembro de 1988. Neste acórdão, decidiu-se sobre um litígio que opunha determinadas sociedades comerciais gregas à República Helénica acerca da atribuição de uma indemnização pelo não pagamento de ajudas comunitárias às empresas gregas produtoras de concentrados de tomate, em consequência de um erro técnico constante da regulamentação comunitária. Relativamente à problemática dos auxílios de Estado, o tribunal afirmou: a proibição da concessão de auxílios públicos *"engloba o conjunto dos auxílios concedidos pelos Estados ou através de recursos estatais às empresas e diz respeito, portanto, às intervenções de carácter público que possam ter por efeito falsear as condições normais do comércio entre os Estados-Membros"*[22]. Resulta daqui que *"os auxílios públicos, pelo facto de constituírem medidas de autoridade pública que favorecem determinadas empresas ou determinados produtos, têm uma natureza jurídica fundamentalmente diferente das indemnizações que as autoridades nacionais sejam, eventualmente, condenadas a pagar aos particulares como ressarcimento de um prejuízo por elas causado"*[23]. Por conseguinte *"a indemnização, que as autoridades nacionais possam ser condenadas a pagar a particulares a título de ressarcimento de*

20 Acórdão do Tribunal de Justiça de 27-3-1980, *Denkavit*, Processo C-61/79, n.º 32.

21 Decisão da Comissão Europeia de 20 de novembro de 2008, relativa ao auxílio estatal C-36/A/06, ponto 70.

22 Acórdão do Tribunal de Justiça de 27-9-1988, *Asteris*, processos apensos 106 a 120/87, n.º 22.

23 Idem, n.º 23.

um prejuízo por elas causado, não constitui um auxílio na acepção dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CEE"[24].

De outra parte, a Comissão tomou posição relativamente a um caso que havia sido decidido por sentença, datada de 11 de dezembro de 2013, de um tribunal arbitral criado pelo Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (CIRDI) que, em processo designado "*Micula e outros contra Roménia",* decidiu conceder uma indemnização a favor de cinco requerentes a atribuir pelo Estado da Roménia, no montante aproximado de 82 milhões de euros, devido ao incumprimento que resultou na violação pela Roménia de regras contidas no Acordo entre o Governo do Reino da Suécia e o Governo da Roménia para a Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos (BIT). O Tribunal decidira ainda que seriam devidos juros sobre aquele montante até que a sentença fosse integralmente aplicada pela Roménia.

Em consequência, por carta de 31 de janeiro de 2014, a Comissão, informou as autoridades romenas de que qualquer aplicação ou execução da sentença constituiria a atribuição de um novo auxílio de Estado e que a Comissão teria que ser informada. A Comissão informou ainda, em carta de 1 de outubro de 2014, que tinha decidido dar início ao procedimento previsto no artigo 108.º, n.º 2, do TFUE relativamente à aplicação parcial da sentença pela Roménia que teve lugar no início de 2014, bem como em relação a qualquer outra aplicação ou execução posteriores da sentença.

De modo a sustentar a sua posição, a Comissão, empreendeu um juízo verificativo relativo ao preenchimento de cada um dos cinco requisitos que nos permitem afirmar estarmos em presença de um auxílio de Estado. Considerou o seguinte:

(i) Os requerentes do processo eram detentores de empresas que estavam envolvidas em atividades económicas, tendo-se especializado na produção industrial de produtos alimentares, produtos de moagem e embalagens de plástico, respetivamente, e como tal consideram-se empresas para efeitos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE.

(ii) Foram beneficiárias de uma vantagem económica que não teriam obtido em condições normais de mercado, ou seja, sem a intervenção estatal. Conforme destacou a Comissão: *"de facto, através da revogação do regime DGE 24, a Roménia restabeleceu as condições normais de concorrência no*

24 Idem, n.º 24.

mercado no qual os requerentes operam, e qualquer tentativa de indemnizar os requerentes pelas consequências da revogação dos incentivos do DGE 24 concede uma vantagem que não está disponível nessas condições normais de mercado"[25].

A Comissão entendeu que a existência de uma vantagem não é excluída pelo facto de o pagamento das indemnizações concedidas aos requerentes pelo tribunal, através de aplicação ou execução de sentença, implicar o pagamento de uma indemnização por perdas e danos. Considerou ainda ser essencial determinar se relativamente ao caso *Micula* se aplicam os princípios constantes do acórdão *Asteris*[26].

Quanto a esta questão, a Comissão considerou que aqueles princípios não se aplicam ao caso *Micula*, tendo para isso apresentado três razões fundamentais:

a) O processo *Asteris* surge num contexto diferente do contexto do caso *Micula*, porquanto naquele o que estava em causa era a questão de saber da competência dos tribunais dos Estados-Membros para conhecer de pedidos de indemnização intentados por particulares contra as autoridades nacionais relativamente ao não pagamento de auxílios no âmbito da política agrícola comum da União, sendo que o não pagamento do auxílio não foi o resultado do incumprimento de uma promessa de concessão desse auxílio pelas autoridades gregas, mas sim a consequência da inclusão de erros técnicos, pela Comissão, num Regulamento. Mais, *"o TJUE não indicou que a concessão de indemnização igual a um montante de auxílios estatais ilegais prometidos mas não pagos não constituiria, em si mesma, um auxílio estatal»* pelo que «não decorre do *acórdão Asteris que qualquer concessão de indemnizações está automaticamente fora do âmbito de aplicação do direito da União em matéria de auxílios estatais"*[27];

---

25 Decisão da Comissão Europeia, de 30 de março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA. 38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Roménia – *Sentença arbitral Micula contra Roménia*, de 11 de dezembro de 2013, ponto 95.

26 No acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, caso *Asteris*, fixou-se que os auxílios de estado *"têm natureza jurídica fundamentalmente diferente das indemnizações que as autoridades nacionais sejam, eventualmente, condenadas a pagar aos particulares como ressarcimento de um prejuízo por elas causado"*, n.º 23.

27 Note-se que, e aqui seguindo a doutrina professada pelo acórdão *Asteris*, *"no caso de responsabilidades derivadas de condutas ilícitas das autoridades nacionais, não é concedida qualquer vantagem a uma empresa sempre que essa responsabilidade apenas garante que é conferido à parte lesada aquilo a que tem direito,*

b) Para que a indemnização esteja fora do âmbito das regras da União relativas aos auxílios de Estado, nos termos definidos pelo acórdão *Asteris*, necessário será que se baseie numa regra geral de indemnização. Ora, o que ficou assente pela Comissão é que, no caso *Micula*, a indemnização fora concedida aos requerentes com base num BIT intra-UE que a própria Comissão considerou inválido a partir do momento em que a Roménia aderiu à União por ser contrário ao direito da União, na medida em que são contrários ao disposto nos Tratados, sendo, por conseguinte, considerados inválidos;

c) A Comissão fez notar que o objectivo da sentença foi o de compensar os requerentes pelos incentivos que a Roménia lhes tinha prometido sobre o DGE 24 (alterado pelo DGE 75), mas que a União lhe tinha exigido que suprimisse para poder concluir o processo de negociação para a sua adesão à União. Assim, em contraste com o processo *Asteris*, a razão pela qual os requerentes reclamam uma indemnização no caso *Micula* tem como fundamento o facto de lhes terem sido negados os incentivos que a Roménia se tinha comprometido a conceder-lhes, em violação das suas obrigações ao abrigo do artigo 64.º do Acordo Europeu e da Lei n.º 143/1999, tal como interpretado pela Decisão n.º 244/2000 do Conselho da Concorrência Romeno, de não conceder um auxílio de Estado ilegal. Note-se ainda que, e aqui citando o Advogado-Geral Dámaso Colomer, *"se se reconhecer o direito a uma indemnização, o prejuízo não pode corresponder ao valor das quantias a devolver, uma vez que isso implicaria uma concessão indireta dos auxílios ilegais e incompatíveis com o mercado comum*". Ademais, o TJ, no acórdão *Lucchini,* entendeu ser contrário ao direito da União a aplicação de direito nacional sempre que este tenha como efeito impedir a aplicação do direito da União, impedindo a recuperação de auxílios de Estado[28].

---

tal como aconteceria com qualquer outra empresa, segundo as regras gerais de responsabilidade civil desse Estado-Membro». Assim, «uma indemnização concedida ao abrigo dessas regras gerais de responsabilidade civil difere de um auxílio estatal na medida em que não pode levar a que o individuo lesado fique numa situação melhor depois de receber a indemnização*"* conforme é referido no ponto 101 da decisão da Comissão de 30 de março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA. 38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Roménia – *Sentença arbitral Micula contra Roménia*, de 11 de dezembro de 2013.

28 Acórdão do Tribunal de Justiça de 18-07-2007, *Lucchini*, processo C-119/05, n.º 59.

A Comissão acaba por concluir que *"o importante não é que os factos precisos subjacentes a esses processos* [Asteris e Lucchini] *diferem do caso em apreço* [Micula], *mas sim o princípio que fundamenta esses processos, a saber, que a legislação nacional, incluindo regimes de responsabilidade ao abrigo da legislação nacional, não pode ser aplicada sempre que tal comprometa a aplicação do direito da União em matéria de auxílios estatais e resulte, assim, em última análise, na concessão de auxílios estatais ilegais. Nesta perspetiva, o processo Asteris não dispensa as indemnizações concedidas a título de indemnização pela recuperação de auxílios estatais ilegais ou devido ao não recebimento de um auxílio estatal ilegal. A Comissão considera que o mesmo princípio se aplica quando a responsabilidade decorre de um tratado de direito internacional celebrado entre dois Estados-Membros (tal como um BIT intra-UE) cuja aplicação origina a concessão de auxílios estatais. Sempre que a colocação em prática de um tratado intra-UE por um Estado-Membro obstar à aplicação do direito da União, esse Estado-Membro deve respeitar o direito da União, uma vez que o direito primário da União, incluindo os artigos 107.º e 108.º do Tratado, tem precedência sobre as obrigações internacionais do Estado-Membro"*[29].

(iii) O requisito atinente à seletividade encontrava-se igualmente preenchido, uma vez que a sentença concedia indemnizações apenas aos requerentes.

(iv) As vantagens foram concedidas direta ou indiretamente através de recursos estatais imputáveis ao Estado, na medida em que a Roménia aplicou parcialmente a sentença de indemnização concedida aos requerentes pelo Tribunal através do perdão das dívidas fiscais devidas por um dos requerentes ao Estado romeno. Além disso, o executor nomeado pelo Tribunal apreendera fundos de contas do Estado romeno para saldar os créditos em dívida dos requerentes no âmbito da sentença.

A Comissão entendeu que pagamentos diretos do orçamento de Estado, a renúncia a receitas estatais ao perdoar impostos devidos, ou a transferência de outros ativos do Estado para os requerentes, quer efetuados voluntariamente, quer por meio de execução judicial, devem ser todos considerados medidas financiadas através de recursos estatais.

---

29 Decisão da Comissão de 30 de março de 2015, relativa ao auxílio estatal SA. 38517 (2014/C) (ex 2014/NN) aplicado pela Roménia – *Sentença arbitral Micula contra Roménia,* de 11 de dezembro de 2013, ponto 104.

Quanto à questão da imputabilidade da medida ao Estado, a Comissão considerou que a medida é imputável à Roménia, isto porque, por um lado, o acordo voluntário da Roménia em celebrar o BIT criou as condições para a atribuição de uma vantagem selectiva resultante da sentença e, por outro lado, todos os actos dos órgãos estatais da Roménia são imputáveis à Roménia. Estes órgãos estatais incluem o governo do Estado-Membro e outras autoridades públicas, designadamente os tribunais nacionais de um Estado e os executores e oficiais de justiça nomeados pelos tribunais. Assim, estes últimos encontram-se vinculados, ao abrigo do disposto no artigo 4.º, n.º 3 do TFUE, ao dever de cooperação leal em relação à União Europeia; *(v)* concluiu ainda que a medida concedida pelo Estado romeno falseava a concorrência, pois que era uma medida susceptível de melhorar a posição concorrencial dos beneficiários das mesmas em comparação com a posição de outras empresas com as quais concorrem no mercado.

A conclusão preliminar que podemos desde já avançar é a de que em nenhuma circunstância o TJ concluiu existir uma presunção automática de que a concessão de uma indemnização por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais se encontra fora do âmbito do direito da União, para efeitos de a qualificar como auxílio de Estado.

Embora se tenha entendido no acórdão *Asteris* que uma indemnização sai fora do âmbito das regras da União relativas aos auxílios de Estado se a mesma se basear numa regra geral de indemnização, a verdade, porém, é que, conforme explicou o Advogado-Geral Colomber[30], a concessão de uma indemnização igual à soma dos montantes do auxílio que foram previstos serem concedidos constitui uma concessão indireta de um auxílio estatal ilegal e, como tal, incompatível com o mercado interno. Retiramos daqui a ideia segundo a qual a aplicação da legislação nacional pelos tribunais nacionais, incluindo os regimes de responsabilidade nela prevista, pode resultar a atribuição de um auxílio de Estado, desde que a mesma tenha como efeito repor o auxílio que se quis devolvido, por ser ilegal. Assim, e dada a necessidade de se fazer cumprir o princípio segundo o qual o Direito nacional não pode, por qualquer forma, impedir a recuperação de auxílios de estado concedidos em violação do direito da União, somos levados a concluir que as decisões dos tribunais nacionais que atribuam indemnizações em virtude da concessão de um auxílio de Estado

30 Cfr. Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Colomber, de 28-4-2005, Processos apensos C-346/03 e C-529/03.

ilegal, que depois é recuperado, ou devido ao não recebimento de um auxílio de Estado ilegal serão, regra geral, qualificadas como auxílios de Estado, a não ser que não se encontrem preenchidos alguns dos outros requisitos necessários à qualificação de uma determinada medida como auxílio de Estado.

4. A CONFIANÇA LEGÍTIMA E O AUXÍLIO DE ESTADO

A jurisprudência consolidada da União tem sido bastante clara relativamente à questão atinente à proteção da confiança legítima aquando da atribuição de um auxílio de Estado ilegal.

O TJ tem entendido que sempre que seja concedido um auxílio de Estado sem notificação prévia à Comissão, em conformidade com o que se dispõe no n.º 3 do artigo 108.º do TFUE, o beneficiário desse auxílio não pode, em princípio, depositar uma confiança legítima na regularidade do auxílio, a não ser que o auxílio tenha sido concedido em respeito pelo processo previsto naquele artigo. Deste modo, um operador económico diligente deve normalmente estar em condições de assegurar que esse processo foi observado[31].

Todavia, e conforme é destacado pelo TJ, *"a possibilidade de um beneficiário de um auxílio de Estado ilegal invocar circunstâncias excepcionais, que podem legitimamente fundamentar a sua confiança no carácter regular desse auxílio, e de se opor, em consequência, ao seu reembolso não pode, certamente, ser excluída. Nesse caso, compete ao tribunal nacional, a quem eventualmente seja submetida a questão, apreciar, sendo caso disso após ter colocado ao TJ questões prejudiciais de interpretação, as circunstâncias da causa"*[32].

Refira-se ainda que a existência de confiança legítima não se pode basear no comportamento adotado pelo Estado-Membro que concedeu o auxílio de Estado, na medida em que as informações erradamente fornecidas por um Estado-Membro não podem, em caso algum, criar uma confiança legítima quando a Comissão não tenha sido informada do fornecimento daquelas informações[33]. Tal permite-nos afirmar que apenas os comportamentos dos órgãos da União podem criar a existência de confiança legítima. Pugnando, aliás, esse entendimento veja-se a posição assumida pelo Tribunal de Primeira Instância

31 Acórdãos do Tribunal de Justiça de 20-3-1997, processo C-24/95, *Alcan Deutschland*, n.os 25, 30 e 31; de 23-2-2006, processos apensos C-346/03 e C-529/03, *Atzeni e Lilliu contra Regione autonoma della Sardegna*, n.os 63, 64, 65, 66 e 67.

32 Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 20-9-1990, processo C-5/89, *Comissão/Alemanha*, n.º 16.

33 Acórdão do Tribunal de 1.ª Instância de 14-01-2004, processo T-109/01, *Fleuren Compost contra Comissão*, n.º 143.

(hoje, Tribunal Geral) que, no caso *Alemanha/Comissão*, concluiu: *"uma pessoa não pode invocar a violação desse princípio* [confiança legítima]*, a menos que lhe tenham sido dadas garantias precisas da administração comunitária"*[34].

5. CONCLUSÕES

No que tange à questão de saber se uma decisão tomada por um órgão jurisdicional de um Estado-Membro que atribua uma indemnização por danos causados a uma empresa, em virtude da concessão de um auxílio de Estado ilegal, que depois é recuperado, ou devido ao não recebimento de um auxílio de Estado ilegal, constitui ou não um verdadeiro auxílio de Estado, infere-se, do conteúdo presente nos vários acórdãos do TJUE e decisões da Comissão, um entendimento segundo o qual se admite, clara e inequivocamente, a qualificação da atribuição de uma indemnização por parte de um tribunal nacional como um auxílio de Estado.

A posição daquelas instituições encontra-se sustentada no facto de a liberdade de forma relativamente ao modo segundo o qual se encontra configurada a atribuição de um auxílio de Estado também afetar as decisões dos órgãos jurisdicionais, designadamente as indemnizações que visem repor os montantes que foram previstos ser concedidos como auxílios de Estado, constituindo uma via indireta através da qual se repõem auxílios que são, na verdade, ilegais e que, por isso mesmo, teriam de ser devolvidos. Por outro lado, os tribunais nacionais encontram-se impedidos de aplicar legislação nacional, inclusive normas constantes de regimes de responsabilidade aí previstos, sempre que a sua aplicação impeça a aplicação do direito da União, designamente as normas que preveem a recuperação de auxílios de Estado considerados ilegais.

Quanto à questão atinente à confiança legítima depositada por uma empresa na legalidade da atribuição de um auxílio de Estado, que depois se vem saber ser ilegal, a jurisprudência dos tribunais europeus tem entendido que, sempre que seja concedido um auxílio de Estado sem notificação prévia à Comissão, o beneficiário desse auxílio não pode, em princípio, depositar qualquer confiança legítima na regularidade do auxílio concedido, a não ser que o auxílio tenha sido concedido respeitando o processo previsto no n.º 3 do artigo 108.º do TFUE. Admite-se, contudo, que, em circunstâncias excepcionais, a serem analisadas caso a caso pelos tribunais nacionais, os particulares possam ver a sua pretensão tutelada, em virtude de terem depositado uma confiança legítima no carácter regular do auxílio de Estado ilegal.

---

34 Acórdão do Tribunal de Justiça de 24-11-2005, processo C-506/03, *Alemanha/Comissão,* n.º 58.

BIBLIOGRAFIA

Kende, Tamás
2015 "Arbitral Awards Classified as State Aid under European Union Law", in *Elte Law Journal*, 2015/1.
López, Juan Jorge Piernas
2015 "The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond", in *University Press Scholarship Online, Oxford Scholarship Online*.
Plender, Richard
2004 "Definition of Aid, The Law of State Aid in the European Union", in *Biondi, Eeckhout & Flynn, Oxford University Press*.
Tietje, Christian & Wackernagel, Clemens
2014 "Outlawing Compliance? The Enforcement of intra-EU State Aid Law", in *Policy Papers on Transnational Economic Law*, n.º 41, June.
Winter, Jan A
2004 *"Re(de)fining the notion of state aid in article 87(1) of the EC treaty"*, in *Common Market Law Review* volume 41.

STATE AID AND SYSTEMIC CRISES: APPROPRIATENESS OF THE EUROPEAN STATE AID REGIME IN MANAGING AND PREVENTING SYSTEMIC CRISES

Luís Seifert Guincho[*]

Abstract: *The purpose of this paper is to debate the material validity of State aid as a legally and economically rational mechanism to address systemic market crises. In the European Union, Member States shall only participate in the economy when they do so with the same rationality as that of a market investor. Apart from this, State intervention must be restricted to those situations where markets fail and it is necessary to artificially allocate goods and services. However, the 2007/8 financial crisis posed a new challenge for the legal perception of State aid: financial markets failed systemically, and Member States had to intervene to prevent the collapse of the current economic model.*

Index: 1. Introduction. 2. Rationale behind State aid control. 3. State aid and the financial and economic crisis – the Commission's response to the systemic crisis. 3.1. The financial crisis of 2008 – what is a systemic crisis? 3.2. Impact on the real economy and the European Temporary Framework. 3.3. Rescuing the financial system. 4. State aid and other policy responses in times of crisis: appropriate responses to a systemic challenge. 4.1. Market failures of the crisis and regulatory failures in their origin. 4.2. Implications of the Crisis Framework on EU State aid. 4.3. Suitability of State aid in managing crises: post-crisis regime. 4.4. Other policy responses for crises prevention. 5. Conclusion.

1. INTRODUCTION

The financial and economic crisis challenged not only the economic and legal perceptions of State aid control, but also the economic and political model that most western countries have engaged in. One of the core principles of a market economy points to the fact that, in a theoretical vacuum, competition

* Trainee-lawyer at the EU & Competition Law department at SRS Advogados. This paper partially reflects the author's Master's thesis at the Amsterdam Law School.

between firms produces 'self-adjusting mechanisms' capable of regulating the behaviour of economic actors by punishing inefficient firms and awarding successful ones with an increase in their market share caused by the exit of the failing firms[1]. Hence, it is expected that the inefficient firm leaves the market without creating systemic risks and negative externalities for the remaining economic actors. And the same was supposed to apply to financial institutions.

However, political changes introduced enhanced deregulation in the 1970s, which consequently led to a new behaviour being taken on by financial institutions and its agents. Profits and bonuses increased, cheap money was made available throughout the whole economy, and banks and bankers engaged in extremely risky practices with prospects of even higher gains[2].

It is key to analyse the economic transformation of the past and how the financial crisis challenges the perceptions, principles and rationale of the European State aid control.

The starting point of the discussion I intend to follow departs from the central idea that, in the perspective of the European Commission, aids granted by Member States are a response to problems that occur within the system of a market economy. The Commission starts from the premise that the markets work properly with the exception of less common situations, where they fail[3]. This rationale presumes that the system of market economy can fully answer the problems of production, distribution and allocation of scarce commodities apart from exceptional situations of market failures, which can be seen as a minor setback to the system.

However, the financial and banking crisis has shown that this perception did not properly address the problem of systemic risks capable of leading to a meltdown of the economy. The current formulation of State aid in the TFEU and its interpretation by the European Commission cannot fully solve the problems when the challenges (crises) are systemic.

During the crisis, Member States had to intervene in the economy through a wide range of measures because there were no private operators interested in engaging in economic activities. One key element of Competition Policy in general is its asymmetrical character: on the one hand, it is pro-cyclical where

1 Merola, Derenne & Rivas, 2009: 33-34.

2 Brett, 2015.

3 Commission, 2012: para 4.

there is economic growth; on the other hand, it is anti-cyclical in the course of a crisis because economic actors are restricted, there are less incentives to enter a market and inefficient/failing firms will take longer to leave the market because there are no new investments being made by market participants[4]. In the course of the crisis, one of the challenges for State aid was precisely understanding which firms were affected by unusual market conditions linked to systemic risks and which ones were in difficulty due to their unsound and risky business practices.

I intend to assess whether State aid, according to its current conceptualization, is a suitable and appropriate policy instrument to respond to systemic risks. Furthermore, I seek to propose adjustments to the legal regime, where it does not address all economic, political and legal challenges. Finally, one must also comprehend all factors which led to the crisis, as the global intention of the European Union is the avoidance of another crisis, which requires a response at the regulatory and supervisory levels.

This Article departs from the legal context of EU State aid law. Both doctrine[5] and jurisprudence (*i.e.* the Commission and the CJEU) have based their understanding on a conceptualization of Article 107 of the TFEU: a given measure will fall within the scope of this Article when it confers, on a selective basis[6], an economic advantage[7] to a certain undertaking, through State imputable resources[8]; this measure must also distort, or have the potential to, competition[9] and must be likely to affect trade between Member States[10]. Exhaustive literature on this field has been published by numerous Authors and Scholars. For that reason, this Article will instead briefly explore the reasoning behind State aid control in the EU and its economic justification.

---

4 Heimler & Jenny, 2012: 347-348.

5 Jones & Sufrin, 2011; Bacon, 2013; Quigley, 2015; López, 2016.

6 *Commission* v. *France* (Cases 6 and 11/69) [1969] ECR 523.

7 *Commission v Italy* (Case 118/85) [1987] ECR 2599: para 11, *Hofner and Elser* (Case C-41/90) [1991] ECR I-1979: para 21 & *Commission v Italy* (Case C-35/96) [1998] ECR I-3851: para 47.

8 *PreussenElektra AG* (Case C-379/98) [2001] ECR I-2 099: para 58 & *Commission v. France* (Case 290/83) [1985] ECR 439: para 14-15.

9 *Phillip Morris* (Case 730/79) [1980] ECR 267: para 11.

10 *Friulia Venezia Giulia* (Case T-288/97) [2001] ECR II-1619: para 41.

Furthermore, this Article aims at explaining what a systemic crisis is, from a multi-disciplinary point of view, in order to understand why this crisis was of a different character[11].

It is pertinent to determine the legal options undertaken by the Commission in responding to the crisis, namely the differentiation made with regard to actions to support the real economy and those to rescue the financial system. Noticeably, the Commission's choice of legal technique[12] evolves throughout this period, influencing the content and aim of the several Communications adopted.

From a normative perspective, this Article will also assess the role of State aid at times of crisis when the risk is systemic. Upon this consideration one must investigate which the market failures were at the heart of the crisis and what caused those failures[13]. This exercise will allow one to question the implications of the crisis on the EU State aid framework and whether its underlying principles have changed.

Finally, and taking into account the repercussions of the crisis, the suitability and importance of State aid in managing financial and economic crisis will be assessed, in order to establish predictive recommendations of how the EU legal framework ought to develop. A crisis must be answered through different mechanisms, principally where its causes are related to a culmination of different factors which had not been addressed in due course.

2. RATIONALE BEHIND STATE AID CONTROL

While addressing the rationale behind European State aid rules, the first question is precisely related to why the European founders decided to include this set of provisions in the Rome Treaty. In fact, the primary concern was to avoid a 'subsidy race' which could prevent the achievement of the intended Internal Market[14]. If a Member State were to grant subsidies to a 'national champion', the remaining Member States would naturally do the same resulting in a misallocation of resources[15] that would undermine the normative objective of

11 Brett, 2015.

12 Ringe & Huber, 2014: 2-3.

13 Merola, Derenne & Rivas, 2009: 851.

14 Cecco, 2013: 43.

15 The also so-called 'state aid competition'. Ganoulis & Martin, 2001: 291.

achieving an Internal Market. The degree of integration and economic interdependence present in the Internal Market highlights the possible negative spillovers of State aid.

Moreover, there were also concerns centered on avoiding distortions of competition within the Internal Market, the so-called cross-border externalities caused by the intervention of Member States in their economy and their impact on the other Member States[16], and a clear political economy option intended to limit the freedom of governments to intervene in the economy and the consequent wasteful government spending.

Although the Treaties in principle prohibit the granting of State assistance to undertakings, regardless of whether this is direct or indirect, Article 107(2)(3) contains a number of derogations and exceptions to the general prohibition, as explained above.

Thus, one must question the reasoning behind the exemption of incompatible aid and the economic, social and political motives that governments have to grant aid to undertakings. The first set of arguments is based on efficiency and equity grounds, from which correcting market failures constitutes the primary argument for granting aid. The second set of arguments is linked with political economy considerations which take into account both intergovernmental competition and policy options taken by governments.

When granting subsidies to undertakings, governments may be pursuing a wide range of objectives which can go from protection of cultural heritage to economic development. Nevertheless, the grounds on which such aid may be granted are primarily related to efficiency gains: the State intervenes in the economy to address a market failure which typically originates from market imperfections such as: externalities, the situation where the action of one party has a consequence on another; distribution of public goods, those goods from which it is almost impossible from exclude consumers of using them; coordination problems, where firms do not coordinate in order to achieve mutual benefits; asymmetric/imperfect information, a situation where one side of the market has more information available than the other; and market power, where one firm can impose high prices due to the lack of competition[17].

The Commission defines market failure as '*a situation in which economic efficiency is not achieved owing to imperfections in the market mechanism. A market*

16 Friederiszick, Roller & Verouden 2006: 23-27.

17 See Nicolaides & Bilal, 1999 and Friederiszick, Röller & Verouden, 2007: 13-14.

failure may manifest itself either in the inability of the system to produce goods which are wanted (in this case a risk capital market), or by a misallocation of resources, which could be improved in such a way that some consumers would be better off and none worse off. As economic theory predicts that markets will usually fail in some sense except under conditions of perfect competition, the term market failure is reserved for cases where it is believed that a serious misallocation of resources has occurred'[18].

In such situations the State decides to intervene in the economy because the market, left to its own resources, is not capable, or it is unlikely to be capable, of achieving price, output and resource usage efficiency[19]. Although it would be profitable to engage in an economic activity[20], market participants were unwilling to offer a service or product in a given market, leading to State intervention in that market in order to correct its functioning. Such intervention will often take the form of compensation to the market actors either for the costs which they have incurred because of the market malfunction or to incentivize companies to adopt a behavior they would not engage in under normal conditions. Moreover, States often justify granting subsidies based on achieving economies of scale otherwise unavailable to firms, compensating and benefiting medium and small sized firms and promoting the development of peripheral regions[21].

Another conceptual argument for state subsidies resides in 'international trade theory': in a situation of imperfect competition the States have an incentive to grant export subsidies to their firms in order to 'improve the relative position of domestic firms in non-cooperative rivalry with other firms'[22]. As a result of the expansion of the market shares of domestic firms at the expense of foreign firms, it is possible to increase domestic welfare, a process called 'rent-shifting strategic trade policy'; though, this argument has diminished importance in an integrated market like the European Union where Member States have more to gain from cooperation than from not fulfilling their international agreements.

18 Commission , 2001: para VI.2-VI.3.

19 Friederiszick, Röller & Verouden, 2007: 12.

20 It is profitable in the sense that the economic benefits outweigh the economic costs.

21 Vives, 2009: 187-189.

22 Heimler & Jenny, 2012: 348.

However, granting subsidies to compensate firms for market failure is merely a second-best solution. It would be far more efficient to address the market failure itself instead of granting subsidies that will distort competition in the market by creating artificial conditions which are not foreseeable under normal conditions and increase expenses on taxpayers[23]. Unfortunately, it is not possible to directly address market failures at all times, either because there are social concerns or because the correction of the market failure at its source causes spillover and side effects more harmful to the global welfare than those caused by the market failure itself; in those situations, a second-best solution is preferable and subsidies may be granted on efficiency grounds.

Although the economies of the Member States can generally be seen as mixed economies and that, according to Article 345 TFEU, the European Union shall abstain from defining the nature of property law within the Member States[24], the Commission has preferred to allow State aid when it is intended to address market failures, stressing that a market oriented economy can solve the problem of production, distribution and allocation of scarce commodities apart from exceptional situations which constitute market failures.

However, this justification for granting State aid is subject to several constraints. Firstly, market failures are often difficult to identify and to measure, with special regard to their actual influence on the economy and on the behavior of market actors. Secondly, the impact on and costs to social welfare are equally problematic to pinpoint since it is necessary to render a subjective analysis of the potential effect of the subsidy on the economy, particularly with regard to potential anti-competitive side effects of the subsidy. Finally, the balancing assessment of the subsidy, pursuant to the costs for the government on the one hand and the benefit to the recipient undertakings on the other, raises difficult challenges for the political actors who have to bear in mind that the benefits of the aid for the recipient shall not surpass the costs to the total welfare[25].

Yet, even where markets function properly, reaching an efficient allocation of resources and providing for a fair number of opportunities for individuals, States decide to intervene in the economy on equity grounds, *i.e.* to achieve a redistribution of resources that is capable of reflecting the preferences of

23 Nicolaides & Rusu, 2010: 26.

24 Cecco, 2013: 73.

25 Ganoulis & Martin, 2001: 289-290.

society in terms of wealth distribution[26]. By pursuing State aid policies based on equity, governments can address less favored regions or social groups which consequently justify, for example, regional, employment or restructuring aid[27]. Nevertheless, it is not possible to separate that redistribution function from the other two objectives that States pursue when intervening in the economy: the allocation function, where the State is concerned with correcting the misallocation of resources; and the stabilization function, where the State wants to ensure not only the full employment of resources but also price stability and sustainable economic growth. There is an inherent idea of interdependence because each State measure will necessarily have an effect on other State functions, either benefiting or harming the achievement of that function.

In a nutshell, State intervention in the economy aims at promoting not only economic efficiency but also equity. Governments are both concerned with correcting market failures to achieve economic efficiency and with addressing wealth and resources distribution which are dependent on their conceptions of justice and welfare[28], demonstrating that these goals are not necessarily mutually exclusive, although it can be accepted that the achievement of equity objectives usually entails an efficiency cost[29].

3. STATE AID AND THE FINANCIAL AND ECONOMIC CRISIS – THE COMMISSION'S RESPONSE TO THE SYSTEMIC CRISIS

As is well known and debated, the collapse of Lehman Brothers in 2008 initiated an enormous financial crisis that quickly escalated to the real economy. Although the crisis was initially felt in the United States, its effects rapidly extended to Europe. In this context, governments around the world had to inject large amounts of money into their banks to mitigate the extraordinary losses the banking system was facing; the United States created a $700 billion plan to support its 'bad banks'[30].

If, in the United States, the questions raised in the State intervention were purely economic, in Europe the situation, and its respective debate, was rather

26 Friederiszick, Roller & Verouden, 2006: 17.

27 Bacon 2013: 8.

28 The general ideas of 'making the cake bigger and dividing it better'.

29 Nogueira Almeida, 2013: 20.

30 Emergency Economic Stabilization Act of 2008 (Division A of Pub.L. 110–343, 122 Stat. 3765).

distinct due to its State aid rules. Before the financial crisis, there were no sector specific State aid rules regarding the financial system. State measures to support a financial situation in the face of financial distress would be assessed under Article 107(3)(c). However, the systemic character of the financial crisis and its ramification on all major banks changed the paradigm of State aid rules and made it evident that the Rescue and Restructuring Guidelines[31] ought to be modified and adapted to address the upcoming challenges.

In the early stage of the crisis, European governments nationalized and bailed their banks out without much intervention by the Commission. Yet, when Ireland decided to extend its bank guarantees to Irish banks, in a € 400 billion plan directed at bank liabilities, the Commission started raising concerns that State rescue measures had the potential to distort competition[32]. Consequently, the importance of State aid rules could not be undermined and the Commission had a decisive role to play in enforcing these rules, which were far from ready to address a challenge of this magnitude.

Thus, the Commission gradually issued an extensive set of documents to be incorporated under a Crisis Framework, addressed not only to the chaotic situation of financial institutions, but also aimed at supporting the real economy, where firms were being highly constrained by the liquidity problems banks were facing.

3.1. The financial crisis of 2008 – what is a systemic crisis?

The 2008 crisis presented repercussions far greater than initially predicted by the authorities. If compared, for instance, with the crisis faced in the early 2000s[33], where US household wealth suffered a loss of $5 trillion, the 2008 crisis was not much greater, taking into account the inflation and economic growth observed in the meantime, since it reached losses of $8 trillion[34]. The origin and causes of the recent crisis were considerably different, particularly due to its systemic character which required the rescue of the banking system to avoid a financial and economic collapse.

31 Pursuant to Article 107(3)(c) the Commission had adopted the Rescue and Restructuring Guidelines of 2004. In addition, see Bacon, 2013: 400.

32 Szyszczak, 2011: 124.

33 The so-called 'stock crash'.

34 Krugman & Wells, 2010.

Even though this is being disputed, the primary causes found for the crisis are centered in excessive liquidity and low interest rates which led banks to abandon their reliance on core deposits and focus on wholesale borrowing and securitization and on new and innovative lending practices that exposed them to higher and greater risks[35]. The reasons behind these two major factors are related to loose monetary policies pursued by central banks both in setting out interest rates and in the control of money supply. Additionally, rapidly developing economies inflated developed countries in Europe with cheap money causing banks to misprice their assets and leading to asset price booms in real estate[36]. The financial practices at the time exposed banks to mortgage defaults and the obscurity and lack of transparency of the system made it difficult to distinguish between sound and toxic assets. This situation, consequently, turned into a 'snow-ball' effect with a wide fall in the confidence in the financial markets followed by liquidity problems in wholesale funding markets.

All in all, the shift in practices of the banking sector made it highly dependent on wholesale funding and when the confidence on banks' balance sheets collapsed, it became nearly impossible for them to find funding. Solvency issues arose for those banks which mispriced assets, consequently becoming vulnerable to the real estate market due to the collapse of prices[37].

However, the special character of the crisis at hand results from more factors than those already mentioned. In fact, the banking sector plays a determinant role in financing the 'real economy' and the financial crisis experienced in 2008 had implications not only on banks' funding but also on the borrowing costs for firms in non-financial sectors which needed banks to play the intermediate role of lending them money to finance their activities. In addition to this, it is necessary to understand the social costs that the collapse of a bank represents to the economy. Those social costs are explained because banks deal directly with uninformed depositors, with firms from other markets of which they gained valuable input and information that in the face of bankruptcy will result in a permanent loss of output, and because of the repercussions (contagion effect) of a bank failure on the rest of the banking sector[38].

35 Commission, 2009e.

36 Szyszczak, 2011: 124-125.

37 Szyszczak, 2011: 126.

38 Beck, 2010: 10.

The systemic risk of contagion was precisely the center of focus for the efforts to tackle the crisis. Where a bank fails, there is an inherent negative externality for the rest of the banking system associated to it. This results from its business model[39]: banks apply the money saved by depositors (which constitute liabilities) in the form of loans to borrowers (assets), which makes banks' balance sheets 'highly leveraged' because their assets exceed their equity base[40]. Since a bank is not required to retain 100% of the capital it makes available to borrowers in its reserves, they become dependent on the market for interbank lending to cover their illiquidity risk[41]. This negative externality outweighs the general positive outcome for competitors associated with the exit of a failing firm from the market due to panic and drop in confidence depositors will feel regarding the failing bank with the likely consequence of an escalation toward other banks.

In sum, it is not surprising that national governments had to address this urgent matter as quickly as possible, attending to the specific features of the banking sector. However, the identification of the market failures that justified State aid to support banks in difficulty and its conceptualization within the rationale usually postulated by the Commission when addressing State aid poses a greater challenge due to the systemic character of the crisis. Therefore, one must question whether State aid addressed market failures or whether it was used to prevent the whole system of market economy from fading. In answering this question it is possible to argue that the financial crisis represented, in itself, a market failure exacerbated by two main factors already referred to: the massive drop in confidence in banks and the interdependence of the banking system[42].

The assessment of the market failures associated with the economic crisis will be developed in the next chapters with a particular focus on those market failures which constitute a 'serious disturbance of the economy'[43], the crucial legal basis invoked by the Commission to respond to the crisis.

39 Musetescu, 2012: 180-183.

40 Gerard, 2014: 2.

41 Lyons & Zhu, 2012: 42.

42 Derenne, Merola & Rivas, 2014: 851-859.

43 TFEU, Article 107(3)(b).

3.2. Impact on the real economy and the European Temporary Framework

It is not surprising that the main focus of State aid policy during the crisis period was on the assistance to the financial sector. Hence, before stepping into the analysis of the Crisis Framework adopted by the Commission to respond to the failure of the banking sector, it is relevant to assess the impact of the financial and economic crisis on the 'real economy' and the Commission's responses to it.

The massive contraction of economic growth and industrial output experienced since 2008 is, to a great extent, related to the credit crunch caused by the slowdown in the lending activities of banks. It then became clear that there was a need to find State support measures that could help firms to finance themselves in the absence of a functional banking sector[44].

The Commission took rapid action by adopting the European Economic Recovery Plan[45], which encompassed the EU Temporary Framework[46]. Firstly, it is necessary to point out that the Commission, upon the release of its first Banking Communication[47], intended to make a distinction between the approach taken towards financial institutions and the one taken towards other individual sectors due to the 'absence of a comparable risk that they have an immediate impact on the economy of a Member State as a whole'[48]. The intention was to clarify the distinct legal basis to be used in respect of systemic financial institutions, Article 107(3)(b) instead of Article 107(3)(c), given that a systemic crisis not only puts unsound financial institutions at risk, but it may also have a detrimental effect on fundamentally sound institutions. Upon the release of the first Communication introducing the EU Temporary Framework, the Commission stated that it would also apply Article 107(3)(b) in the case of measures taken to support the 'real economy', for a limited period of time, due to the fact that 'the current global crisis requires exceptional policy responses'[49].

44 Szyszczak, 2011: 127-128.

45 Commission, 2008b.

46 Commission, 2009d.

47 Commission, 2008a.

48 Ibid: 11.

49 Commission, 2009d: 6.

The EU Temporary Framework was initially thought to be applicable between 2008 and 2010, but it was extended until December 2011[50], the date on which it expired. The Framework was vastly concerned with SMEs and its primary goal was to reach a simplification of existing State aid rules under which aid is declared compatible with the Internal Market. It adopted 5 different State measures to support undertakings which were not already in difficulty before the crisis started[51]. In order to facilitate the access of companies to finance, the Framework allows Member States to grant aid up to €500 000 per undertaking through sector aid schemes. To do so, Member States could have opted for subsidizing loan guarantee premiums or for reducing interest rates below the reference rate set by the Commission. Likewise, the rules to fund new environmentally friendly projects, or to refinance existing ones, were relaxed. Finally, the Commission decided to promote risk capital in respect of SMEs by relaxing the existing rules on risk capital aid from € 1.5 million to up to € 2.5 million per year per undertaking, and to ease the procedural requirements on short-term export credit insurance.

Another possible way to support undertakings under distress is to grant ad hoc aid pursuant to Article 107(3)(c) and in accordance with the Rescue and Restructuring Guidelines of 2004 (R&R Guidelines)[52], which have now been revised[53]. This type of aid is the main category of horizontal aid not covered by the General Block Exemption Regulation[54], which means that where Member States want to grant it, they must notify the Commission in order to receive the necessary approval under Article 107(3). It is worth pointing out that these Guidelines were also an important instrument in the rescue of financial institutions as they represented the Commission's choice of legal technique for these situations.

However, the R&R Guidelines were too form-based and lacked, at the time, a revised approach that would 'modernize' them by introducing a 'more economic approach'. In fact, they did not follow a balancing test (or an effects-based

50 Commission, 2011a.

51 Luja, 2009: 153-158.

52 Referred to in footnote 74.

53 Commission, 2014c.

54 Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty *OJ L 187, 26.6.2014, p. 1–78*. This type of aid is explicitly excluded by the Regulation on its paragraph 14.

approach) opting, instead, for form-based rules established on presumptions in respect of the benefits of the aid and the detrimental effect on competition[55]. While different types of aid may lead to the same effect, the application of the same measure to distinct situations has the potential to cause different effects. The Guidelines were developed under the idea that this type of aid is highly controversial since it usually results, due to its very nature, in a distortion of competition with affect on trade between Member States[56]. Therefore, there was a primary concern with limiting the scope of the Guidelines that can be observed in its main features. Firstly, the notion of 'firm in difficulty' was closely defined to only encompass those firms that would almost certainly be driven out of the market in the short or medium term if public authorities did not intervene[57]. Secondly, there is the general 'one-time last time'[58] principle, meaning that firms may only receive aid once every ten years, intended to prevent failing firms from 'being kept alive' through successive aids. Finally, where a firm is in line with these two conditions, it qualifies to receive this specific aid for a period of 6 months while it elaborates a restructuring plan aimed at returning it to viability or while it defines a liquidation plan[59]. Moreover, the restructuring plan has to respect three conditions: the plan must guarantee that the firm will return to viability without a continued reliance on State aid; there must be a burden sharing of the costs of the plan, *i.e.* the undertaking must sufficiently contribute to it from its own resources; and, the Commission may impose compensatory measures to mitigate distortions of competition created by the aid, such as divestment of assets or capacity reductions[60].

As previously mentioned, rescue aid is regarded amongst the most controversial and least efficient types of aid. In a market economy where the competitive process runs 'freely', it is normal to see firms exiting the market while others enter it. However, the Commission has identified other social benefits of this type of aid that might be worth pursuing, namely: social and/

55 Szyszczak, 2011: 130.

56 Farantouris, 2009: 3.

57 Commission, 2004: para 9-10. It is necessary to mention that a newly created firm does not qualify for rescue and restructuring aid.

58 Ibid: para 72. This principle aims at achieving optimal allocation of resources and therefore applies where a finding of aid has already been reached and the compatibility assessment is pending.

59 Ibid: para 25.

60 Szyszczak, 2011: 131-136.

or regional concerns; the importance of SMEs to the competitive process; and the avoidance of a monopoly or oligopoly by rehabilitating a competitor[61].

But even from a social welfare perspective the costs for tax payers, and the benefits for competitors of the failing firm will generally be greater than the benefits to consumers. An inefficient firm kept 'alive' in a functioning and competitive market will merely frustrate the normal course of competition and will impose an extra burden on taxpayers from which they will not benefit. And, unlike in the banking sector, the failure of a firm in other sectors will simply highlight and contribute to the success of its competitors, and it will not put the functioning of the whole system at risk in a systemic manner.

3.3. Rescuing the financial system

The Commission's approach towards the rescue of financial institutions since the outset of the crisis has been made through a variety of instruments and different legal choices. Initially it was difficult to understand and perceive the repercussions of the crisis, which explains why the Commission declined to authorize aids under Article 107(3)(b) in the first cases of rescue to banks[62]. It considered that the problems the banks were facing were due to their business models and not a consequence of a 'serious disturbance in the economy of a Member State'. Therefore, the Commission opted for authorizing such State measures under the standard Rescue & Restructuring Guidelines, which were clearly not meant to respond to a systematic crisis where the failure of one bank entails serious contagion effects on others.

As the crisis escalated and spread throughout the European financial institutions, some Member States expressed their concern with the rigidity of the State aid framework and claimed that a suspension of the framework could be desirable. However, the European Council put aside that option and reaffirmed the importance of the implementation and enforcement of the State aid rules[63]. In the face of this situation, the Commission had to undertake the challenging task of finding a framework capable of solving banks' liquidity problems in the short run while also guaranteeing a consistent change in their business model that would strengthen banks' capacity to respond to similar

61 Commission, 2004: para 8.

62 Notably the rescue of two banks: Northern Rock and IKB.

63 Press release from the European Council – Brussels of 15 and 16 October 2008 Presidency Conclusions on the Economic and Financial Situation.

economic shocks in the future[64]. The focus was put on three different State measures: State guarantees on bank liabilities; impaired assets measures; and governmental recapitalization of troubled banks.

Then, at the end of 2008, the Commission published its first two documents destined to respond to the crisis: the Banking Communication[65] and the Recapitalization Communication[66]. The adoption of these two Communications represented a change of approach from the Commission by acknowledging the gravity of the financial situation in Europe and its likely impact and disturbance on the economy in the whole Union, which meant the use of a different legal basis, Article 107(3)(b). This provision had been rarely invoked in the past because the Commission considered it was only applicable to situations where 'fundamentally sound' institutions were in difficulty due to a serious economic disturbance affecting the whole economy of a Member State and strictly subject to commitments to be undertaken by the undertakings concerned in order to ensure long-term viability or a sound liquidation[67].

Both Guidelines started out by stressing the difference between 'fundamentally sound' financial institutions, which were facing liquidity problems caused by a dried up interbank lending market, and those that had endogenous problems associated with their business models and practices. The relevance of this distinction was related to the greater need of the latter in implementing restructuring plans, while, on the other hand, the former could be exempted from adopting those plans[68]. In addition, the Banking Communication emphasized the particularity of the crisis at hand and the importance of upholding State aid rules, whereas the Recapitalization Communication centered its focus on the rules to be applied in case of State injection of capital into banks. Once more the Communication affirmed that the general principles of the R&R Guidelines should be followed and that distortions of competition should be kept to a minimum by finding appropriate compensatory measures[69].

64 Mamdani, 2012: 242.

65 Commission, 2008a.

66 Commission, 2009a.

67 Décision de la Commission 88/167/CEE concernant la loi 1386/1983 par laquelle le gouvernement grec accorde une aide à l'industrie grecque, JO 1988, L76.

68 Commission, 2008a: para 30-35.

69 Bacon, 2013: 401.

The next step taken by the Communication was to issue the Impaired Assets Communication in February 2009[70], intended to respond to the problems raised by the dimension and location of toxic and impaired assets by conceding asset relief to the banks in order to restore confidence and stability in the markets. At this point, the Commission was abandoning the abovementioned distinction between banks because the markets were stabilizing and troubled institutions had already submitted their restructuring plans, which meant a return to the standard R&R Guidelines. By July 2009, the Commission adopted the Restructuring Communication[71] with the intention of hardening State aid rules in this respect. The Guidelines pointed out the importance of following the R&R Guidelines methodology. Furthermore, they imposed three conditions that State measures to recapitalize banks had to respect: a detailed analysis of the bank's situation in order to reach a plan capable of returning it to viability; the requirement for burden sharing between the Member State and the troubled bank, although the 50% own contribution expressed in the R&R Guidelines was adapted to avoid a fixed contribution; and the imposition of compensatory measures to limit the distortions of competition to a minimum[72].

The Crisis Framework was foreseen as merely temporary and expected to last while there was a 'serious disturbance in the economy', despite the fact that only the Restructuring Communication had an expiry date. However, the European economy did not recover in the expected time nor did the financial markets stabilize to the extent needed. Consequently, the Commission decided to prolong the Restructuring Communication, and all the others: first, at the end of 2010 and until 2011 (First Prolongation Communication[73]); then in 2011 for an indefinite period of time due to the lasting effects of the disturbance in the economy (Second Prolongation Communication[74]); and lastly, in July 2013 the Commission decided to adopt a new approach in respect of bank restructuring by replacing the first Banking Communication with a new one[75].

70 Commission, 2009b.

71 Commission, 2009c.

72 Mamdani, 2012.

73 Commission, 2011a.

74 Commission, 2011b.

75 Commission, 2013.

The reasoning behind the change of approach was primarily related to the high fiscal costs involved in bailing out financial institutions, which made the financial crisis evolve into a sovereign debt crisis. In fact, the new Communication highlighted the need for greater burden-sharing by requiring a more demanding participation of banks' shareholders and creditors when rescuing and restructuring them. It is also of concern that banks located in Member States with superior fiscal flexibility are not treated more favorably than those located in Member State where the crisis continues sparking[76]. In order to meet an enhanced burden sharing and to create a level playing field for all stakeholders across Europe, the Commission implemented new requirements to be met prior to the aid's approval: where a bank faces a capital shortfall it must carry out all measures to raise capital in order to minimize the amount to be granted by the public authorities; where it does not raise sufficient capital, the Member State granting the aid must ensure the participation of shareholders and subordinated creditors in 'bailing in' the bank (depositors are excluded); where the bank understands that State rescue measures will be necessary, it must avoid outflows of capital and junior debt so it does not undermine the process envisaged by requiring it to undertake all measures to raise private capital[77]. The Communication also introduces a preference for delaying the actual State intervention in the financial institution so it becomes possible to follow the appropriate steps of bailing-in, rather than bailing-out, the banks. The intention is to take all possible measures to raise private capital to limit the amount of aid to be granted to the minimum necessary[78].

It remains to be said that the assessment of the compatibility of rescue aid is inherently interconnected to its potential effect in distorting competition. Although the main rationale for granting such State aid was/is to stabilize the financial system, it also has a high potential to distort competition in the Internal Market. Firstly, there are great concerns in respect of moral hazard: a financial institution may not repeal its risky business practices because it anticipates that if it encounters difficulties in the future, State aid will be available; thus, that institution may continue to engage in actions of high risk, of which considerable profits may arise, even though it is aware that those are not a safe strategy. Secondly, a recipient of aid may be positioned to increase or sustain

76 Lienemeyer, Clemens & Malikova, 2014: 278.

77 Ibid: para 280-282.

78 Commission, 2013: para 29.

its market power by engaging in aggressive market practices. However, it is necessary to point out that a firm which is in need of State aid may not be in a condition to pursue expansionist strategies since the firm itself is facing economic and financial constraints. Moreover, there is the potential that State aid to firms will shut down the incentives its non-aided competitors would have to compete, consequently leading to a reduction in investment and innovation[79]. The last detrimental possible outcome of State aid in relation to competition lies with the possibility of maintaining inefficient players in the market, which may prevent more efficient competitors from achieving economic success and growth[80].

Therefore, the assessment of the compatibility of crisis aid is to be made under a balancing test, which will be conducted through an effects-based approach and a cost-benefit analysis. As has already been mentioned, the Commission highlights, in its documents, the importance of State measures respecting both general State aid rules and the specific pre-conditions related to the banking sector in order to reach the least distortive aid; and it also requires, in the most serious scenarios[81], the adoption of a restructuring plan, which will lead the financial institutions back to economic viability, or of a liquidation plan capable of ensuring a sound liquidation with minimal spill--over effects to other institutions. All in all, the effects-based approach explains that the State measure must be in accordance with a triple conditionality: it must respond to a market failure or pursue an objective of common interest; the measure has to address the market failure/common objective (it also has to be appropriate, to trigger a change of behavior in the recipient and to be kept to the minimum necessary); and the positive effects of the measure must outweigh its impact on competition and on trade.

Furthermore, the compatibility assessment would generally be based on a counterfactual analysis. Yet, in respect of State measures pursuant Article 107(3)(b), the counterfactual analysis would point to the situation where the State does not grant aid to the bank, which would likely lead to severe instability

79 Decision 2012/660/EU *BPN* [2012] L301/1, para 265.

80 Szyszczak, 2011: 134-135 & Bacon, 2013: 423.

81 The requirement to adopt a restructuring plan may occur with regard to both structural and non-structural aid. In principle, funding guarantees and liquidity measures are deemed to be non-structural since they are only designed to improve the recipient's access to funding on a temporary basis whereas recapitalizations and asset relief measures are considered to be structural because they are designed to address deficiencies in the recipient's balance sheet.

in the financial sector. An elucidation to this problem could lay in using the counterfactual to find the most efficient, or least distortive, solution[82]. In any case, the Commission has referred to several remedies to limit distortions of competition including: tailor-made compensatory measures; divestment of assets or activities; balance sheet reductions; acquisition bans; behavioral commitments; and market opening measures.

4. STATE AID AND OTHER POLICY RESPONSES IN TIMES OF CRISIS: APPROPRIATE RESPONSES TO A SYSTEMIC CHALLENGE

In respect of what was exposed above, it is now appropriate to discuss whether the underlying principles of State aid policy have changed or not, and to measure the Commission's success on handling the crisis and upholding its rationale for State aid control. In addition, I will address the impact of the economic and financial crisis in the European Union, which also required a transversal regulatory and legislative response capable of preventing and mitigating the market failures which led to the crisis.

There is no doubt that, in the absence of other EU level coordination mechanisms, State aid control was the most appropriate instrument to ensure the rescue and restructuring of the financial system. Yet, if on the one hand, a flexible State aid regime is necessary to secure a suitable response to future crises, it is essential to address the specific market failures of the 2008 crisis in order to ascertain other policy responses capable of minimizing the systemic risk associated with the financial system on the other hand.

4.1. Market failures of the crisis and regulatory failures in their origin

According to the Commission's views on State aid control, the main justification for State intervention in the economy is the existence of a market failure that needs to be remedied[83]. It was with this in mind that State measures to support and rescue financial firms during the crisis were considered compatible with the Internal Market. Although the special character of the financial system has already been identified in this Article, it remains necessary to consider which market failures caused markets to collapse, which political choices potentially caused those market failures and which were the core elements of

82 Szyszczak, 2011: 146-147.

83 Commission, 2005: para 23: '*One key element* [in assessing compatibility] *is the analysis of market failures.*'

the crisis that led the Commission to build up the Crisis Framework under the umbrella of Article 107(3)(b).

Firstly, there were two different types of market failures at the heart of the financial crisis: on the one hand, there were those business practices and market conditions capable of causing the collapse of the financial system; on the other, there was the associated negative externality of the failure of one bank on other financial institutions.

In respect of the first type of market failure, one must point out the high incentives that financial institutions had for engaging in risk-taking practices. In theory, the market mechanism would be capable of correctly valuing the risks taken by financial firms. However, innovation in financial products, backed up by low capital requirements, and the opacity and lack of transparency of the institutions made it possible to operate 'under the radar' of financial regulation[84]. In addition to mispricing of risk, risk-taking practices englobed asset price bubbles, disproportionate leverage, and business models based on short-term transactions[85]. It is precisely this last feature that might have undermined the stability of the whole financial system since financial firms held, in their balance sheets, assets of long duration or low liquidity while their liabilities were short-term[86], which caused runs in the system that had to be backed by lenders of last resort.

The interconnectivity of banks explains why the failure of one institution may impose unexpected difficulties on others: the failure of one bank and its associated costs are not internalized in an absolute manner due to cross balance sheets and can, therefore, spread out to 'fundamentally sound' institutions which did not handle malicious assets[87]. This negative externality is aggravated by the situation where banks can no longer sell their assets in the market because market operators stop being able to distinguish between toxic and valuable assets (creating impaired assets). On top of everything, the eruption of the financial crisis caused an extraordinary confidence crisis in the financial system which dried up the wholesale funding market. Consequently, this caused

84 Acharya & others, 2011: 11-12.

85 Derenne, Merola & Rivas, 2014: 852.

86 Acharya & others, 2011: 20.

87 Ibid: 15.

tremendous liquidity constraints and a generalized panic on depositors afraid that banks could not meet their obligations (bank runs)[88].

At this stage it remains crucial to specify the market failure on which the Commission based its Crisis Framework and its respective legal basis. Article 107 grants the Commission a sufficient margin of maneuver to adjust its State aid rules in times of crisis by allowing it to have the ultimate word on the compatibility of a State measure with the Internal Market. Attending to the fact that the R&R Guidelines did not mention the specificity of the financial sector and to the circumstance that aid granted under the Guidelines was thought to avoid 'serious social difficulties', the Commission found itself in the position of having to adapt its framework[89]. Additionally, there was a lot of pressure from Member States to change the legal basis from Article 107(3)(c) to Article 107(3)(b), although both the Commission and the CJEU have held that this legal basis has to be interpreted narrowly[90]. The reason why there was finally a change of legal basis seems to be related to the systemic character of the crisis and to the contagion risks that 'even fundamentally sound financial institutions' faced, with the threat of these being driven out of the market. The Commission considered this to be an 'international market failure' with repercussions on the real economy and, therefore, a significant disturbance on the economy of the whole European Union[91].

Some authors have argued that the financial crisis was triggered by regulatory and supervisory failures rather than market failures[92]. Although it is undisputable that there were regulatory and supervisory failures and that those are among the causes which triggered the crisis, it also appears clear that these regulatory and supervisory failures are at the origin of the market failures which justified State intervention in the economy.

The understanding of the regulatory and supervisory conditions which led to a failing market provide valuable insights not only into the development of State aid control but also into the course of action undertaken by the European

88 Gerard, 2014: 1-3.

89 Gebski, 2009: 97-100.

90 T-132/96 and T-143/96 *Freistaat Sachsen and Volkswagen AG v Commission* [1999] ECR II-3663, para 167.

91 Case N 507/2008, para 44 and 47 and Case NN51/2008, para. 40.

92 Böheim, 2011: 323.

Union with the creation of a Banking Union intended to strengthen financial stability and avoid the fragmentation of the Internal Market[93].

In the 1970s the United States initiated a process of deregulation in the financial system that was later followed in the European Union. In the United States, one of the most notorious changes was the introduction of capital requirements as the sole backup for risk shifting, which incited banks to engage in excessively risky practices by mispricing their guarantees with the expectation of reaching high profits. However, the relevant regulatory failure was that prudential banking regulation focused merely on the individual risk of financial firms rather than on the risk of the whole financial sector, therefore, neglecting the systemic risk of the financial system[94].

In Europe, the situation was somehow similar due to the absence of a macroprudential supervisor to target systemic risk[95]. In addition, the failure at the level of capital requirements was similar since there was only pro-cyclical regulation, which meant that banks could expand and contract their balance sheets depending on whether the economy was growing or in recession[96]. Yet, another problem affecting both Europe and the US was the increased interdependence and integration between banks while the regulatory frameworks remained at the national level, which created tremendous problems of cross--border coordination between home and host country supervisors. Concerns related with the lack of coordination between supervisory structures were not novel; and despite the recommendations presented by the Basel Committee, the national and European authorities only took action after the crisis started[97].

4.2. Implications of the Crisis Framework on EU State aid

The offset of the financial crisis required rapid and energetic action by the European Commission to allow Member States to support and rescue their banks in order to stabilize the financial markets. Nevertheless, such action required adapting the EU State Aid framework and its substantive and procedural principles.

93 Commission, 2012b.

94 Acharya & others, 2011: 13-15.

95 The situation is nowadays different with the creation of the EU Banking Union and the introduction of a Single Supervisory Mechanism of which the ECB is in charge.

96 Commission, 2014: para 30.

97 Norgren, 2010.

One of the most interesting issues in this regard resides in which role is left for the market economy principle to play in a situation of crisis. As it has already been mentioned, this is a key principle in distinguishing between State measures which will grant an economic advantage to an undertaking and those where the State acts under normal market conditions, *i.e.* within the rationale of the market[98]. However, during the financial crisis there was no market available for some bank products and services because no private investor would dare to intervene. The Commission has stated that, under this test, it must be assumed that a private investor will act based on the actual circumstances of the market at the time of the transactions and not those preceding it[99]. This means that if no private investor takes action, any investing action engaged in by the State will constitute an economic advantage. Conversely, where the State is solely acting as the seller, for example of a financial institution that has been rescued through a transparent and public tender procedure, it is considered that the State is not granting an advantage to the buyer. It is considered so even where the State sells the assets at distressed prices, because the actual investment made by the private party means that there is a market for that product[100].

Another legal challenge raised by the crisis points to the definition of 'firm in difficulty'. By choosing the R&R Guidelines as its legal technique, the Commission faced the problem of the inappropriateness of the legal definition of this concept, particularly because the crisis also affected 'fundamentally sound institutions' which did not meet the substantive elements presented by the Guidelines[101]. In this context the Commission adopted a new set of Guidelines[102] where it 'filtered' the legal definition by introducing new objective criteria, such as the sustainability of a firm's debt and how its level of profit generation is in relation to its expenses. Most remarkably, the Commission also accepted that sound and stable firms may also face liquidity problems during exceptional crisis periods.

98 Cecco, 2013: 59.

99 Commission Decision of 5 April 2011 on the measures C 11/09 (ex NN 53b/08, NN 2/10 and N 19/10) implemented by the Dutch State for ABN AMRO Group NV) (notified under document C(2011) 2114).

100 Derenne, Merola & Rivas: 666-669.

101 Müller-Graff & Selvig, 2012: 78.

102 Commission, 2014c.

However, it is important to note that the Commission upheld most of the substantive principles constituting the EU State aid framework. The need for a rapid response and the change of legal basis naturally required a more flexible approach to be applied to the types of aid, namely in respect of duration and repetition[103]. It was precisely with regard to the urgency of responding to the crisis that the Commission introduced exceptional procedural rules. Since the primary objective was to stabilize and calm the financial markets down, the Commission introduced a new framework where Member States could directly support and rescue their banks during a period of six months through a provisional authorization. If after that period the Member States wished to extend the rescue measures, the Commission would proceed to an assessment of the implementation of the measures and of whether a restructuring plan would be needed. This procedural efficiency, where the Commission adopted decisions within days, contrasts with what used to be common practice in the Commission and has led it to adopt a simplified procedure for the authorization of aid[104]. If during the initial stage of the crisis the Commission clearly adopted a principle of 'clear first, ask questions later', it was obvious that it was necessary to make the procedure tighter after the stabilization of the markets. Nevertheless, in one of its most recent documents, the State Aid Modernization, the Commission reaffirmed the idea of accelerating its procedure by implementing a principle of 'trust and verify'[105], moving its focus to an *ex post* assessment rather than *ex ante*[106].

Finally, with regard to the assessment of the compatibility of a certain State measure with the Internal Market, the Commission uphled most of its criteria in the new Guidelines for supporting firms in difficulty[107]. Firstly, the State measure continues to have to address a market failure or an objective of common interest. Secondly, the measure must be appropriate to its objective and has to entail an incentive effect. Subsequently, the Commission continues to apply the principle of proportionality and the overall assessment whereby the positive effects of the measure must outweigh the impact on competition

103 Gerard, 2014: 7.

104 Ibid: 20.

105 Commission, 2012: para 19-23.

106 Sanchez-Graells, 2015: 3-6.

107 Commission, 2014d: para 38.

and trade between Member States. The last criterion introduces a requirement of transparency where the Member States shall make public and accessible all the documentation related to the State measure.

4.3. Suitability of State aid in managing crises: post-crisis regime

The financial and economic crisis represented the most challenging of times for EU State aid control. The legal regime put in practice before the crisis was clearly not suited to address all legal, economic and political issues raised by the failure of the financial market. Thus, the Commission was in a position of great distress due to the necessity of developing and adopting *ad hoc* documents capable of adapting the framework. Some of the most critical changes in the legal framework have already been tackled in the previous section, however, it remains relevant to question whether the current legal choices are suitable to address a systemic crisis and to assess the pivotal role that both State aid and the Commission play in managing a crisis.

As noted, the Commission decided to adopt its Crisis Communications and to declare the compatibility of State measures addressed to financial institutions with the Internal Market on the basis of the rarely invoked Article 107(3)(b). At first, this provision was only applicable to a disturbance in the economy also affecting 'fundamentally sound institutions'. In the case involving *Credit Lyonnais*[108], the Commission addressed the applicability of this provision to financial institutions by pointing out that State measures can only be declared compatible with the Internal Market where they ought to solve a problem transversal to more than one operator in the financial sector.

However, the recent crisis was an exceptional situation due to the systemic failure of the market and the loss of confidence in banks. Member States had to react to restore confidence and liquidity in the market, which, in this situation, corresponded to nearly the entire European Union. One of the core issues raised by the application of this provision is related to moral hazard[109]. In fact, if the financial institutions can rely on the State as a lender of last resort, they will have a weaker incentive to adopt less risky business practices. Aligned with the systemic nature of the financial system, moral hazard represents one of the primary concerns of the suitability of Article 107(3)(b) to address financial

108 Commission Decision 95/547/EC of 26.07.1995 giving conditional approval to the aid granted by France to the bank Credit Lyonnais, OJ 1995, L308 (*Credit Lyonnais I*).

109 Gebski, 2009: 99-100.

crises. Even though the Commission showed concern with this incongruence by emphasizing the need for compensatory measures to limit distortions on competition and by waiving liquidation plans as a concrete option, it is doubtful that these solutions are capable of addressing moral hazard[110].

One of the most prominent arguments in favor of this claim lies with the fact that financial institutions were not deterred by the risk of high losses as a consequence of their behavior. Therefore, it seems unlikely that compensatory measures and the risk of liquidation will be more efficient tools where the banks can rely on the State as a lender of last resort[111]. In respect of State aid control, a possible solution would encompass a stronger conditionality in the access to national measures with the imposition of heavy commitments, divestment of assets and behavioral measures (for example, commercial practices, changes in management or remuneration limitations). The main objective of State support must be the return to viability or a sound liquidation. However, the legal regime must be as imposing as economically possible in order to constraint banks in accessing State funds and to minimize distortions of competition.

Although enhanced burden-sharing, as defined in the 2013 Banking Communication[112], may not be sufficient to fully address moral hazard concerns, it is a notorious first step. The requirement imposed on banks to exhaust all private funding possibilities (shareholders and junior creditors must convert their claims on the bank into equity[113]) before State aid is granted means that a bank facing a credit shortfall will be bailed in instead of bailed out by the State. This requirement shifts the focus from the State to the financial system itself with the clear advantage of reducing costs on taxpayers.

In addition, the exceptional character of Article 107(3)(b) ought to be reaffirmed with the definition of a stricter compatibility assessment and its scope should be narrowed. A systemic crisis might be the result of different market failures, which should be directly addressed. The Commission must give effect to Article 107(3)(b) on a case-by-case basis, because the rules must be adapted to changing market conditions and return to a strict interpretation in order to avoid a reliance on this provision by the banks.

---

110 Szyszczak, 20: 147.

111 Ibid: 148-149.

112 Commission, 2013: para 15.

113 Micossi, Bruzzone & Cassella, 2014: 3.

Moreover, the compatibility assessment must be developed in accordance with legal, economic and political principles as identified in this section and in the State Aid Modernization Communication. The focus must be directed towards a more economic and effects-based approach reflecting market characteristics. The compatibility assessment must require a clear identification of the market failure or common objective to be addressed. The measure has to be necessary, proportionate and appropriate to minimize distortions on competition and the Commission must require a restructuring or liquidation plan. The rationale behind State aid control must not be to bail-out banks and their shareholders to the detriment of taxpayers. Instead, it must contribute to preserving stability in a financial system where banks play their intermediary economic role. Article 107(3)(b) allowed Member States to respond to the macroeconomic disturbances in the economy and to avoid the grave social which follow market failures. However, its suitability to allow for a 'more economic approach' in respect of State aid remains unclear. In the EU State Aid Modernization Communication the Commission highlighted the requisite for a 'clearer definition of market failures'[114] because State aid will only be beneficial to the economy when one is targeted and when there is an incentive effect. The Commission maintains that this policy action will always be a second optimal solution. Yet, neither the EU Crisis Framework nor the Commission's decisions approving State aid always respected the principle of addressing a market failure through the least distortive means. Nor were the measures in question the most adequate solutions at all times. Furthermore, the relaxation of procedural and other substantive rules undertaken by the Commission proved the inadequacy of EU State aid control to respond to systemic challenges, particularly in respect of finding a correct balance between flexibility and enforcement. Nonetheless, more flexible procedural rules are welcome, and allowed the Commission to better manage changing market conditions.

But if the legal regime may be inadequate in the terms *supra* mentioned on the one hand, it has proven effective, up to a certain extent, on the other. Most State measures approved by the Commission can be considered to have not had automatic distortive effects on competition because some of the market failures addressed were common to all financial institutions and the remedies

114 Commission, 2012a: para 18.

were available to most institutions[115]. In this sequence, one positive aspect of State intervention in the economy is correlated with the ability to exercise a superior scrutiny of the banks' business models and practices and the possibility to 'force' a change of behavior when this change is not achieved earlier.

In order to tackle future crises the EU State aid framework cannot be seen as the only appropriate tool for achieveing coordination and stabilization of financial markets. It is undeniable that State aid minimized the problem of the lack of instruments at the EU level (for instance the inexistence of a EU treasury) and enabled the Commission to assume a decisive role in the management of the crisis[116]. However, the attainment of regulatory objectives and the avoidance of further systemic crises of this magnitude must be achieved through the introduction of other EU legal mechanisms and of enhanced supervision[117]. The interconnectivity of the financial system, which in itself justified the adoption of measures pursuant Article 107(3)(b), must be taken into account in order to create a level playing field for all institutions across the European Union.

In the face of these considerations, the best path to address the limitations of State aid control in preventing crises is through a regulatory reform capable of complementing the role played by State aid control. It is pertinent to note that the connection between bank and sovereign debt, for instance where public debt is owned by banks, justifies the existence of implicit and explicit State (and European) guarantees and of the facility of liquidity by the ECB and other Central Banks. The escalation of the financial crisis into a sovereign debt crisis highlighted the requirement of developing a regulatory and supervisory reform.

4.4. Other policy responses for crises prevention

The considerations already drawn in respect of the regulatory and supervisory failures which led to the crisis show that the most appropriate means to prevent future crises lie with legislative reforms at this level. Notwithstanding these remarks falling outside the scope of this Article, the undermined role that State aid control can play as an instrument to prevent crises requires a brief

115 Derenne, Merola & Rivas, 2014: 860-863.

116 Gerard, 2014: 13-14.

117 These concerns have been partly addressed with the adoption, for example, of the Banking Union and the new role to be played by the European Central Bank supervising financial institutions.

orientation of the necessary policy responses. In fact, the European Institutions have already addressed most of the regulatory failures *supra* mentioned with the introduction of the EU Financial Regulation Agenda[118], aimed at achieving a stable financial system capable of performing its decisive role in the economy and of contributing to sustainable economic growth.

The overall objective of the EU is the achievement of a fully functioning Banking Union (BU)[119] designed to complete the Economic Monetary Union and capable of performing enhanced supervision, of securing a sound resolution of banks and of breaking the vicious circle between banks' and sovereigns' debt[120]. As is demonstrated by the wording used by the Commission, these legislative documents are a clear response to the financial crisis in a demonstration that the Commission 'has worked hard to learn all the lessons from the crisis and to create a safer and sounder financial sector'[121]. The BU applies to Eurozone Members (non-Members may also join) and aims at solving the problems which led to the Financial and Economic Crisis and consequent escalation to the Eurozone sovereign debt crisis[122]; introduces new regulatory prudential rules, periodic reviews of banks' balance sheets and new monitoring of restructuring, return to viability and liquidation of banks.

The BU is founded on the Single Rulebook[123], which encompasses a set of legislative measures intended to address the regulatory failures at the heart of the crisis and with which all banks in the Union must comply. Two further complementary mechanisms were established: the Single Supervision

118 Commission, 2014c: 49.

119 Commission, 2012b: para 3.

120 Merler, 2014: 3.

121 Commission, 2014b: para 2.

122 In respect of the Eurozone crisis see: Pagano, 2014.

123 Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012 *OJ L 176, 27.6.2013, p. 1–337* (CRR); Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC *OJ L 176, 27.6.2013, p. 338–436* (CRD IV); and Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council *OJ L 173, 12.6.2014, p. 190–348* (BRRD).

Mechanism (SSM)[124] and the Single Resolution Mechanism (SRM)[125]. The former institutes the European Central Bank (ECB) as the prudential regulator for all banks in the Eurozone (and those of the Members which join the BU). The latter addresses the failure of financial institutions by introducing a Single Resolution Board and a Single Resolution Fund.

One of the core changes introduced by the Single Rulebook is the stronger prudential requirements required by the Capital Requirements Regulation and Directive[126]. In detail, these documents address the inadequate levels of capital and liquidity, which led to State intervention in the economy, by requiring higher capital buffers, counterparty risk and liquidity. Likewise, concerns at the management level were also addressed with new governance reforms and administrative sanctions for individuals and undertakings. All in all, enhanced prudential supervision, as contemplated in the Capital Requirements Regulation and Directive, aims at restoring market confidence in banks, preventing bank runs through higher capital requirements, reducing risk management practices and at strengthening financial stability in the EU.

Another important pillar of these initiatives is the crucial supervisory role the ECB will assume. As the Commission pointed out, strong supervision is crucial to avoid undermining all regulatory efforts undertaken[127]. The EU intends to reach better coordination between National Competent Authorities and the four European Supervisory Authorities (ECB, the European Banking Authority, the European Securities and Markets Authority and the European Insurance and Occupational Pensions Authority in order to minimize risk practices and spillover and cross-border effects.

---

124 Council Regulation (EU) No 1024/2013 of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions *OJ L 287, 29.10.2013, p. 63–89*.

125 Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) No 1093/2010 *OJ L 225, 30.7.2014, p. 1–90*.

126 Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012 *OJ L 176, 27.6.2013, p. 1–337* and Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC *OJ L 176, 27.6.2013, p. 338–436*.

127 Commission, 2014a.

Finally, the EU adopted the Bank Recovery and Resolution Directive[128] establishing greater requirements which go beyond those imposed by State aid control, with particular regard to burden sharing (an additional requirement of senior debt, and not only of equity and junior debt, establishing the level of liabilities to be bailed-in). A complementary mechanism to this Directive is the SRM. Both address the resolution of banks in an orderly manner which does not undermine the stability of the financial system and introduces the idea that financial institutions cannot be 'too systemic/big too fail'. The SRM is of great importance in addressing both moral hazard and taxpayers concerns since it imposes stricter conditions on banks to access State funds. Finally, it is partly based on direct contributions from financial institutions, thereby relieving the costs on taxpayers, imposing the losses on banks' shareholders and achieving greater legal certainty in the financial system[129].

5. CONCLUSION

The exercise of State aid control by the Commission creates governmental constraints on Member States as to which economic and social objectives they wish to pursue. It represents the political economy orientation of tracking a market economy in the European Union[130]. The Commission has made use of this option since the creation of the Union by defining State aid as a fundamental policy to 'ensure a well-functioning Internal Market'[131], where undertakings shall not be protected by their host States nor rely on State resources to achieve economic efficiency. Although there are exceptional situations where State aid may be declared compatible with the Internal Market and among those public measures to address market failures are of primary importance, State aid will always remain a second optimal solution because it creates artificial market conditions. It is far more efficient to directly address a market failure and therefore avoiding the creation of undesired artificiality in the markets.

---

128 Directive of the European Parliament and the Council establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council PE-CONS, 24 April 2014.

129 Tornese, 2014.

130 Cecco, 2013: 12.

131 One example can be found in Commission, 2012: para 15.

In 2008, at the outset of the economic and financial crisis, the Member States found themselves with the responsibility to rescue financial institutions. Other measures were partly extended to the real economy to avoid a meltdown of the economy. The Commission needed to find an instrument capable of coordinating the State efforts undertaken during the crisis due to the absence of an EU Treasury[132].

The Commission considered itself successful in achieving a coordinated rescue of the financial system and in restoring liquidity to the markets[133]. Although this is true in principle, there are important consequences for EU State aid control. The crisis has shown that in extreme times, there may be social and political objectives that outweigh a strict enforcement of Competition law because the social costs of a collapse of the financial system are considerably severe[134]. The introduction of more flexible rules in respect of State aid demonstrated the incapability of the regime to respond to a systemic crisis on its own and the return to the framework prior to the crisis has been more consistent with regard to the real economy than to the financial system.

Thus, the financial and economic crisis, predominantly because of its systemic nature, has necessarily changed the paradigm surrounding State aid control and its underlying principles and rationale. Substantive and procedural rules have already changed; yet, issues such as moral hazard, the burden imposed on taxpayers and the need for a more economic approach in the compatibility assessment still need to be restructured.

The market failures addressed by State aid were not necessarily identified in a clear manner, nor did a diverse number of measures pursue specific loopholes in the market. Likewise, the origin of those market failures was directly related to transversal regulatory failures at the global level.

In addition, the development of the crisis into a sovereign debt crisis exposed the disparities between the fiscal sustainability of Member States[135]. State aid was undeniably a part of the solution to address the crisis. However, the lack of other, or complementary, EU instruments exacerbated the impact of the crisis on specific economies of the Union. In this regard, several legislative measures have already been undertaken the adoption of the Banking Union

132 Quaglia, Eastwood & Holmes, 2009.

133 Commission, 2009f.

134 Voszka, 2012: 85.

135 Ibid: 82.

and with the implementation of the SSM, the SRM and the European System of Financial Supervision[136].

All in all, the changes undertaken in EU State aid control in response to the financial and economic crisis must be taken further and aligned with enhanced supervision of financial operators. The ramifications of the crisis have not yet been fully dealt with and the way forward must address the systemic risk of the financial system in order to avoid drastic social costs to total welfare.

136 Pagano, 2014: 11-14.

BIBLIOGRAPHY

Acharya, Viral, Cooley, Thomas, Richardson, Mathew & Walter, Ingo
2011 "Market Failures And Regulatory Failures: Lessons From Past And Present Financial Crises", 264 *SSRN Journal*.

Beck, Thorsten, Coyle, Diane, Dewatripont, Mathias, Freixas, Xavier & Seabright, Paul
2010 Bailing Out The Banks, Centre for Economic Policy Research, February 2010, available at http://www.obela.org/system/files/Bailing_out_the_banks.pdf (accessed on 10.05.2015).

Böheim, Michael
2011 "Competition Policy: Ten Lessons Learnt From The Financial Crisis" in Empirica, Vol. 38, Issue 3, pp. 315-330.

Brett, Teddy
2015 Failed Markets, Failed States And The Global Recession: Responding To The Financial Crisis, LSE International Development, February 2015, available at: <http://blogs.lse.ac.uk/internationaldevelopment/2015/02/27/teddy-brett-failed-markets-failed-states-and-the-global-recession-responding-to-the-financial-crisis/> (accessed 13 July 2015).

Cecco, Francesco de
2013 *State Aid And The European Economic Constitution*, Oxford: Hart Pub.

Derenne, Jacques & Merola, Massimo
2007 *Economic Analysis Of State Aid Rules*, Berlin: Lexxion Verlagsgesellschaft.

Derenne, Jacques, Merola, Massimo & Rivas, José
2014 *Competition Law In Times Of Economic Crisis: In Need of Adjustment*, Brussels: Bruylant.

Dewatripont, Mathias
2014 "European Banking: Bailout, Bail-In And State Aid Control" in *International Journal of Industrial Organization*, vol. 34, C, pp. 37-43.

Doleys, Thomas
2012 "Managing State Aid In A Time Of Crisis: Commission Crisis Communications And The Financial Sector Bailout" in *Journal of European Integration*, Vol. 34, 6, pp. 549-65.

EUROPEAN COMMISSION
2001 Information from the Commission – State aid and risk capital, OJ C 235, p. 3–11, 21.8.2001.

2004 Communication from the Commission — Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty, OJ C 244, 1.10.2004, p. 2–17, 1.10.2004.

2005 State aid action plan – Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005-2009, COM/2005/0107 final, 07.06.2005.

2007 State Aid Scoreboard, Spring 2007 update, COM (2007) 347 final, 07.06. 2005.

2008a Communication from the Commission — The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis, OJ C 270, p. 8–14, 25.10.2008.

2008b Communication from the Commission to the European Council, COM (2008) 800 final, 26.11.2008.

2009a Communication from the Commission — The recapitalisation of financial institutions in the current financial crisis: limitation of aid to the minimum necessary and safeguards against undue distortions of competition, OJ C 10, p. 2–10, 15.1.2009.

2009b Communication from the Commission on the treatment of impaired assets in the Community banking sector, OJ C 72, p. 1–22, 26.3.2009.

2009c Commission communication on the return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rules OJ C 195, p. 9–20, 19.8.2009.

2009d Communication from the Commission — Temporary Union framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis, OJ C 261, p. 2–2, 31.10.2009.

2009e Communication from the Commission – European financial supervision, {SEC(2009) 715} {SEC(2009) 716} /* COM/2009/0252 final, 27.5.2009.

2009f Report from the Commission – Report on Competition Policy, 2009 SEC(2010)666 /* COM/2010/0282 final, 03.06.2010.

2010 Communication from the Commission on the application, from 1 January 2011, of State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis, OJ C 329, p. 7–10, 07.12.2010.

2011a Communication from Commission — Temporary Union framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis, OJ C 6, p. 5–15, 11.01.2011.

2011b Communication from the Commission on the application, from 1 January 2012, of State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis OJ C 356, p. 7–10, 06.12.2011.

2012 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'EU State aid Modernisation (SAM), COM/2012/0209 final, 08.05.2012.

2012b Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A Roadmap towards a Banking Union, COM/2012/0510 final, 12.09.2012.

2013 Communication from the Commission on the application, from 1 August 2013, of State aid rules to support measures in favour of banks in the context of the financial crisis OJ C 216, p. 1–15, 30.07.2013.

2014a Memo from the Commission 'A comprehensive EU response to the financial crisis: substantial progress towards a strong financial framework for Europe and a banking union for the eurozone', 24.1.2014

2014b Memo from the Commission. 'Banking union: restoring financial stability in the Eurozone'. MEMO/14/294, 9.3.2015.

2014b Commission Staff Working Document 'Economic Review of the Financial Regulation Agenda' accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'A reformed financial sector for Europe' COM(2014) 279 final, 15.05. 2014.

2014c Communication from the Commission — Guidelines on State aid for rescuing and restructuring non-financial undertakings in difficulty, OJ C 249, pp. 1–28, 31.07.2014.

Farantouris, Nikolaos

2009 "Firms In Difficulty And State Aids: A Compatibility Analysis" in *European Competition Law Review*, Vol. 30, 10, pp. 494–504.

Ganoulis, loannis & Martin, Reiner

2001 "State Aid Control In The European Union – Rationale, Stylised Facts And Determining Factors" in Intereconomics, Vol. 36, Issue 6, pp. 289– –297.

Gebski, Szymon

2009 "Competition First? Application Of State Aid Rules In The Banking Sector" in *The Competition Law Review*, Vol. 6, Issue 5, pp. 89-115.

Haucap, Justus & Schwalbe Ulrich

2011 "Economic Principles Of State Aid Control", Discussion Paper No 17, Düsseldorf Institute for Competition Economics.

Heimler, Alberto

2009 "European State Aid Policy In Search Of A Standard – What Is The Role Of Economic Analysis?" in *SSRN Electronic Journal*, available at: https://www.researchgate.net/publication/228124468_European_State_Aid_Policy_in_Search_of_a_Standard_-_What_is_the_Role_of_Economic_Analysis.

Heimler, Alberto & Jenny, Frédéric

2012 "The Limitations Of European Union Control Of State Aid" in *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 28, 2, pp. 347-367.

Jones, Alison & SUFRIN, Brenda

2011 EU Competition Law Fourth Edition edn, Oxford University Press, Oxford.

Krugman, Paul & Wells, Robin

2010 *The Slump Goes On: Why?* in The New York Review of Books, 30 September 2010, available at: http://www.nybooks.com/articles/2010/09/30/slump-goes-why/.

Lienemeyer, Max, Kerle, Clemens & Malikova, Helena

2014 "The New State Aid Banking Communication: The Beginning Of The Bail-In Era Will Ensure A Level Playing Field Of Enhanced Burden-Sharin" in *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 13, 2, pp. 277-288.

Lyons, Bruce & Zhu, Minyan

2012 "Compensating Competitors Or Restoring Competition? EU Regulation Of State Aid For Banks During The Financial Crisis" in *Journal of Industry, Competition and Trade*, Vol. 13, 1, pp. 39–66.

Mamdani, Geoffrey

2012 "State Aid For The Rescue And Restructuring Of Banks: The Current Regime And The Way Forward" in ERA Forum, Vol. 13, 2, pp. 241–256.

Merler, Silvia

2014 *Banking Union: Progresses And Problems, Session 2 of the BTTD 2014 Banking Union and Beyond*, Discussion Papers, January 2014, available at: <https://www.google.nl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCcQFjAAahUKEwiI85ytv9rGAhWMWBQKHdIcAb4&url=http%3A%2F%2Fwww.bruegel.org%2Fdownload%2Fparent%2F808-banking-union-and-beyond-discussion-papers-for-brussels-think-tank-dialogue%2Ffile%2F1700-banking-union-and-beyond-discussion-papers-for-brussels-think-tank-dialogue%2F&ei=Ye-kVci-FYyxUdK5hPAL&usg=AFQjCNFatYKaaNl4VacfYXS3e-cqLH-6kg&bvm=bv.97653015,d.d24> (accessed 25 June 2015).

Micossi, Stefano, Bruzzone, Ginevra & Cassella, Miriam

2014 Bail-*In Provisions In State Aid And Resolution Procedures: Are They Consistent With Systemic Stability?* in CEPS Policy Brief, No 318, available at: <http://www.ceps.eu/system/files/PB%20318%20SM%20et%20al%20Bail-in%20Provisions%20in%20State%20Aid%20and%20Resolution%20Procedures%20final_0.pdf> (accessed 18 June 2015).

Musetescu, Radu

2012 "The Economics Of State Aid Control In The European Union During The Financial Crisis: The Challenge For A Post-Crisis Rhetoric" in *Theoretical and Applied Economics*, Vol XIX, No. 6(571), pp. 175-184

MüLler-Graff, Peter & Selvig, Erling

2012 *European Law In An Era Of Crisis*, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag.

Nicolaides, Phedon & Bilal, Sanoussi

1999 "An Appraisal Of The State Aid Rules Of The European Community – Do They Promote Efficiency?" in *Journal of World Trade*, Vol 33, 2, pp. 97-124.

Nicolaides, Phedon & Rusu, Eleonora,

2010 "The 'Binary' Nature Of The Economics Of State Aid" in *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 37, 1, pp. 25-40.

Nicolaides, Phedon & RUSU, Eleonora,

2010 "The Financial Crisis And State Aid" in *The Antitrust Bulletin*, Vol. 55, 4, pp. 759-782.

Nogueira Almeida, João

2013 *On the Control of State Aid*, PhD Dissertation, University of Coimbra.

Norgren, Claes

2010 *The Causes Of The Global Financial Crisis And Their Implications For Supreme Audit* Institutions, Riksrevisionen, available at: <http://www.intosai.org/uploads/gaohq4709242v1finalsubgroup1paper.pdf> (accessed 14 June 2015).

Pagano, Marco

2014 *Lessons From The European Financial Crisis*, CFS Working Paper, No. 486, September 2014, available at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2517318> (accessed 25 June 2015).

Quaglia, Lucia, Eastwood, Robert & Holmes Peter

2009 "The Financial Turmoil And EU Policy Co-Operation In 2008" in *JCMS: Journal of Common Market Studies*, Vol. 47, pp. 63-87.

Ringe, Wolf-Georg and Huber, Peter

2014 *Legal Challenges In The Global Financial Crisis*, 1st ed., Hart Publishing, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law.

Sanchez-Graells, Albert

2015 *Digging Itself Out Of The Hole? A Critical Assessment Of The European Commission'S Attempt To Revitalise State Aid Enforcement After The Crisis* in Journal of Antitrust Enforcement, University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-15, available at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2602798> (accessed 12 June 2015).

Szyszczak, Erika

2011 *Research Handbook On European State Aid Law*, Research Handbooks in European Law series, Edward Elgar.

Voszka, Éva

2012 "Competition Policy In Europe – Temporary Or Long-Lasting Changes?" in *Public Finance Quarterly*, 2012/1.

OS AUXÍLIOS DE ESTADO SOB A FORMA FISCAL E O COMBATE DA CONCORRÊNCIA FISCAL PREJUDICIAL NA UNIÃO EUROPEIA

Mariana Medeiros Esteves[*]

Abstract: *With the recent events concerning the "LuxLeaks" scandal and the disclosure of several Advanced Tax Rulings granted by Member States to multinational entreprises, the issue of fiscal aids and harmful tax competition in the European Union, has become a "hot topic". The decisions concerning illegal state aids that are being issued by the European Commission send a clear message: "Member States cannot give unfair tax benefits to selected companies; no matter if they are European or foreign, large or small, part of a group or not". In this paper we address both the concepts of state aid and of harmful tax competition, including the issue of the misuse of transfer pricing in intra group transactions and Advanced Pricing Agreements, through an actualistic analysis that will enable us to reconcile and clarify the concepts.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Auxílios de Estado – análise introdutória. 3. Auxílios de Estado sob a forma fiscal. 4. O Código de Conduta sobre a tributação direta das empresas. 4.1. Critério da concorrência fiscal prejudicial. 4.2. A perspetiva da OCDE – aplicação do princípio da plena concorrência. 5. Preços de transferência – breve enquadramento. 5.1. Os preços de transferência sob a perspetiva dos auxílios tributários. 5.2. A importância do regime dos auxílios de Estado no combate da concorrência fiscal prejudicial. 6. Harmonização fiscal – um caminho a seguir?. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Aliando o mecanismo dos auxílios de Estado aplicados à fiscalidade direta das empresas, com a crescente proliferação de entidades que operam para além das fronteiras nacionais, somos levados a constatar que esta realidade se

---

* Este artigo reproduz, com determinadas adaptações e atualizações, o texto da dissertação de mestrado apresentado na Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, em fevereiro de 2016, sob a orientação da Sra. Professora Doutora Sofia de Oliveira Pais. O texto deste artigo é da exclusiva responsabilidade da autora.

apresenta cada vez mais como um sério desafio para as jurisdições fiscais dos vários Estados Membros e para a atuação das instituições europeias.

No presente trabalho propomo-nos a abordar em termos gerais os auxílios tributários e a sua aplicabilidade prática no seio das regras da concorrência da União Europeia, através da análise dos critérios que compõe a noção de auxílio vertida no artigo 107º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE), com especial enfoque para o requisito da seletividade, e, mediante o devido enquadramento jurisprudencial e doutrinal.

Após nos termos aproximado de uma conceptualização da figura, numa segunda fase atentaremos mais pormenorizadamente na específica correlação existente entre as suas prerrogativas e aplicabilidade prática, e as situações que dizem respeito à problemática do planeamento fiscal agressivo numa vertente objetivamente voltada para a questão da utilização dos preços de transferência, na medida em que a sua utilização por parte de empresas multinacionais pode levar a práticas de elisão fiscal.

Como nos será possível demonstrar, estas situações têm sido particularmente rebatidas nos últimos tempos, pelo que nos propomos a explicar o porquê de o regime dos auxílios estatais se configurar como um instrumento útil à ação coordenada dos Estados Membros e das instituições europeias no combate da concorrência fiscal prejudicial, e, por último, debruçar-nos-emos sobre três casos que envolvem o tratamento de decisões fiscais administrativas para efeitos de controlo de auxílios de Estado.

2. AUXÍLIOS DE ESTADO – ANÁLISE INTRODUTÓRIA

O instituto dos auxílios de Estado constitui um mecanismo *sui generis*, inserido na política de concorrência da União Europeia, que tem como principal objetivo controlar, a um nível supranacional, as formas de intervenção estadual sobre as empresas públicas ou privadas *que tenham atuado sob o controlo e instruções dos poderes públicos*[1].

Regulado no TFUE, nos artigos 107º a 109º, o regime em análise é definido de forma muito lata através de um princípio geral de proibição segundo o qual "são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma

1 Cfr. Abreu, 2013: 313; e Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30 de janeiro de 1985, *Comissão vs República Francesa*, processo 290/83, CJ 1985.

que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou produções".

Uma intervenção deste tipo tem como consequência, direta ou indireta, a introdução de uma alteração ao normal funcionamento da economia, significando consequentemente um entrave à construção do mercado interno e ao aprofundamento do processo de integração económica da UE, implicando ainda consequências nefastas para a concorrência interempresarial e comércio intracomunitário.

Perante as razões invocadas resta acrescentar que, a regulamentação das ajudas de Estado ao nível comunitário se figura como um instrumento pertinente e necessário, cujo objetivo principal é precisamente evitar que determinadas empresas, atividades, setores ou produções sejam favorecidos com base em critérios injustos que se possam consubstanciar numa discriminação injustificada em detrimento de outras empresas, setores ou produções que não beneficiem de qualquer ajuda por parte do Estado, e que por isso são prejudicadas.

3. AUXÍLIOS DE ESTADO SOB A FORMA FISCAL

Inserida no vasto campo de aplicação do regime dos auxílios de Estado encontra-se a proeminente, complexa e muito debatida questão[2] dos auxílios que podem derivar de uma intervenção indireta dos Estados Membros que, recorrendo a instrumentos próprios de implementação da política fiscal e poder tributário (relativamente ao qual ainda mantêm competência exclusiva), prestam incentivos ou benefícios de natureza fiscal a determinadas empresas, com o objetivo último de promover e implementar políticas de desígnio económico e social. Estamos assim perante auxílios de Estado sob a forma fiscal também denominados por auxílios tributários.

Nas secções que se seguem analisar-se-ão de forma mais ou menos exaustiva os elementos constitutivos do conceito de auxílios estatais tal como definidos no art.º 107º, n.º 1, do TFUE, na medida em que se demonstrem pertinentes para o nosso estudo centrado nos auxílios sob a forma fiscal.

2 Neste contexto urge referir que a complexidade da figura dos auxílios de Estado sob a forma fiscal deriva mormente da ausência de regras específicas (no Tratado) reguladoras dos auxílios tributários, que faz com que o seu acatamento por parte dos Estdos Membros se torne uma "missão" tanto espinhosa quanto delicada, uma vez que, o facto de estar em causa um único tipo ideal de proibição (o do art.º 107º, n.º 1), constitui um sério obstáculo à análise dos auxílios tributários tendo em conta a sua própria (e distinta) natureza, e respetivo enquadramento sistemático. Sobre este assunto *vd* Matsos, 2014: 491-499.

a) Princípio da irrelevância da forma dos auxílios tributários

O TJUE decidiu adotar um conceito e interpretação amplíssimos do requisito "independentemente da forma" estipulado no art.º 107º, n.º 1, com o objetivo de englobar na proibição geral, não apenas as típicas situações de auxílios positivos (como certos subsídios, benefícios fiscais ou ainda determinadas contribuições financeiras), mas também as formas de auxílios negativos, como é o caso das deduções derrogatórias, abatimentos, isenções fiscais, desagravamento de encargos, reescalonamento da dívida, entre outros engenhosos e sofisticados esquemas de que os EM abrem mão para atingir determinados objetivos.

De acordo com a "teoria dos efeitos", o Tratado arroga-se desta "neutralidade da forma" precisamente pelo facto de que, tanto os ditos benefícios positivos ou incentivos, como as situações de renúncia a receitas fiscais que seriam legalmente devidas, produzem efeitos idênticos sobre os recursos públicos dos EM, na medida em que ambas as situações implicam o seu "consumo", representando portanto despesas fiscais.

Assim sendo, e conforme o desenvolvimento jurisprudencial que imediatamente se seguiu ao acórdão fundador "Itália contra Comissão" de 1974[3], tem sido comumente aceite pelo TJUE que é irrelevante – para efeitos de sujeição dos auxílios tributários ao princípio da incompatibilidade – o instrumento de técnica fiscal que o Estado Membro adota para garantir um benefício a uma empresa ou grupo de empresas, bem como os fins a que se destina, sendo certo que, o que é preponderante é a análise dos efeitos reais da medida nas empresas beneficiárias, bem como os efeitos negativos que se refletem na perda de receitas dos outros Estados Membros[4].

b) "Concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais"

Como faz notar Schön, *"em questões de fiscalidade, a livre concorrência não é garantida pela não-interferência dos poderes públicos"*[5]. O critério da proveniência (direta ou indireta) de recursos estatais envolvidos no "financiamento" da medida encontra-se preenchido *"quando se verifica uma redução da carga fiscal*

3 Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de Julho de 1974, *Governo da República Italiana vs Comissão,* processo 173/73, CJ 1974. Sumariamente, o caso versava sobre um esquema fiscal que beneficiava apenas os trabalhadores do setor têxtil através da redução das contribuições para a Segurança Social; o Tribunal considerou que a medida era um auxílio incompatível com o mercado interno, porque seletiva e injustificada.

4 Cfr. Luja, 2000: 231.

5 Schön, 1999: 920.

normalmente devida pelo beneficiário"[6], na medida em que implica uma renúncia às receitas estatais ou mesmo perda de recursos.

c) Requisito da vantagem

O conceito de vantagem é mais abrangente que os típicos subsídios, e compreende medidas que proporcionam aos seus destinatários um benefício destinado à redução de encargos que normalmente oneram os respetivos orçamentos, implicando que *"o beneficiário em questão tenha obtido através das mesmas, uma vantagem económica especial que não havia obtido mediante o desenvolvimento normal da sua atividade"*[7]. De acordo com a jurisprudência consolidada, a vantagem auferida deve ser apreciada em termos económicos e ser extraordinária em relação às condições normais de mercado[8].

d) Teste da seletividade

O critério da seletividade *de facto,* diz respeito a *"regimes fiscais que, sendo elaborados em termos gerais, podem ser planeados de tal forma que apenas determinadas empresas* [que reúnam certas condições] *possam beneficiar dos mesmos"*[9]. Assim sendo, as medidas que criam uma diferenciação discriminatória injustificada entre empresas que se encontram numa situação legal e factualmente comparável, podem cair no âmbito de aplicação do art.º 107º, n.º 1, não relevando para o efeito – de demarcação entre a seletividade ou generalidade da medida – o número de empresas, setores ou produções abrangidas pela mesma, ou o eventual carácter temporário desta.

Ora, relativamente às medidas fiscais relacionadas com a tributação direta das empresas, a Comissão adotou um método de determinação da seletividade (*Three Step Analysis*) demarcado por três passos/ etapas, que têm de se encontrar obrigatoriamente preenchidos para que seja possível comprovar a seletividade da medida em causa.

---

6 *Vd* o parágrafo 18 do Relatório sobre a implementação da Comunicação da Comissão (de 10.12.1998, 98/C 384/03 – doravante Comunicação de 1998) sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas de 09.02.2004, C(2004)434 [doravante Relatório de Implementação].

7 Guío, 2012: 102.

8 De acordo com o parágrafo 66 da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art.º 107º, n.º 1 do TFUE, de 19.07.2016, sempre que a empresa usufrua de um benefício económico que, na ausência da intervenção estatal, não teria obtido, então é possível concluir que lhe foi garantida uma vantagem.

9 Micheau, 2015: 325

Com efeito, uma primeira etapa consiste em determinar se efetivamente uma determinada medida derrogatória favorece um grupo de empresas em detrimento de outras relativamente às quais é possível identificar uma conjuntura/ situação legal e factual comparável, à luz do concreto objetivo da medida em questão[10].

Já numa segunda fase é necessário estabelecer-se uma comparação entre medidas que conferem um tratamento preferencial a certas empresas, e o sistema geral relativamente ao qual tais medidas serão avaliadas. No parágrafo 16 da Comunicação de 1998, a Comissão identifica claramente um sistema ou teste que permite estabelecer esse marco diferenciador, designadamente o teste da derrogação[11], considerando-o como a abordagem mais apropriada para avaliar a seletividade, designadamente quando refere que uma medida é seletiva sempre que da sua execução (mais ou menos arbitrária[12]) resulte, para certas empresas situadas num EM, uma exceção à aplicação do regime fiscal comum.

Na terceira e última fase são tomados em consideração as políticas, princípios orientadores e objetivos prosseguidos pelo sistema geral de tributação no qual a medida se insere, desencadeando uma derradeira análise baseada no "critério da justificação pela natureza do sistema" de acordo com o qual *"uma derrogação deve ser justificada por referência a certas características do sistema do qual deriva, de modo a evitar ser classificada auxílio de Estado"*[13]. Este critério constitui expressamente um argumento válido para legitimar as medidas fiscais de carácter derrogatório, e caracteriza-se por ser um "escape" que propicia a atuação dos EM de acordo com a própria soberania e autonomia na definição das políticas fiscais e económicas nacionais, sobretudo nas matérias em que

10 *Vd* a este respeito Romariz (2014: 42) e o célebre Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de Novembro de 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH vs Finanzlandesdirektion für Kärnten*, processo C-143/99, CJ 2001, p. I-08365.

11 Segundo este, uma medida é seletiva quando constitui uma exceção à aplicação do sistema tributário geral, partindo-se do princípio que a mesma deriva desse sistema.

12 De acordo com os parágrafos 21 e 22 da Comunicação de 1998, a maior ou menor margem de discricionariedade de que as autoridades administrativas (que têm a seu cargo a implementação da medida adotada pelo Estado Membro) dispõem, constitui um elemento essencial na determinação do carácter derrogatório da medida, uma vez que o poder discricionário que é conferido às autoridades domésticas traduz uma presunção de seletividade dada a "margem de manobra" que detêm na execução de medidas tendentes a favorecer certas empresas, mediante a concessão de vantagens fiscais seletivas. *Vd* Acórdão do Tribunal de Justiça, de 1 de dezembro de 1998, *Ecotrade Srl vs Altiforni e Ferriere di Servola SpA,* processo C-200/97, CJ 1998, p. I-07907.

13 Quigley, 2012: 114.

não existe harmonização ao nível da UE[14] ou relativamente às quais opera o princípio da subsidiariedade.

A jurisprudência recente tem admitido que, adicionalmente, deve proceder-se a uma análise da proporcionalidade da medida (de acordo com os objetivos que inculca) – o chamado teste de proporcionalidade[15] – que procurará avaliar se as vantagens fiscais seletivas outorgadas pelas entidades administrativas estaduais são consistentes com o princípio geral da proporcionalidade, *"e* não excedem os limites do que é necessário, no sentido de que o objetivo legítimo prosseguido não pode ser atingido por medidas de menor alcance"[16].

Por último, tenha-se presente que a própria Comissão não tem sido clara quanto à definição do âmbito de aplicação e extensão do critério da seletividade (optando antes por adotar uma visão alargada da noção[17]) precisamente porque é impossível defini-lo de um modo abstrato, dada a heterogeneidade dos diversos regimes fiscais nacionais vigentes nos EM e as diversas formas e natureza que as derrogações a esse sistema podem assumir, sendo certo que só uma análise casuística, e "para além do texto da lei"[18], permite descortinar a seletividade (ou generalidade) da medida em causa.

Situação esta que não podemos deixar de criticar, pois muito embora concordemos que seja primordial para a prossecução de determinadas políticas europeias uma certa prudência na supervisão e controlo das medidas estatais, por outro lado, entendemos que esta avaliação está demasiado "formatada", já que, embora teoricamente o Tribunal admita que há medidas que são efetivamente gerais, a verdade é que, na prática, estas são "quase sempre" consideradas seletivas, deixando grande margem de incerteza legal para a atuação dos Estados Membros, no sentido de se saber quais são as características que uma medida geral deve ter, perdendo-se assim a pretensa objetividade do conceito

14 Salienta-se neste âmbito o emblemático e inovador Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 13 de setembro de 2006, *British Aggregates Association vs Comissão*, processo T-210/02, CJ 2006, p. II-02789, no qual se considerou que o EM era livre de definir as suas prioridades e objetivos, e, consequentemente, criar um imposto seletivo tendo em vista a redução do impacto ambiental causado pelos destinatários da medida.

15 *Vd* Lang, 2009:110-113.

16 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de setembro de 2011, *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate vs Paint Graphos Soc. coop. arl & outros,* processos apensos C-78/08 a C-80/08, CJ 2011, p. I – 7667.

17 Cfr. Santos, (2003:207 e 208), *"Para além disso, a Comissão tem muitas vezes tendência para alargar o seu poder de supervisão a certas medidas (aparentemente) gerais por entender que da sua aplicação poderia resultar uma opacidade acrescida".*

18 Cfr. Micheau, 2008: 277.

de auxílio, e podendo cair-se no exagero de se escrutinar todas as decisões e políticas económicas dos Estados Membros.[19]

e) Efeitos sobre o comércio e concorrência intracomunitários

O último requisito a ter em conta é o da afetação real (ou simples ameaça) da concorrência e trocas comerciais entre os EM. A Comissão refere no Relatório de Implementação que o simples facto de o auxílio reforçar a posição de uma empresa em relação às outras empresas concorrentes no comércio intracomunitário, permite concluir que este foi afetado.

4. O CÓDIGO DE CONDUTA SOBRE A TRIBUTAÇÃO DIRETA DAS EMPRESAS

Como realça Panayi (2004: 283), o poder de implementação e regulação dos assuntos fiscais constitui um autêntico símbolo de soberania nacional, e por isso permanece zelosamente reservado ao poder discricionário dos Estados Membros; neste âmbito, a Comissão tem um papel meramente subsidiário, que visa apenas assegurar que as medidas fiscais são compatíveis com os princípios fundamentais definidos no Tratado.

Como tal, a proibição geral constante do regime dos auxílios de Estado, tem, no âmbito da fiscalidade, o objetivo de eliminar (ou pelo menos mitigar) a concorrência fiscal prejudicial e promover a boa governação interestadual e interinstitucional.

Inserido nesta linha de pensamento, em dezembro de 1997 foi aprovado pelo Conselho ECOFIN um conjunto de conclusões a que se deu o nome de "Código de Conduta da fiscalidade das empresas" (doravante apenas "Código de Conduta"), no qual os Estados Membros se comprometeram, de modo não vinculativo[20], com o aumento dos esforços no concernente à reversão e abstenção na tomada de medidas que possam constituir concorrência fiscal prejudicial, bem como na promoção da concorrência leal intracomunitária e estímulo à ação coordenada no combate aos efeitos prejudiciais da concorrência fiscal.

Destacamos particularmente o Ponto J do Código de Conduta que constituiu uma verdadeira pedra-de-toque na tomada de uma atitude intervencionista

19 *Vd* a opinião do Advogado Geral Poiares Maduro no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de Março de 2006, *Enirisorse SpA vs Sotacarbo SpA*, Coletânea de Jusrisprudência 2006, processo C- 237/04, p. I – 2877.

20 O Código de Conduta consiste numa resolução voluntária que respeita a um compromisso meramente político, logo, é um mecanismo de *soft law.* Cfr. Liebman, 2003: 120.

por parte da Comissão, que, um ano mais tarde, procedeu à elaboração da Comunicação de 1998, que veio no sentido de dar aplicabilidade prática ao Código, uma vez que *"se sentiu a necessidade de estabelecer um 'level playing field' na concessão de incentivos que têm como principal objetivo criar condições favoráveis à atração de empresas multinacionais, assim como limitar as mais proeminentes distorções fiscais"*[21] de modo a fomentar o funcionamento são do mercado interno e reforçar o controlo dos AE que incidam sobre a fiscalidade direta das empresas.

4.1. Critério da concorrência fiscal prejudicial

A concorrência fiscal prejudicial consiste no *"aumento da posição concorrencial relativa de um país através da redução da carga fiscal, tendo como principal objetivo a fixação ou atração dos investidores estrangeiros e os correspondentes rendimentos tributáveis (…) à custa das receitas fiscais de outros países"*[22], e engloba estratégias agressivas de redução de impostos que podem afetar significativamente a localização da atividade empresarial na UE, e que por norma estão ligadas a regimes fiscais preferenciais ou privilegiados.

Como refere Monti (1999: 208), os efeitos negativos da concorrência fiscal prejudicial – nomeadamente o fomento do planeamento fiscal agressivo e abusivo[23] e o cenário do "*race to the bottom*" – constituem uma ameaça para as receitas tributárias dos Estados Membros, sendo que, em nossa opinião, os maiores riscos encontram-se nas medidas específicas derrogatórias aplicáveis a corporações e setores internacionalmente móveis, as multinacionais.

No que concerne à atribuição de auxílios estatais, a Comissão esclarece no parágrafo 30 da Comunicação de 1998 que a qualificação de uma medida fiscal como prejudicial no âmbito do Código, é independente da sua classificação como auxílio de Estado, pois, apesar de o objetivo geral de redução das distorções da concorrência no mercado interno ser comum a ambos os sistemas, os critérios previstos num e noutro não coincidem (*vd* alínea B do Código), e, além do mais, enquanto as regras sobre auxílios previstas no Tratado têm

21 Rossi-Maccanico, 2011: 208.

22 Dirix, 2013: 233.

23 *Vd* parágrafo 2 da Recomendação da Comissão relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo, de 6.12.2012, C(2012)8806, na qual se considera que o mesmo consiste *"em tirar partido dos aspetos técnicos de um sistema fiscal ou das assimetrias existentes entre dois ou vários sistemas fiscais, a fim de reduzir as obrigações tributárias. Pode assumir diversas formas (...) e ainda, constitui uma prática que, apesar de estritamente legal, contraria o espírito da lei."*

em vista a concorrência interempresarial, as do Código visam apenas a concorrência fiscal interestadual.

Sem embargo, cremos que tem particular importância a fiscalização de medidas que "se desviam" do sistema nacional de referência, de uma "maneira prejudicial"[24], mormente no que a certos tipos de desagravamento fiscal concedidos a atividades internas dentro de um grupo multinacional diz respeito[25], tendo sempre em conta os seus efeitos especialmente negativos sobre a concorrência e o comércio (*vd* parágrafo 33 da Comunicação de 1998).

Entre nós, Rodrigues (2008: 89 e 90) vai mais longe e admite que a análise (para efeitos do art.º 107º, n.º 1) das medidas fiscais potencialmente nocivas à luz do Código, constitui uma forma de o regime dos AE passar a ser utilizado como uma sanção às medidas que possam assumir-se como prejudiciais no âmbito do Código, ganhando o mesmo uma nova força jurídica.

4.2. A perspetiva da OCDE – aplicação do princípio da plena concorrência

No Relatório Final elaborado pelo Grupo do Código de Conduta, também denominado de "Grupo Primarolo" (criado pelo Conselho da UE em 1998 para proceder à avaliação das medidas suscetíveis de serem abrangidas pelo Código e apresentado ao Conselho ECOFIN em Novembro de 1999), reconheceu-se a transposição de princípios e diretrizes constantes em relatórios emitidos pela OCDE[26], nomeadamente a aplicação do princípio da plena concorrência (*arm's lenght principle*)[27] que encontra a sua expressão máxima na problemática da determinação dos preços de transferência entre entidades vinculadas/ relacionadas pertencentes a grupos multinacionais.

Deste modo, ao afirmar-se que os parâmetros e princípios da OCDE devem ser tidos em linha de conta aquando da avaliação de práticas fiscais prejudiciais, está-se a aceitar que, qualquer medida existente nos EM que não se encontre de acordo com tais preceitos – e como tal possa apresentar-se como

24 *Vd* Szudoczky & Streek, 2010: 275.

25 *Vd* Rossi-Maccanico, 2012b: 44.

26 Nomeadamente o Relatório para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial, de 1998 e as Diretrizes relativas aos Princípios aplicáveis em matéria de Preços de Transferência em favor de empresas Multinacionais e das Administrações Fiscais, de 2010.

27 O princípio da plena concorrência consiste numa regra internacionalmente aceite que visa estabelecer uma paridade de tratamento fiscal entre empresas integradas em grupos económicos internacionais e empresas independentes. Ao adotar a Convenção Modelo da OCDE de 2014, os países membros acordaram aplicar este standard na determinação dos PT, para efeitos fiscais (*vd* o art.º 9º, n.º 1 da Convenção)

uma vantagem a certas empresas permitindo-lhes uma sobrevalorização (ou subvalorização) dos preços de bens ou serviços transacionados entre as empresas pertencentes a um mesmo grupo – pode considerar-se uma prática fiscal prejudicial e eventualmente analisar-se sob o prisma do regime dos AE, caso tenha um carácter seletivo.

5. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA – BREVE ENQUADRAMENTO

Num contexto de empresas ligadas por relações especiais, concretizadas através de relações de dependência e influência dominante, os preços de transferência caracterizam-se por serem preços através dos quais uma empresa transfere bens corpóreos, ativos incorpóreos, ou presta serviços a empresas associadas. Saliente-se ainda que, semelhante preço "*(…) não é negociado no mercado livre, o que potencialmente origina que seja afastado do* [preço] *que seria praticado por entidades independentes* [não associadas], *em circunstâncias análogas, em transações semelhantes*"[28].

Em termos gerais, dir-se-á que o mecanismo dos PT é um dos instrumentos mais usados para obter a Erosão da Matéria Coletável e Transferência de Lucros (*Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS) levada a cabo pelos grupos de sociedades *"que ultrapassam as fronteiras territoriais, procurando taxas de impostos mais baixas do que as existentes no país onde obtiveram, efetivamente, os rendimentos que procuram furtar à tributação*"[29], permitindo-lhes obter uma "manipulação" dos preços atribuídos às trocas de bens e serviços dentro da unidade empresarial, e, consequentemente, diminuir a carga fiscal de que são alvo.

Tais operações intragrupo traduzem-se muitas das vezes em práticas anti competitivas que potenciam estratégias de elisão fiscal e de dupla não-tributação[30], e levantam questões de desconformidade com o princípio da plena concorrência, uma vez que não refletem adequadamente os mecanismos do mercado num contexto de livre concorrência, e, consequentemente, propiciam a redução, ou mesmo isenção, da tributação dos rendimentos relativos aos lucros

28 Abrunhosa, 2013: 1-2.

29 Silva et al., 2014: 9.

30 A dupla não tributação consiste numa prática levada a cabo pelas empresas plurilocalizadas internacionalmente que, frequentemente recorrem a esquemas híbridos de empréstimos entre as entidades vinculadas, de modo a aproveitar-se das disparidades, diferenças de qualificações e eventuais lacunas, existentes entre as legislações fiscais dos vários Estados intervenientes, bem como do facto de as suas entidades serem tratadas (ao nível fiscal) de modo independente em cada Estado, para assim se subtraírem ao pagamento de impostos sobre os lucros distribuídos no seio do grupo. *Vd* a este respeito a recente adoção da Diretiva relativa às sociedades-mães e filhas (UE2015/121).

distribuídos entre as empresas do mesmo grupo, devido à divisão artificial da propriedade dos ativos (tanto tangíveis como intangíveis) no interior desse grupo, que normalmente não ocorreria entre empresas independentes.

Tendo conhecimento dos efeitos nocivos que semelhantes práticas evidenciam, tanto num cenário de concorrência internacional, como (especialmente) no contexto do mercado interno intracomunitário, a OCDE e a União Europeia, sentiram a urgência em unir os esforços numa tentativa de combater a elisão fiscal e limitar o acesso a esquemas fiscais agressivos, através da promoção de condutas de boa governação e cooperação fiscal mútua que potenciem o intercâmbio de informações e transparência em questões financeiras e de colaboração administrativa na área fiscal[31].

Sublinhe-se apenas que, o objetivo último de semelhantes ações, é precisamente assegurar que os lucros gerados pelas multinacionais são efetivamente tributados no Estado "*onde as atividades económicas que geraram tais lucros foram realizadas (…)*"[32].

5.1. Os preços de transferência sob a perspetiva dos auxílios tributários

No âmbito dos auxílios tributários tem particular relevância o alcance do poder discricionário das administrações fiscais aquando da adoção e interpretação de *Advanced Tax Rulings* (decisões fiscais prévias), que se podem apresentar sob a forma de Acordos Prévios em matéria de Preços de Transferência (APP's) celebrados entre as empresas e as administrações fiscais dos Estados Membros, e normalmente requeridos pelas primeiras.

Concretizando, os APP's têm como principal função proporcionar certeza e segurança jurídicas às empresas (pertencentes ao mesmo grupo económico), relativamente ao tratamento fiscal de que as transferências de bens e serviços entre si serão alvo, através da interpretação dos princípios gerais e normas fiscais emitidas pelas autoridades tributárias competentes[33].

---

31 *Vd* o Plano de Ação da OCDE de combate ao BEPS, de 2013, e o Plano de Ação da UE composto pela adopção da Diretiva 2014/107/UE relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, que preconiza a obrigatoriedade da troca automática de informações entre os EM. Mais recentemente, a Comissão apresentou em Janeiro de 2016, um pacote de propostas que visam dar aplicabilidade às Directrizes da OCDE para combater o BEPS, de entre as quais se inclui a Diretiva (UE) n.º 2016/1164, do Conselho, que estabelece novas regras contra as práticas de elisão fiscal e cuja transposição pelos Estados Membros deverá efetuar-se até 2018.

32 Rossi-Maccanico, 2015b: 63.

33 Cfr. Lyal, 2015:1020.

Tais acordos são, em princípio, aptos a assegurar que certas transações controladas são efetuadas em condições de plena concorrência (*dealing at arm's length*), sendo certo que as administrações fiscais dispõem de autoridade para proceder a correções/ ajustamentos[34] necessários à correta valoração das transações e eficiente alocação dos lucros tributáveis gerados pelas multinacionais, configurando-se portanto como uma prática que assegura a neutralidade fiscal entre empresas associadas e independentes, garante a equidade das relações económicas interestaduais, e salvaguarda a eliminação da dupla tributação internacional.

Todavia, esta prática comum nas relações fiscais entre os Estados Membros e as multinacionais, pode ter efeitos subversivos, e (contrariamente ao que seria pretendido) potenciar práticas de concorrência fiscal prejudicial e de planeamento fiscal agressivo, assim como levantar questões de (des)conformidade com as regras dos auxílios estatais, na medida em que as administrações fiscais (não raras vezes) "usam e abusam" da margem de discricionariedade de que dispõem para garantir vantagens seletivas – e não justificadas pela lógica do sistema – às empresas que beneficiam de semelhantes acordos, sobretudo quando está em causa a interpretação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais[35] [36].

De acordo com o par. 176 da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal, de 2016, para além do abuso de discricionariedade da administração, as decisões fiscais prévias implicam seletividade sempre que "*o acordo for contrário às disposições fiscais aplicáveis e tiver dado lugar a um montante de imposto inferior, fora de um intervalo de variação razoável*", garantindo desse modo certas concessões desproporcionais a um determinado contribuinte,

---

34 De acordo com as Diretrizes da OCDE, existem cinco métodos (tradicionais e alternativos) de determinação dos preços de transferência nas transações intragrupo, tidos como aptos a corrigir a matéria coletável de uma entidade vinculada.

35 *Vd* o parágrafo 170 da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal, de 2016, que vem confirmar o disposto nos parágrafos 21 e 22 da Comunicação de 1998, ao postular que *"a concessão de uma decisão fiscal deve (...) respeitar as regras em matéria de auxílios estatais. Se uma decisão fiscal subscrever um resultado que não reflete de forma fiável o que resultaria de uma aplicação normal do regime fiscal comum, essa decisão pode conferir uma vantagem seletiva ao destinatário, na medida em que esse tratamento seletivo dá azo a uma redução da dívida fiscal do destinatário no Estado-Membro comparativamente a empresas numa situação factual e jurídica semelhante".*

36 Gunn & Luts (2015: 120) procedem neste contexto a uma interessante demarcação entre as decisões fiscais que apenas providenciam certeza jurídica relativamente a medidas fiscais que, já por si, constituem auxílios estatais (e em que não é imputável à administração o abuso de discricionariedade), e decisões cuja vantagem seletiva surge apenas no momento da aplicação in concreto da específica legislação que pretende interpretar e aplicar, sendo certo que esta última situação é a mais frequente

em relação a outros [contribuintes] que se encontrem numa situação factual e jurídica semelhante.

5.2. A importância do regime dos auxílios de Estado no combate da concorrência fiscal prejudicial

Desde cedo que a Comissão tem demonstrado especial atenção aos regimes fiscais preferenciais aplicáveis a empresas multinacionais, reforçando a ideia de que o propósito primordial dos sistemas fiscais dos Estados Membros é cobrar impostos de modo a gerar receita e consequentemente financiar a despesa pública, pelo que, qualquer derrogação a essas normas que provoque uma contração autorizada da receita fiscal é frequentemente encarada com particular suspeição. Tanto assim é que, no parágrafo 26 da Comunicação de 1998, faz ressaltar o facto de determinadas exceções às regras fiscais gerais, que favorecem empresas não residentes em detrimento das residentes, não poderem ser, *grosso modo*, razoavelmente justificadas pela lógica ou natureza intrínseca ao sistema, e são portanto suscetíveis de constituir auxílios incompatíveis com o mercado interno.

Esta situação, tida como uma prática discriminatória entre sociedades multinacionais e empresas domésticas, e concebida na maioria dos casos para favorecer a deslocalização e fixação das primeiras, remete-nos inevitavelmente para a questão de saber qual o meio ao alcance das instituições europeias e dos Estados Membros que mais eficazmente se destina a lidar com estas práticas abusivas e restritivas da concorrência intracomunitária.

Apoiando-nos na doutrina atual, que recentemente se tem debruçado com particular atenção sobre a problemática em apreço, somos levados a considerar que *"as regras dos auxílios de Estado constituem uma ferramenta apropriada no combate a certas disparidades fiscais que resultam em importantes e sistemáticas vantagens garantidas a certas atividades das multinacionais, e, devem desempenhar um papel ainda mais notável na luta contra a concorrência fiscal prejudicial e BEPS"*[37].

Por sua vez, a arbitragem fiscal constitui uma prática frequentemente levada a cabo pelas empresas multinacionais que, mediante o exercício da liberdade de circulação e estabelecimento, alteram a sua localização de modo a lucrar – através da redução excessiva e injusta da carga fiscal – com as diferenças entre as distintas formas como as transações internacionais são tratadas pelos vários

37 Rossi-Maccanico, 2015b: 65.

Estados Membros, para efeitos fiscais, bem como evitar a aplicação de normas fiscais mais restritivas do Estado Membro de origem.

As medidas fiscais aptas a, deliberadamente, permitir e facilitar estas práticas constituem, por norma, estratégias que são prejudiciais para a concorrência intracomunitária, e, não raras vezes, surgem na forma de *tax rulings* administrativas, sendo certo que são essencialmente (mas não só) estas últimas que devem entrar no crivo da análise para efeitos do regime dos auxílios de Estado, na medida em que podem produzir uma derrogação injustificada ao sistema de tributação geral.

Convergente com esta tendência destaca-se a conclusão a que o Tribunal chegou no controverso e metodologicamente revolucionário acórdão Gibraltar[38], quando, após a avaliação de uma proposta de reforma do sistema de imposto sobre as sociedades situadas no território britânico – que previa a criação de três tipos de impostos (nomeadamente sobre o número de trabalhadores, sobre a ocupação de instalações para fins comerciais e uma modesta taxa de registo) – admitiu que as regras dos auxílios de Estado podem contribuir para refrear os Estados Membros de adotarem vantagens fiscais e esquemas desenhados para facilitar as oportunidades de arbitragem fiscal.

Neste criticado acórdão, o Tribunal centrou mais uma vez a sua análise na teoria dos efeitos, e considerou que o regime em causa, apesar de extensível a todas as empresas, era (na prática) especialmente concebido de modo a aplicar-se unicamente às sociedades *offshore*, uma vez que estas não dispunham (ou dispunham em pequena quantidade) de trabalhadores e imóveis em Gibraltar; como consequência, o específico grupo de empresas constituía uma categoria privilegiada porque não preenchia as condições de elegibilidade necessárias para se sujeitar aos impostos criados.

Estava então em causa uma *"aplicação seletiva de medidas (mais ou menos) gerais"*[39], que notoriamente favoreciam o investimento estrangeiro, precisamente por permitir aos investidores diretos estrangeiros beneficiar de um incentivo, ainda que não levassem a cabo uma atividade económica substancial no território nacional.

Ressaltamos o entendimento adiantado por Traversa & Flamini (2015: 324), que afirmam que, no caso Gibraltar, o Tribunal quis incluir o objetivo de

38 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de Novembro de 2011, *Comissão Europeia e Reino de Espanha vs Governo de Gibraltar & outros*, processos apensos C-106/09P e C-107/09P, CJ2011.

39 Traversa & Flamini, 2015: 324.

combate à concorrência fiscal prejudicial *"no mecanismo próprio"* do regime dos auxílios de Estado, tal como preconizavam a Comunicação de 1998 e o Código de Conduta. Na mesma linha de entendimento, Rossi-Maccanico (2012a: 96) considera que a luta contra a concorrência fiscal prejudicial constitui um objetivo legítimo do regime de controlo das ajudas públicas, e, consequentemente, *"não existe qualquer motivo para excluir da análise dos auxílios de Estado, os regimes fiscais prejudiciais (…) sempre e quando sejam seletivos"*.

No entanto, alguns autores continuam céticos e discordantes desta visão, e consideram, tal como Luja (2014: 353-356), que o objetivo (ainda que legítimo) do combate da concorrência fiscal prejudicial no seio da União Europeia não pode só por si justificar a adoção de soluções *ad hoc* que conflituem com o enquadramento jurídico na área do direito da concorrência aplicável aos auxílios estatais, nem muito menos que se utilize abusivamente o regime de modo a abranger situações em que o instituto é instrumentalizado para obter uma solução harmonizadora entre os regimes fiscais dos Estados Membros.

a) O caso Fiat Finance and Trade – FFT

Recuando a 1999, à apresentação do já mencionado Relatório final do Grupo Primarolo – que identificou 66 medidas como potencialmente prejudicais para a concorrência intracomunitária – importa apenas referir que a Comissão iniciou, entre 2001 e 2008, vários processos de exame e reexame de medidas fiscais vigentes em alguns EM que, curiosamente ou não, se inseriam no grupo de medidas identificadas pelo Relatório como prejudiciais, e que pertenciam na sua maioria a sociedades holding e de financiamento[40].

Após aquela primeira vaga de procedimentos, surgiu, mais recentemente, uma segunda "onda" de investigações formais que teve início na segunda metade de 2014 e já identificou diversos *tax rulings*[41] – em vigor em alguns Estados Membros – que potenciam planeamentos fiscais agressivos usufruídos por empresas multinacionais com a finalidade última de verem reduzida a carga tributária geral.

Destacamos o caso FFT (Decisão da Comissão de 21.10.2015, C(2015)7152), inserido no denominado caso "LuxLeaks" que consistiu na divulgação de múltiplas decisões fiscais administrativas que concediam um tratamento fiscal

40 *Vd inter alia* as Decisões da Comissão respeitantes ao regime das sociedades de venda americanas na Bélgica, de 25.6.2003, e dos centros de coordenação do Luxemburgo de 16.10.2002.

41 *Vd inter alia* as Decisões da Comissão sobre alegados auxílios a: Amazon no Luxemburgo, de 7.10.2014, C(2014)7165 e Starbucks na Holanda de 11.6.2014, C(2014)3626.

favorável a aproximadamente 340 companhias multinacionais estabelecidas no Luxemburgo.

A FFT é uma filial do grupo Fiat localizada no Luxemburgo, que executa serviços de tesouraria central e de financiamento interno das companhias estabelecidas na Europa. Em 2012 obteu das autoridades fiscais luxemburguesas um APP, válido por um período de 5 anos, baseado num específico método de análise para efeitos de cálculo dos preços de transferência e apuramento do rendimento tributável, designadamente o método da margem líquida da operação.

Resulta que, através da aplicação do acordo fiscal em questão, era conferida à FFT uma metodologia de cálculo dos lucros tributáveis artificial e extremamente complexa que não refletia a realidade económica – uma vez que permitia à empresa pagar impostos sobre uma pequena parte dos seus capitais contabilísticos reais – e, consequentemente, reduzia artificialmente os impostos pagos pela FFT no Luxemburgo.

Na análise deste e doutros recentes casos a Comissão lançou mão da aplicação do «Teste do Operador numa Economia de Mercado»[42], ou «Princípio do investidor numa economia de mercado», segundo o qual "*para determinar se o investimento de um organismo público constitui auxílio estatal, é necessário apreciar se, em circunstâncias semelhantes, um investidor privado de dimensão comparável a operar em condições normais de uma economia de mercado poderia ter sido levado a fazer o investimento em questão*"[43].

Deste modo, caso se chegue à conclusão de que o método utilizado se afasta das normais condições de mercado – porque um operador económico privado colocado em condições semelhantes não aceitaria – então a utilização daquele constitui uma vantagem seletiva, caso apenas favoreça determinados grupos de empresas[44] [45].

---

42 *Vd* o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de junho de 2012, *Comissão vs Électricité de France (EDF),* processo C-124/10P – geral, no qual se entendeu que a aplicabilidade do teste do operador numa economia de mercado, não pode ser excluída pelo facto de estarem em causa meios de natureza fiscal, uma vez que, como a Comissão já teve oportunidade de esclarecer,*"a avaliação da conformidade das operações com as condições de mercado deve ser efetuada tendo em conta* [unicamente] *os efeitos da transação na empresa em causa".*

43 Parágrafo 74 da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal, de 2016.

44 Cfr. Kavanagh & Robins, 2015:360 e 361.

45 *Vd a contrario* a opinião formulada por Kyriazis (2014: 3), segundo o qual, no caso FFT, a Comissão deturpou o teste ao focar a sua análise no tipo de regime fiscal que o operador privado, na pessoa do beneficiário, proporia, e já não no regime que um investidor privado, na "pessoa" da administração pública, aceitaria.

No geral, a Comissão considera que a administração fiscal não deve lançar mão de uma discricionariedade tal que permita a aplicação individual de uma medida geral de modo a conceder uma vantagem seletiva, na medida em que permite diminuir a carga fiscal das empresas às quais se destina, em detrimento de outras em situação legal e factual similar. Segundo esta, as atividades da FFT são comparáveis às de uma entidade bancária, pelo que os seus lucros tributáveis devem ser determinados da mesma forma que os de um banco.

Tanto neste caso como nos restantes que ainda estão em análise, a Comissão está a adotar uma investigação mais casuística assente na análise de APP's individualmente aplicados às empresas em questão, sendo certo que o que é tido em conta é se a administração faz ou não uma justa avaliação dos rendimentos tributáveis das multinacionais, em comparação com as matérias coletáveis das empresas domésticas que são determinadas a partir das regras internas geralmente aplicáveis[46].

Perante a conclusão de que está em causa um auxílio ilegal, a consequência que se segue é a impossibilidade de manutenção do acordo, e a recuperação do auxílio prestado sem que tenha sido comunicado à Comissão, nomeadamente através da cobrança do imposto não liquidado.

b) O caso Apple

A Comissão Europeia procedeu ainda à investigação de duas decisões fiscais administrativas que eram concedidas pelo Governo irlandês a duas subsidiárias da companhia norte-americana "Apple Inc", nomeadamente a ASI, "Apple Sales International" e a AEO, "Apple Operations Europe". Ambas as companhias detinham os direitos de propriedade intelectual da Apple, e transacionavam valores com um *head office* que não detinha no país uma actividade económica substancial, isto é, não possui uma instalação física fixa nem trabalhadores. (*vd* Decisão da Comissão de 11.6.2014, C(2014) 3606 final).

As referidas decisões validavam APP's que determinavam previamente uma série de critérios utilizados para o estabelecimento de preços a serem estipulados unicamente nas transações intragrupo, durante um certo período de tempo. Mais concretamente, os acordos facilitavam uma partilha de custos – nas transações entre filhas e empresa mãe – que permitiam a não imputação da grande parte dos lucros gerados, o que se consubstanciava na redução drástica da taxa efetiva de imposto a pagar.

46 Cfr. Rossi-Maccanico, 2015b: 73.

Relativamente a este caso destaca-se a principal problemática relacionada com o facto de estarem em causa ativos intagíveis, relativamente aos quais se figura particularmente difícil obter uma aproximação fiável aos valores de mercado, relevando ainda os inerentes desafios colocados pela economia digital que potenciam estratégias de transferência de resultados entre as diversas sucursais, que elidem a tributação no Estado da fonte.

Não obstante, a Comissão é clara ao estabelecer que "*uma decisão fiscal que subscreve uma metodologia de fixação dos preços de transferência para determinar os lucros tributáveis de uma entidade de um grupo de empresas que não resulte numa aproximação fiável dos resultados baseados no mercado em sintonia com o princípio da plena concorrência confere uma vantagem seletiva ao seu beneficiário. A procura de uma 'aproximação fiável dos resultados baseados no mercado' significa que qualquer desvio em relação à melhor estimativa de resultados baseados no mercado tem de ser limitado e proporcional à incerteza inerente ao método de fixação dos preços de transferência escolhido ou às ferramentas estatísticas utilizadas para esse exercício de aproximação*"[47].

Por último, e tendo em consideração que a sanção a aplicar ao alegado auxílio ilegal é a recuperação do imposto sobre os lucros que não foi pago durante cerca de 10 anos, levanta-se ainda a questão da legitimidade da Comissão Europeia em aplicar retroativamente uma medida sancionatória que envolve a reposição de cerca de 97% de lucros que não foram sujeitos a tributação efetiva na Irlanda.

c) O caso GDF Suez/ENGIE

Mais recentemente, a Comissão abriu ainda um processo de investigação de decisões fiscais emitidas pelo Luxemburgo, que garantiam às transações efectuadas entre as empresas do grupo GDF Suez/ ENGIE – empresa francesa de serviços públicos de eletricidade – um tratamento preferencial que, aparentemente, *"contraria o sistema tributário nacional ao permitir que a GDF Suez pague menos impostos que outras companhias"*[48].

Mais uma vez, a Comissão pretende investigar um esquema fiscal concedido pelas autoridades tributária luxemburguesas que (aparentemente) derrogam seletivamente as disposições do direito fiscal nacional, ao conceder uma vantagem económica considerável, que não estava disponível para outras

47 Parágrafo 171 da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal, de 2016.

48 European Commission – Press release, de 19 de setembro de 2016, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3085_en.htm.

empresas sujeitas às mesmas regras fiscais nacionais. Em causa está o esquema de empréstimos convertíveis a juros zero que as empresas mutuárias do grupo (GDF Suez LNG Supply e GDF Suez Treasury Management) registavam como provisões para pagamento de juros, sem que posteriormente procedessem ao pagamento dos mesmos às empresas credoras (LNG Luxembourg e Electrabel Invest Luxembourg). Consequentemente, os pagamentos de juros constituem despesas dedutíveis no Luxemburgo, e os valores provisionados representam uma grande proporção do lucro de cada mutuário, o que reduz significativamente os impostos que o devedor paga em território luxemburguês, uma vez que o mutuante não chega a receber os juros. Por sua vez, as ações incorporam o valor dos pagamentos de juros provisionados e assim geram um lucro para os credores, que por sua vez não é tributado porque é considerado um pagamento de dividendos associados a investimentos de capital.

Margrethe Vestager, comissária responsável pela política de concorrência, já afirmou que «*as transações financeiras podem ser tributadas de forma diferente dependendo do tipo de transa*ção, [isto é] *de capital ou de dívida, mas uma única empresa* não pode ter o melhor de dois M*undos para uma mesma transa*ção."

6. HARMONIZAÇÃO FISCAL – UM CAMINHO A SEGUIR?

Rossi-Maccanico (2015b: 73) reconhece que não é possível almejar uma neutralidade fiscal internacional sem que haja harmonização substantiva das regras fiscais entre os Estados Membros. Do mesmo modo, Aujean, assume que *"a falta de coordenação das políticas fiscais na UE é flagrante e pode muito bem ser a causa da erosão fiscal e transferência de resultados ao nível transfronteiriço"*[49].

Admitindo assim que concorrência fiscal prejudicial e, sobretudo, o planeamento fiscal agressivo existem por causa da falta de harmonização no campo da fiscalidade direta ao nível da União Europeia, é relativamente unânime a urgente necessidade de proceder à reforma dos vários regimes de impostos sobre o rendimento das empresas nos Estados Membros, uma vez que aqueles não se adequam à crescente tendência de integração dos Estados Membros no Mercado Interno.

Como tal, faz parte do Plano de Ação da União Europeia o relançamento do projeto europeu que visa a implementação da Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades (MCCCIS), proposto pela primeira vez em 2011, e tido como uma tentativa de coordenação fiscal e

49 Aujean, 2014: 62.

integração positiva comunitária, que possibilita que os grupos de empresas que desenvolvam atividades económicas em diversos Estados Membros, sejam tributadas por um único conjunto de regras fiscais criadas *ex novo*, em relação às suas atividades desenvolvidas a nível da União Europeia[50].

Inserida numa perspetiva integracionista e de prossecução de uma tributação mais eficaz e justa, tal política revelar-se-ia uma ferramenta apropriada no combate à concorrência fiscal prejudicial e ao planeamento fiscal agressivo, bem como mostrar-se-ia habilitada a reduzir os encargos administrativos e custos de cumprimento da legislação suportados pelas empresas com atividades transfronteiriças[51], sendo certo que as situações de dupla não-tributação, de erosão da base tributável e transferência de resultados, e de manipulação de PT na transações intragrupo, seriam mais facilmente mitigadas e até erradicadas, almejando porquanto uma distribuição equitativa da carga fiscal e promoção do crescimento sustentável e do investimento.

Apesar de sermos conscientes que tal solução equivaleria a uma forma de integração quase federal para a qual os Estados Membros não estão ainda sensibilizados, uma vez que traria efeitos (irreversíveis) de limitação à soberania fiscal estadual que muito dificilmente seria aceite, defendemos que uma perspectiva reformista de consolidação fiscal seria a melhor e mais eficaz forma de colmatar a concorrência fiscal prejudicial que se faz sentir na União Europeia.

7. CONCLUSÃO

Perante o panorama com que nos deparamos, é-nos possível constatar, desde logo, que o desenvolvimento jurisprudencial em matéria de auxílios tributários está longe de se apresentar consistente. A esta dificuldade acresce o facto de o conceito de auxílios de Estado ser eminentemente evolutivo, e, como tal, cada vez mais se tem sentido a necessidade de dar uma resposta atualista e cautelosa às questões que vão surgindo, nomeadamente ao nível da sua clarificação e renovação conceptual. Podemos assim afirmar que está em marcha um processo de modernização da política da União Europeia no domínio dos Auxílos de Estado, que se iniciou em 2012 com o *Action Plan*[52], e cujo foco está hoje notavelmente voltado para a preocupação com os comportamentos

50 Cfr., Rodrigues, 2008: 78.

51 *Vd* parágrafos 8-10 da Comunicação da Comissão ao PE e ao Conselho "Um sistema de tributação das sociedades justo e eficaz na União Europeia: cinco domínios de ação prioritários", de 2015, COM(2015)302.

52 *Vd* a Comunicação sobre a Modernização dos auxílios de Estado, de 08.05.2012, COM(2012)209.

anti competitivos levados a cabo tanto por certas empresas, como por alguns Estados Membros.

Somos então levados a constatar que está lançado o mote para o reforço da monotorização e combate da concorrência fiscal prejudicial e do planeamento fiscal agressivo, pelo que, os recentes acontecimentos têm demonstrado que a Comissão alargou os seus horizontes no sentido de incluir na revisão de auxílios estatais não apenas as medidas de otimização fiscal baseadas em estatutos fiscais, mas também as práticas administrativas, ou seja, as decisões fiscais.

Isto posto, o certo é que nos encontramos num "ponto de viragem", ainda escassamente apoiado por decisões do Tribunal, pelo que é urgente a procura de uma solução capaz de dar resposta ao crescente flagelo. Acolhemos o entendimento adiantado por Rossi-Maccanico (2015a: 378-380), segundo o qual, uma das possíveis soluções passaria por adotar uma diretiva no âmbito do art.º 106º, n.º 3, na medida em que a Comissão pode adotar diretivas dirigidas aos Estados Membros, que visem a transposição de regras respeitantes a empresas privadas que beneficiam de direitos especiais, como é o caso das empresas que beneficiam de *tax rulings*.

In fine, resta apenas concluir que, no nosso entendimento, o regime dos auxílios de Estado se figura como um instrumento eficaz, e apto a subverter as práticas de concorrência fiscal abusiva, essencialmente devido aos especiais poderes de supervisão autónoma, exclusiva e imparcial que são concedidos à Comissão por força do Tratado, através do procedimento que lhe é garantido pelo art.º 108º do TFUE.

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Lígia Carvalho
2013 "Auxílios de Estado para um desenvolvimento sustentável", in Teixeira, G. (coord.) III *Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, p. 313.
Abrunhosa, Francisca Póvoas de
2013 *Preços de Transferência – a problemática e os principais focos de conflito,* Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal, Universidade Católica Portuguesa, pp. 1-2.
Aujean, Michel
2014 "Tax Competition and Tax Planning: What Solution for the EU?", in *EC Tax Review*, n.º 2, p. 62.
Dirix, Kim
2013 "Harmful Tax Competition: Six Belgian tax incentives under the Microscope", in *EC Tax Review*, n.º 5, p. 233.
Guío, Ana Ortega
2012 "La problemática de las ayudas de Estado en la fiscalidad: revisión de algunas decisiones de la Comisión Europea contra España", in *Cuadernos de Formácion del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 15, p. 102.
Gunn, Anna & Luts, Joris
2015 "Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues", in *EC Tax Review*, n.º 2, p. 120.
Kavanagh, James & Robins, Nicole
2015 "Corporate Tax Arrangements Under EU State Aid Scrutiny – The Application of the Market Economy Operator Principle", in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, p. 360-361.
Kyriazis, Dimitrios
2014 *Driving in the wrong direction? The opening decision in Fiat,* disponível em: http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/803.
Lang, Michael
2009 "Recent case law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions", in *EC Tax Review*, n.º 3, pp. 110-113.
Liebman, Howard M.
2003 "The EU Code of Conduct vs. The prohibition against 'state aid'", in *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional,* Associação Portuguesa de Consultores Fiscais, p. 120.

Luja, Raymond H.C.
2000 "Anti-tax avoidance Rules and Fiscal Trade Incentives", in *Intertax*, n.º 28, ed. 6-7, p. 231.
Luja, Raymond H.C.
2014 "EU State Aid Rules, Tax Competition and its limits", in *Tax Notes International*, pp. 353-356.
Lyal, Richard
2015 "Transfer Pricing and State Aid", in *Fordham International Law Journal*, n.º 38, p. 1020.
Matsos, Georgios
2014 "Systematic misconceptions of State Aid law in the area of taxation – principles for a conceptual reform", in *European State Aid Law Quarterly,* n.º 3, pp. 491-499.
Micheau, Claire
2015 "Tax selectivity in European Law of State Aid: Legal assessment and alternative approaches", in *European Law Review*, n.º 40, ed. 3, pp. 325-330.
Micheau, Claire
2008 "Tax selectivity in State aid review: a debatable case practice", in *EC Tax Review*, n.º 6, p. 277.
Monti, Mario
1999 "How state aid affects tax competition", in *EC Tax Review*, n.º 4, p. 208.
OCDE
1998 *Relatório para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial*, disponível em: http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf.
2010 *Diretrizes relativas aos Princípios aplicáveis em matéria de Preços de Transferência em favor de empresas Multinacionais e das Administrações Fiscais*, disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#page1.
2013 *Relatório da OCDE relativo ao combate à Erosão da Matéria Coletável e Transferência de Lucros*, disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/combate-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros-portuguese-version_9789264201248-pt#page1.
2014 *Convenção Modelo em matéria de impostos sobre o rendimento e capital*, disponível em: http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf.

Panayi, Christiana HJI
2004 "State aid and tax: the third way?", in *Intertax*, n.º 32, p. 283.
Quigley, Conor
2012 "Direct taxation and state aid: recent developments concerning the notion of selectivity", in *Intertax*, n.º 40, p. 114.
Rodrigues, Carlos Augusto
2008 *Globalização, União Europeia e Direito Tributário: "Uma análise sob a perspetiva dos Preços de Transferência e o Princípio da não discriminação na União Europeia"*, Coleção Ratio Iuris, pp. 78-90.
Romariz, Cristina
2014 "Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or 'The Ghost of Yet-To-Come'", in *European State Aid Law Quarterly*, n.º I, p. 42.
Rossi-Maccanico, Pierpaolo
2011 "Prohibited selectivity of business tax measures and tax policy", in *ERA Forum*, p. 208.
2012a "Fiscal Aid Review and Cross-Border Tax Distortions", in *Intertax*, n.º 40, ed. 2, pp. 94-98.
2012b "Fiscal Aid Review and Tax Competition", in Alexander Rust & Claire Micheau (edit.), *State Aid and Tax Law*, International Tax conferences of the University of Luxembourg, pp. 41-44.
2015a "A New Framework for State Aid Review of Tax Rulings", in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, pp. 372-380.
2015b "Fiscal State Aids, Tax Base Erosion and Profit Shifting", *in EC Tax Review*, n.º 2, pp. 63-73.
Santos, António Carlos dos
2003 *Auxílios de Estado e Fiscalidade,* Coimbra: Almedina Editora, pp. 207-397.
Schön, Wolfgang
1999 "Taxation and state aid law in the EU", in *Common Market Law Review*, n.º 36, p. 920.
Silva, Suzana Tavares da et al.
2014 *Os benefícios da harmonização fiscal e os respetivos riscos face ao atual modelo de desenvolvimento económico,* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível em: http://hdl.handle.net/10316/25098.
Szudoczky, R. & Streek, J.L. van de
2010 "Revisiting the Dutch Interest Box under the EU State Aid Rules and the Code of Cnduct: When a 'Disparity' is Selective and Harmful", in *Intertax,* n.º 38, ed. 5, p. 275.

Traversa, Edoardo & Flamini, Alessandra
2015 "Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?", in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 3, pp. 324-329.

A INCONGRUÊNCIA JUDICATIVA DE UMA DELIBERAÇÃO POSITIVA DE COMPATIBILIDADE DE UM AUXÍLIO DE ESTADO NÃO NOTIFICADO

Ricardo Quintas[*]

Abstract: *The author briefly analyses the concept of State aid within the meaning of the TFEU. A national judge might have doubts whether a particular measure actually constitutes State aid or not, and may ask the European Commission to intervene as amicus curiae. In this work, the author deals with problems raised by a positive assessment of compatibility of an aid measure with the common market, although either no notification at all has been made, or the measure has been implemented before obtaining the Commission's approval. What if there is an ongoing national court proceeding during the outcome of a positive Commission's compatibility assessment? Should the court order full recovery of the unlawful aid or seek a halfway solution?*

Sumário: 1. Introdução. 2. Indagação conceptual de auxílios de Estado. 3. O fim do dogma do juiz meramente nacional. 3.1. As faculdades do juiz nacional. 3.2. A impossibilidade lógica de o juiz se pronunciar sobre a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno. 3.3. A participação processual da Comissão Europeia como *amicus curiae*. 3.4. Reenvio prejudicial. 4. A decisão superveniente da Comissão no sentido da compatibilidade de um auxílio sem prévia notificação. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O estudo que nos propomos empreender neste trabalho de investigação prende-se, na sua essência problematizante, com a figura do juiz nacional no contencioso dos auxílios de Estado.

* Este estudo foi realizado no âmbito da Disciplina de Economia Política, inserida no Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tendo a regência da disciplina estado a cargo do Senhor Professor Doutor João José Nogueira de Almeida, a quem estamos penhoradamente agradecidos pelos ensinamentos transmitidos, dedicação e amizade. Por opção do autor, este artigo não segue o Novo Acordo Ortográfico.

Num primeiro momento, faremos um breve excurso pelo conceito de auxílio de Estado na discursividade jurídico-comunitária, estabelecendo de imediato ligação às funções atribuídas pela ordem jurídica da União Europeia aos juízes nacionais dos Estados-Membros. Idealizámos, também, como finalidade deste estudo o discorrimento sobre mecanismos próprios do direito da União Europeia, à disposição do julgador, como o recurso à Comissão Europeia, na qualidade de *amicus curiae*, ou o reenvio prejudicial, como espaço vocacionado ao diálogo entre jurisdições.

Por fim, trataremos a problemática suscitada por uma decisão de compatibilidade de um auxílio com o mercado interno, embora não tenha sido notificado à Comissão Europeia. E se decorre um processo nos tribunais nacionais no momento da emissão daquela deliberação? Qual deve ser a atitude do juiz? Exigir o reembolso integral do auxílio em virtude da omissão de notificação prévia ou procurar alcançar uma solução intermédia? São estas questões com que também nos comprometemos, embora estejamos votados a um perfunctório e provisório ponto de chegada.

2. INDAGAÇÃO CONCEPTUAL DE AUXÍLIOS DE ESTADO

Uma aproximação a um conceito nunca pode ser concretizada perfunctoriamente, exigindo, o mais das vezes, a incursão por caminho tenebrosos, mas dúcteis. A temática dos auxílios de Estado encerra em si compreensões multíplices, correlacionando-se inevitavelmente com áreas tão distintas como a economia política ou o direito da concorrência. As ajudas estatais, com algum grau de certeza afirmamos, têm tanta antiguidade quanto a existência do Estado[1]. Naturalmente, não poderia ser precursor, não são um *prius* do Estado, antes um *posterius*. E, no nosso entender, compatíveis com qualquer uma das formas de governo aristotélicas[2], pelo que se espraiaram ao longo de diversos momentos históricos, consoante a vontade política de conceder vantagens a particulares,

1 Apelando a um conceito de ajudas públicas em sentido amplo, que já existiriam em civilizações arcaicas, e que poderiam assumir as mais vastas formas, como a aprovação de normas jurídicas determinadas, a construção de infra-estruturas ou mecanismos de protecção a indivíduos que habitassem em determinadas áreas de um dado território, cfr. Campos, 2013: 214.

2 Tanto nas formas de governo sãs, porque buscam o interesse geral, entre elas a monarquia, aristocracia e *politeia*, como nas concepções degeneradas de governação, porque buscam o interesse exclusivo dos grupos que detêm o poder, entre estas a tirania, oligarquia e democracia (aristotélica), é possível conceber os auxílios de Estado como mecanismos de alcançar os seus fins. Não há incompatibilidade natural, nem sequer com a tirania, julgamos, porque pode haver interesses egoísticos que se harmonizem com este instrumento. Sobre o problema das formas de governo em Aristóteles, v. Freitas do Amaral, 2011: 677-693.

num quadro geral de um determinado programa estadual, com vista à prossecução de certos fins[3-4]. O tema redimensionou-se, inegavelmente, no seio do direito da União Europeia, prevendo-se no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, num capítulo dedicado às regras de concorrência (artigos 101.º a 109.º), normas relativas aos auxílios de Estado (artigos 107.º a 109.º). Não é despiciendo reafirmar que a União Europeia é a única organização económica internacional a submeter os seus membros a um controlo exigente das ajudas públicas às empresas[5].

O conceito de auxílio de Estado à luz do sistema jurídico-comunitário tem um invólucro mais restrito que uma ajuda de Estado em sentido amplo. O que queremos significar é que nem todos os programas de incentivo económico por parte do Estado irão mobilizar o complexo normativo do art. 107.º TFUE[6]. Assim, apenas serão consideradas ajudas de Estado as medidas que sejam tomadas pelos poderes públicos e que reúnam cumulativamente cinco pressupostos, a ver: (i) a transferência de recursos do Estado, seja positiva ou negativamente, através de subvenções directas a particulares ou renunciando a uma receita; (ii) a concessão de uma vantagem económica, beneficiando, pelo menos, um concreto particular; (iii) o carácter selectivo, afastando-se, assim, as medidas gerais, que não sejam dirigidas especificamente a um operador económico; (iv) a distorção da concorrência, bastando a mera ameaça de perturbação da concorrência; (v) e a mera probabilidade de afectação do comércio entre os Estados-Membros[7]. Só preenchendo este conjunto de características, estaremos perante um auxílio de Estado na verdadeira acepção que o Tratado lhe consigna[8].

---

3 Sobre afloramentos de auxílios de Estado na Idade Média e a correlação daqueles com o mercantilismo, v. Nogueira de Almeida, 2012b: 67-71.

4 Os auxílios de Estado enquanto formas de intervenção do Estado na actividade económica são inevitavelmente meios de atingir várias finalidades. Falamos dos fins de correcção de uma deficiente afectação de recursos, do fim de estabilização, ao asseverar a procura do pleno emprego de recursos, e do fim de redistribuição do rendimento, corrigindo a distribuição proporcionada pelo mercado, assim como os objectivos de alcançar maiores níveis de equidade e eficiência. Sobre este problema, v. Nogueira de Almeida, 2012b: 61-66.

5 Assim relembram Nogueira de Almeida, 2012a: 30; e Hancher & Salerno, 2014: 187.

6 Doravante, os artigos sem indicação contrária pertencerão ao TFUE.

7 Sobre os requisitos da previsão normativa do art. 107.º, remetemos para Nogueira de Almeida, 2012a: 30-31; Nogueira de Almeida, 2011: 232-233, Ebner & Gambaro, 2015: 23-61.

8 Noção que carece de clareza, e que se ancora em critérios "elásticos", v. Jouve, 2013: 17.

O art. 107.º, n.º 1, estabelece uma proibição de princípio dos auxílios, ao passo que o n.º 2 considera certas categorias de ajudas como compatíveis com o mercado interno. O n.º 3 prevê espécies de auxílios que podem vir a ser considerados compatíveis.

Indissociável de tudo o que vem a ser afirmado é que a Comissão e os tribunais nacionais assumem um activo protagonismo no controlo da concessão de auxílios de Estado. Desempenham "papéis complementares e distintos"[9], investindo-se as jurisdições nacionais do "dever de proteger os direitos dos particulares lesados pela concessão de uma ajuda ilegal, e do poder de sancionar a violação do direito comunitário pelos Estados-Membros"[10]. Centremo-nos nos tribunais nacionais.

3. O FIM DO DOGMA DO JUIZ MERAMENTE NACIONAL

É indesmentível que o juiz nacional tem vindo a ser incumbido de múltiplas tarefas, com a progressiva e imparável integração europeia. Radica-se no Acórdão *Van Gend en Loos*[11] a atribuição ao juiz nacional de prerrogativas, com vista a garantir a consistência e eficácia interna do Direito Comunitário.

Acompanhamos Monica Claes, quando evidencia que se tornou "um truísmo afirmar que cada tribunal nacional na Comunidade Europeia é agora um tribunal de direito comunitário"[12] desde *Van Gend en Loos*. Ou seja, neste Acórdão firmou-se a criação de uma nova ordem jurídica, e que os tribunais nacionais não estão apenas incumbidos de aplicar o direito nacional, mas também de garantir o direito daquela nova ordem jurídica. Mais. O juiz nacional pode e deve apreciar a compatibilidade das normas legais nacionais com o direito da União Europeia, e em virtude do primado deste Direito, deve afastar aquelas quando concluir pela inconciliabilidade insuperável. Ainda mais. Não deve o juiz nacional sonegar o efeito directo reconhecido a normas do Direito da União, caracterizado por criar direitos nas esferas jurídicas de particulares, por permitir a invocação dessas regras jurídicas em litígios nacionais, e por obrigar os tribunais dos Estados-Membros a apreciar e a adjudicar a pretensão daqueles, pelo reconhecido interesse em agir[13].

---

9 *Ibidem*, pp. 24-25.

10 *Idem*.

11 Para mais desenvolvimentos, v. Piçarra, 2013: 101-121.

12 Claes, 2006: 3.

13 Sobre o significado de efeito directo, a criação de direitos para particulares, a possibilidade de invocação num processo, e a *"justiciability"*, v. Claes, 2006: 75-84.

É este horizonte com que o juiz nacional é confrontado, quando lhe é requerida tutela jurisdicional num processo relativo a auxílios estatais.

3.1. Faculdades do juiz nacional

Em abstracto, os poderes do juiz nacional num dado concreto litígio que verse sobre auxílios de Estado são vastíssimos. Naturalmente, focar-nos-emos nas prerrogativas especialmente pertinentes em processos desta natureza, e não faremos, por certo, uma detida reflexão sobre determinados poderes, como o do inquisitório ou o da gestão processual, transversais a qualquer tipo de acção.

Assim, e na esteira da síntese pragmática de Gorjão-Henriques, aos tribunais nacionais cabe:

"(i) Apreciar se uma dada medida constitui um auxílio público;
(ii) Verificar se as obrigações de notificação prévia e *standstill* foram cumpridas pelo Estado membro;
(iii) Impedir a execução do auxílio público ilegal;
(iv) Ordenar a imediata recuperação do auxílio e dos correspondentes juros relativos ao período de duração da ilegalidade;
(v) Conceder indemnizações por perdas e danos aos concorrentes e outras partes interessadas; e
(vi) Adoptar medidas cautelares"[14].

Nesta sinopse, encontram-se condensadas, em traços gerais, as funções principais que se têm vindo a reconhecer aos tribunais nacionais, tanto por via jurisprudencial como normativa, num litígio que contenda com a matéria dos auxílios de Estado.

Na verdade, tanto a jurisprudência nacional como a comunitária têm vindo a firmar que o juiz pode, atendendo às circunstâncias do caso concreto, analisar a medida que se lhe apresenta, e apreciar se esta se subsume à hipótese normativa do art. 107.º, n.º 1. Assim, o juiz pode verificar se se reúnem os cinco requisitos, já aflorados anteriormente, para que uma medida possa ser considerada auxílio de Estado. No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 23 de Abril de 2013[15], relatado pela Juíza Conselheira Fernanda Maçãs, confirma-se esta orientação inegavelmente consensual, "Decorre da Jurisprudência do Tribunal

14 Gorjão-Henriques, 2014: 711-712.

15 Processo 029/13.

de Justiça que um órgão jurisdicional nacional pode ser conduzido a interpretar e a aplicar a noção de auxílio do artigo 92.º do Tratado (actual art. 107.º do TFUE) com vista a avaliar da legalidade de uma medida estatal instaurada sem ter em conta o processo de controlo prévio do art. 108º, n.º 3, do TFUE".

Verificada a existência de uma medida que configura um auxílio de Estado para efeitos do direito da União Europeia, qual deve ser a preocupação do julgador? Por princípio, considerando-se a medida em concreto como ajuda estatal, nos termos do art. 107.º, n.º 1, o Estado deverá ter sido obrigado a notificar previamente a Comissão Europeia do projecto dessa concessão, e a não violar a proibição do art. 108.º, n.º 3[16], de não lhe dar execução sem o parecer positivo daquela instituição europeia. O juiz nacional fará um controlo, portanto, do cumprimento do dever de notificação prévia por parte do Estado. Verificará ainda a existência ou não de execução prematura do auxílio, bem como terá de ordenar a recuperação de ajudas ilegalmente concedidas[17].

Excepcionalmente, existem casos de auxílios de Estado que dispensam a obrigação de notificação prévia, plasmada no já referido art. 108.º, n.º 3. Assim, o magistrado deve indagar se a medida do caso concreto não configura uma das hipóteses em que o direito da União Europeia desonera os Estados daquele pesado encargo. A ver:

a) Regulamento (CE) n.º 994/98[18], na redacção resultante do Regulamento (UE) n.º 773/2013 do Conselho, de 22.7.2013, relativo a auxílios públicos horizontais;
b) Regulamento (UE) n.º 1407/2013, relativo aos auxílios *de minimis*;
c) Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de Junho de 2014, (Regulamento Geral de Isenção por Categoria).

16 A violação da proibição constante da última frase do art. 108.º, n.º 3, "O Estado-membro em causa não pode pôr em execução as medidas projectadas antes de tal procedimento ter sido objecto de uma decisão final." deve ser atendida pelos órgãos jurisdicionais nacionais, visto que o TJUE a considerou directamente aplicável, cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de Julho de 1964, *Costa c. ENEL*, processo 6/64, Colectânea de Jurisprudência 1964, p. 558, confirmado pelo Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de Dezembro de 1973, *Lorenz*, processo 120/73, Colectânea de Jurisprudência 1973, p. I-1473.

17 Nos termos da jurisprudência comunitária, cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de Novembro de 1990, *Saumon*, processo C-354/90, Colectânea de Jurisprudência 1991, p. I- 5528.

18 A importância prática e simplificadora introduzida pelo princípio da isenção categorial, diminuindo o trabalho burocrático e administrativo da Comissão, conferindo segurança jurídica aos Estados empresas, e "aumentando a eficácia da política de concorrência", v. Nogueira de Almeida, 2002: 358.

Deve, por isso, o juiz procurar saber se a ajuda estatal se subsume a uma das hipóteses normativas daqueles regulamentos[19-20], para, naturalmente, compreender se havia obrigação do Estado em notificar com antecedência a Comissão Europeia, e mobilizar o art. 108.º, n.º 3, em consequência do seu reconhecido efeito directo.

3.2. A impossibilidade lógica de o juiz se pronunciar sobre a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno

Se às jurisdições nacionais cabe, como já foi cabalmente demonstrado, a salvaguarda dos direitos que os particulares retiram da proibição do n.º 3 do art. 108.º, já não lhes caberá fazer um juízo de compatibilidade da ajuda estatal projectada com o mercado interno da União Europeia[21]. É da competência exclusiva da Comissão a verificação da conformidade, quanto ao fundo ou ao mérito, das ajudas públicas com o mercado interno (Processos *Transalpine Ölleitung in Österreich* e *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires* e Outros/França)[22]. E tal estará em conformidade com uma das

19 Assim, alertando para a competência dos tribunais nacionais para se pronunciar "sobre a eventual validade dos auxílios atribuídos com base numa isenção categorial, aplicando o Regulamento n.º 994/98 e os seus regulamentos de aplicação", v. Nogueira de Almeida, 2014: 84. Fazendo também referência a esta verdadeira operação de subsunção nas hipóteses normativas dos regulamentos pelos quais certos auxílios são considerados compatíveis com o mercado interno, cfr. Tedoldi, 2015: 262.

20 Relativamente ao Regulamento (UE) n.º 1407/2013, que versa sobre os auxílios *de minimis*, aqueles que são concedidos a uma empresa única durante um dado período e que não excedam um certo montante fixo (actualmente 200.000€ durante um período de 3 anos) não preenchem todos os critérios estabelecidos no artigo 107.º, n.º 1, pelo que não estão naturalmente sujeitos ao procedimento de notificação. Poder-se-ia, assim, infirmar a metodologia que aqui defendemos, que passa por uma avaliação do juiz, em primeira linha, da existência ou não de um auxílio nos termos daquele artigo, e depois, sim, verificar se recai nas hipóteses daqueles regulamentos. Poder-se-á dizer que tal não fará sentido, pois, na hipótese de ser um auxílio *de minimis*, tal quererá dizer que não é um auxílio nos termos do art. 107.º, n.º 1, como estatui a Comissão no ponto 1 deste Regulamento. Se assim o é, qual o sentido de o juiz começar por avaliar se está perante um auxílio de Estado nos termos do art. 107.º, n.º1, e se estiver, só depois confirmar se está perante uma das previsões dos Regulamentos referidos? Insistimos. Desta forma, daquela primeira apreciação, relativa à existência de um auxílio para aquele artigo do TFUE, poderá haver um despiste mais seguro. Se uma medida não é notoriamente selectiva, por ser uma medida geral, ou se não se vislumbra a transferência de recursos estatais, para quê procurar se recai numa das previsões normativas daqueles regulamentos? O art. 107.º, n.º 1, deve ser o primeiro crivo do julgador. Afirmando que as etapas de controlo são "*mêlées*" e "*enchevêtrées*", não obedecendo necessariamente a uma ordem precisa e metódica, cfr. Jouve, 2013: 47.

21 Sobre isto, v. Gomes, 1995: 55. E por ausência de efeito directo do art. 107.º, como assinala Jouve, 2013: 25.

22 Ebner & Gambaro, 2015, 65; e Tedoldi, 2015: 262; e resultado também da jurisprudência constante do TJUE, cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de Outubro de 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Processo C-368/04, Colectânea de Jurisprudência 2006, p. I-9957, n.º 39 e Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de Novembro de 1990, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires* e Outros/França, Processo C-354/90, Colectânea de Jurisprudência 1991, p. I-5505, n.º 10.

finalidades consignadas pelo TUE à Comissão, no seu art. 17.º. Esta é a guardiã do cumprimento dos Tratados, pelo que será também supervisora dos auxílios de Estado concedidos pelos Estados-Membros. Mais. A leitura conjunta dos artigos 107.º, n.º 2 e n.º 3, e 108.º, n.º 1 e n.º 3, a este propósito, dissipa qualquer dúvida. Do Tratado resulta que cabe somente à Comissão ponderar a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno, nunca se podendo inferir que caberá às instâncias jurisdicionais esse juízo.

Se a apreciação que a Comissão faz ao abrigo do art. 107.º, n.º 2, é limitada[23], isto é, verificados os pressupostos fácticos da norma, aquela estará obrigada a declarar a compatibilidade da ajuda, no que respeita ao n.º 3 do mesmo artigo, terá margem de liberdade de actuação. Ou seja, o poder atribuído pelo n.º 2 é vinculado, enquanto no n.º 3 estamos perante um verdadeiro poder discricionário. Pode concluir-se, assim, que é a Comissão que deve definir e pôr em prática a orientação da política concorrencial da União Europeia[24].

3.3. A participação processual da Comissão Europeia como *amicus curiae*

O julgador poderá ter dúvidas em diversos momentos processuais. Será naturalmente ainda mais legítimo, estando em causa um conceito que deriva do direito comunitário, envolvendo consequentemente maiores operações de hermenêutica, com fim de interpretar o direito nacional à luz do direito da União Europeia, compatibilizar aquele com este. O problema adensar-se-á ainda mais se se reconhecer que subsumir uma medida ao conceito de auxílio de Estado é uma tarefa cada vez mais complexa, exigindo conhecimentos de áreas económicas. Com esta afirmação, não queremos negar o carácter eminentemente jurídico do conceito de auxílio de Estado[25], mas sim sensibilizar para a urgência de munir os órgãos jurisdicionais comunitários com esses mesmos conhecimentos, para "poderem compreender com sentido crítico o alcance e a coerência interna dos raciocínios económicos"[26]. Ora, a Comissão tem vindo a preocupar-se em auxiliar os tribunais nacionais, tendo publicado diversas

23 Ajudas compatíveis *ipso iure* com o mercado comum, embora tal não dispense a notificação prévia à Comissão, cfr. Nogueira de Almeida, 1997: 31; Gorjão-Henriques, 2014: 706.

24 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28 de Fevereiro de 1991, *Delimitis*, processo C-234/89, Colectânea de Jurisprudência 1991. p. I-935, n.° 44.

25 E não um conceito económico, v. Nogueira de Almeida, 2014: 74.

26 Nogueira de Almeida, 2011: 227. Para uma melhor compreensão do recurso à análise económica, no domínio dos auxílios de Estado, e a necessidade de uma correlação efectiva e dialógica entre os julgadores e os portadores da ciência económica, v. o mesmo artigo, especialmente pp. 223-230.

comunicações, com intuito de estabelecer linhas orientadoras e diminuir o encargo dos órgãos jurisdicionais nacionais. Assim o fez, sem pretendermos uma indagação exaustiva, relativamente às circunstâncias em que as garantias estatais devem ser consideradas auxílios de Estado[27], ao tratamento que deve ser dado às vendas de terrenos públicos[28], ou ainda à fiscalidade directa das empresas[29]. E mais significativamente o fez, na Comunicação de 9 de Abril de 2009, relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais[30], onde se esclareceu peremptoriamente a ideia de que os tribunais nacionais podem recorrer à Comissão para que esta os esclareça, num determinado procedimento relativo aos auxílios de Estado. Tal poderá ocorrer na qualificação e recondução da medida ao conceito de auxílio de Estado, por vezes tarefa árdua e complexa, ou ainda quando o julgador nacional se veja confrontado com dúvidas quanto à existência ou não do dever de notificação prévia, ou seja, saber se aquele auxílio recai numa das hipóteses normativas dos regulamentos que isentam os Estados daquela obrigação. Estas ideias são confirmadas pela Comissão, ao longo daquela comunicação, afirmando que "em caso de dúvida sobre a qualificação como auxílio estatal, os tribunais nacionais poderão solicitar um parecer à Comissão, conforme indicado na secção 3 da presente comunicação…"[31], e que "o tribunal nacional pode pedir um parecer à Comissão ao abrigo da secção 3 da presente comunicação, caso tenha dúvidas relativamente à aplicabilidade de um Regulamento de isenção por categoria ou de um regime de auxílios existente ou aprovado"[32], consolidando-se a ideia de que o contencioso dos auxílios de Estado deve ser um espaço jurisdicional dialógico e de constante intercomunicação de mundividências das instituições comunitárias com o juízo pragmático-prudencial do julgador nacional. É deste *ir e vir* da Comissão ao processo nacional, que resultará uma melhor e mais apurada qualificação jurídica dos factos por parte do magistrado, salvaguardando-se sempre o princípio *iura novit curia*, só o juiz conhece o Direito, pois não está sujeito às considerações ou qualificações jurídicas de outrem. Mas pode

27 Comissão Europeia, 2008: 10.

28 Comissão Europeia, 1997: 3.

29 Comissão Europeia, 1998: 3.

30 Comunicação 2009/C 85/01.

31 Comissão Europeia, 2009: 3-4, ponto 13.

32 *Ibidem*: 5, ponto 18.

auxiliá-lo nessa tarefa, que pode configurar-se titânica, como se de um Atlas a segurar os céus se tratasse, se atendermos à complexidade normativa e técnica das matérias. É, assim, necessária uma dialéctica correlação entre tribunal nacional e Comissão, para alcançar a *justeza material da decisão*[33]. E esta virá ao processo como um verdadeiro *amicus curiae*, um participante processual que se caracteriza muito sucintamente por: (i) a sua entrada no processo dar-se apenas por autorização do tribunal nacional[34] (ii) ser uma figura processual neutral e imparcial relativamente às partes e à lide[35] (iii) ser um participante processual, desinvestido de poderes de conformação da tramitação do processo[36]. Dúvidas não parecem restar que esta colaboração entre Comissão e tribunais nacionais se funda num princípio positivado no art. 13.º, n.º 2, do TUE, o princípio da cooperação leal, que vincula os Estados-Membros e Instituições Europeias a adoptar comportamentos recíprocos com intuito de garantir a eficácia do Direito da União[37]. A assistência prestada pela Comissão aos magistrados nacionais radica, assim, naquele princípio e tem como consequência lógica a emergência de diversas obrigações na esfera jurídica daquela. Neste domínio, a Comissão deve transmitir informações sobre processos relativos a medidas de auxílios de Estado pendentes, ou esclarecer se uma medida foi devidamente notificada, de acordo com o art. 108.º, n.º 3, assim como se está a decorrer uma investigação formal, e se está iminente uma decisão. Bem como deve transmitir aos tribunais cópias de decisões que tenha adoptado e que não tenham sido ainda publicadas, estatísticas, estudos de mercado e análises económicas,

33 Expressão muito conveniente e oportuna de Bronze (1994: 363).

34 A propósito dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, ou seja, relativos à interdição de cartéis e interdição do abuso de posição dominante, a Comissão arroga-se do poder de submeter apreciações por escrito aos tribunais nacionais, quando contribuam para assegurar a aplicação coerente daqueles artigos. No entanto, carecem de autorização do juiz para fazer alegações orais, tal resulta do art. 15.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002. Quanto à classificação da participação processual da Comissão Europeia como *amicus curiae*, v. Kochevar, 2013: 1653.

35 Como bem realçou a Comissão, ainda na mesma Comunicação, 2009/C 85/01, no ponto 80, "uma vez que a assistência que presta aos tribunais nacionais faz parte do seu dever de defesa do interesse público, a Comissão não tem intenção de defender os interesses privados das partes no processo que corre no tribunal nacional. Assim, a Comissão não ouvirá nenhuma das partes no processo que corre no tribunal nacional relativamente à assistência que presta a esse órgão jurisdicional".

36 Não pode, a nosso ver, alegar novos factos para além daqueles deduzidos pelas partes, nem alargar a base instrutória, nem requerer meios de prova, muito menos recorrer da decisão. Será apenas um auxiliar do juiz, afastado da concreta conflitualidade existente entre as partes, abstraído objectivamente destes, que responderá às questões daquele, e contribuir para uma aperfeiçoada realização do direito em concreto.

37 Sobre o princípio da cooperação leal, cfr. Mota de Campos & Mota de Campos, 2010: 276-277.

ou seja, aproximar o julgador da discursividade jurídico-económica, que deve envolver o regime dos auxílios de Estado, para uma efectiva «*more economic approach*».

Todavia, a participação da Comissão nestes processos pode também dar-se de uma outra forma, através da emissão de pareceres, em resposta a dúvidas colocadas pelo juiz nacional. No nosso entendimento, um verdadeiro sucedâneo funcional do reenvio prejudicial, previsto no art. 267.º, embora em âmbitos diferentes, o que iremos comprovar de seguida. Vejamos, a Comissão responderá a questões suscitadas pelo magistrado nacional, o mais das vezes incertezas sobre:

(i) Se determinada medida pode ser qualificada como auxílio de Estado;
(ii) Se cumpre requisitos de um regulamento de isenção por categoria;
(iii) Se existem circunstâncias excepcionais, que impeçam o tribunal nacional de ordenar a recuperação integral do auxílio[38];
(iv) E caso se deva proceder à recuperação de juros, assistência quanto ao seu cálculo[39].

As informações solicitadas serão entregues no prazo de quatro meses a partir da data do pedido, e importa, agora, firmar que, ao emitir o seu parecer, "a Comissão limitar-se-á a fornecer aos tribunais nacionais as informações factuais ou os esclarecimentos de natureza económica ou jurídica solicitados, sem analisar, quanto ao mérito, o processo instaurado no tribunal nacional"[40]. O parecer da Comissão não vincula juridicamente o tribunal nacional, ao contrário da interpretação do direito da União Europeia pelos tribunais comunitários, ou seja, a Comissão participa na qualidade de *amicus curiae*[41]. Tal parecer não contende com a possibilidade de o tribunal nacional formular questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia, doravante TJUE.

38 Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, 11 de Julho de 1996, *SFEI,* processo C-39/94, Colectânea de Jurisprudência 1996, p. I-3547, onde se alude a circunstâncias excepcionais, que tornam inadequada a restituição.

39 Comissão Europeia, 2009: 20, ponto 91.

40 Comissão Europeia, 2009: 20, especialmente ponto 93.

41 No mesmo sentido, de que a Comissão pode intervir em processos nacionais através do mecanismo do *amicus curiae*, com intuito de ajudar o julgador na realização do Direito em concreto v. Jouve, 2013: 600.

3.4. Reenvio prejudicial

No art. 267.º, prevê-se uma soberana e imponente marca do direito comunitário europeu, o reenvio prejudicial. É um autêntico mecanismo de cooperação entre os tribunais nacionais e o TJUE. A eficácia do direito da União Europeia sedimenta-se na actuação do juiz nacional, é este quem decide se vota a ordem jurídica europeia a um marcescente estado complexo ou a um uniforme e coerente ordenamento[42].

Assim, se o juiz nacional estiver hesitante quanto à correcta interpretação de direito da União Europeia relativo às ajudas estatais, pode esclarecer-se pela via do art. 267.º, em virtude de estarem em causa questões complexas e que não puderam ser aprofundadas, em regra, pelos magistrados[43].

A outra finalidade do art. 267.º é, como reaviva Nogueira Serens, permitir aos particulares o acesso à justiça comunitária, uma autêntica "*vereda*, que comple(men)ta a *avenida do art. 230.º, [hoje art. 263.º] quarto parágrafo*"[44-45]. Em regra, o reenvio prejudicial é facultativo. O magistrado apenas recorrerá ao corpo normativo do art. 267., se assim o entender imprescindível. Mas, em certas circunstâncias, o reenvio é obrigatório. Muito sucintamente, será forçoso quando o tribunal nacional seja confrontado com uma questão de interpretação do direito europeu primário ou uma questão de interpretação ou de validade do direito europeu secundário, e cumulativamente seja um tribunal de decisão irrecorrível, não se incluindo os recursos extraordinários nesta noção de irrecorribilidade. A este propósito, surge uma marcada divergência, tanto doutrinal como jurisprudencial. Uma primeira tese, que se posiciona no sentido de que apenas os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso ordinário tal como previsto no direito interno (*máxime*, tribunais do topo da pirâmide judiciária) são obrigados ao reenvio prejudicial. Uma segunda, pela qual serão obrigados a proceder ao reenvio os tribunais cujas decisões, no caso concreto, sejam insusceptíveis de recurso. À primeira, tem-se vindo a dar o nome de *abstract theory*, enquanto a segunda

42 Acentuando que o *diálogo de juiz a juiz*, característico do reenvio prejudicial, é uma via de consolidação do Direito da União, Tching, 2011: 145.

43 Assim, cfr. Mota de Campos & Mota de Campos, 2010: 415.

44 Nogueira Serens, 2011: 627.

45 A impugnação de actos normativos por particulares está sujeita a critérios muito rigorosos, v. Mota de Campos & Mota de Campos, 2010: 467-469.

tem sido intitulada *concrete theory*[46]. Pendemos para a primeira, na esteira de Mota de Campos[47], pois os tribunais inferiores, ainda que as sua decisões sejam irrecorríveis em concreto, não põem em perigo a unidade de interpretação do direito da União Europeia, ao mesmo tempo que se evita uma sobrecarga excessiva para o TJUE. Admitimos, contudo, que esta via poderá pôr em causa uma tutela jurisdicional efectiva dos particulares que, em causas menores em que haja uma incorrecta prefiguração do direito da União, ver-se-ão naturalmente lesados e subtraídos da "*função de protecção jurídica*" do reenvio prejudicial[48]. No entanto, esta obrigação de reenvio decorrente da insusceptibilidade de recurso pode ser derrogada[49].

Naturalmente, há que fazer ainda mais uma precisão. O reenvio é também obrigatório, nos termos do Acórdão Foto-Frost[50], quando um julgador nacional, ao apreciar a validade de uma norma da União Europeia, penda para a invalidade daquela, necessariamente terá de submeter a questão ao TJUE.

Uma última nota. A omissão ilícita do reenvio não tem sanção expressa no nosso ordenamento jurídico. Ou seja, referimo-nos àquelas situações em que o reenvio é obrigatório e esse dever não foi cumprido pelo tribunal nacional. Tal poderia ser colmatado com a criação de um recurso autónomo para o TJUE, da iniciativa de particulares, a denominada "queixa comunitária"[51], pelo qual o Tribunal de Justiça determinaria se a omissão teria sido ilegal ou não, embora comprometa o espírito dialógico-judicativo, característica decisiva do instituto. Ou ainda, na esteira de Mariana Nogueira Sá, introduzindo uma nova alínea no n.º 2 do art. 629.º do CPC, pelo qual haveria recurso de uma omissão de reenvio, independentemente do valor da alçada e do critério da sucumbência[52]. Mas acaba a mesma autora por firmar que o "art. 267º TFUE é, pois, uma

46 V. Nogueira Serens, 2011: 629-633.

47 Assim, Mota de Campos & Mota de Campos, 2010: 423-425.

48 Cfr. Nogueira Serens, 2011: 632.

49 Nos termos do Acórdão CILFIT (do Tribunal de Justiça, de 6 de Outubro de 1982, Processo n.º 283/81), existem três situações que dispensam o reenvio: (i) quando a questão de direito da União Europeia for despropositada ou dispensável para a resolução do caso concreto; (ii) quando o TJUE já se tenha pronunciado em caso análogo sobre essa mesma questão; (iii) ou quando as normas da UE aplicáveis ao caso sejam tão claras que não suscitam dúvidas ao julgador. Como relembra Nogueira Serens (2011: 638), esta teoria do acto claro é um regresso ao brocardo medieval "*in claris non fit interpretatio*".

50 Processo n.º 314/85, de 22.10.82.

51 Quadros, 2006: 192-193.

52 Sá, 2012: 51.

verdadeira *lex imperfecta*. Esta imperfeição gera um nível de garantia inferior das normas da UE face às garantias concedidas às normas nacionais e torna o exercício dos direitos concedidos por aquelas uma tarefa árdua e provavelmente infrutífera. E nessa medida, a lei civil portuguesa incumpre com as obrigações que para si decorrem dos princípios da efetividade e da equivalência"[53].

4. A DECISÃO SUPERVENIENTE DA COMISSÃO NO SENTIDO DA COMPATIBILIDADE DE UM AUXÍLIO SEM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO

Sempre que um auxílio de Estado é concedido em violação do art. 108.º, n.º 3, o auxílio é ilegal por vício de forma. Será ilegal, na falta de notificação prévia à Comissão por parte do Estado, ou, tendo havido notificação prévia, este lhe tenha dado execução antes da emissão da decisão final. Ou ainda, quando for concedida em violação das condições de autorização dada pela Comissão[54]. E se o auxílio é ilegal, o juiz nacional tem um papel fundamental para sancionar as ajudas ilegais, embora o fundamento jurídico da sua intervenção seja muito estreito, como alerta Denis Jouve, por "repousar quase exclusivamente no efeito directo do art. 108.º, n.º 3"[55]. E sendo-lhe reconhecido efeito directo, lembramos que tal significa o ingresso na esfera jurídica dos particulares de um conjunto de direitos, "direitos esses invocáveis perante os tribunais encarregados de os garantir, quer perante os poderes públicos (efeito directo vertical), quer perante outros particulares (efeito directo horizontal)"[56]. Assim, o juiz nacional prefigura-se como o guardião dos direitos e obrigações conferidos pelo direito da União Europeia, direitos esses que podem ser invocados pelos particulares em litígios concretos, e os quais terão de ser tidos em conta, porque os tribunais nacionais são *tribunais comunitários de direito comum*.

Na análise pragmática de Nogueira de Almeida, "Os tribunais [nacionais] têm assim uma dupla obrigação. Por um lado, devem ordenar, em razão do efeito directo reconhecido ao art. 93.º, n.º 3, do Tratado de Roma [art. 108.º, n.º 3], o reembolso das ajudas que tenham sido concedidas, sem terem sido previamente notificadas. Por outro lado, devem controlar a validade das decisões

53 Ibidem, pp. 52-53.

54 Alertando para esta terceira modalidade de ilegalidade, embora consideremos que seja praticamente semelhante a uma ajuda estatal não notificada à Comissão, Tedoldi, 2015: 256.

55 Jouve, 2013 : 23-24.

56 Piçarra, 2006: 3.

nacionais que ordenem o reembolso das ajudas, tendo em conta as regras do direito comunitário"[57].

E tem sido quase unanimemente decidido e pensado que a violação da obrigação de *standstill* que decorre do art. 108.º, n.º 3, não pode ser sanada, por qualquer meio, tampouco por uma decisão superveniente da Comissão no sentido da compatibilidade do auxílio com o mercado interno[58]. Afirmam os defensores, e porventura bem, que qualquer outra interpretação levaria à sistemática violação do dever de notificação prévia por parte dos Estados-Membros, na esperança de uma decisão de compatibilidade posterior da Comissão, e que levaria à anulação do já mencionado efeito directo do art. 108.º, n.º 3[59]. O que não existe, portanto, é uma sinalagmaticidade entre ilegalidade e incompatibilidade. São dois conceitos distintos, que podem intercomunicar entre si, mantendo no entanto a sua independência. Um auxílio pode ser ilegal, e, contudo, ser compatível com o mercado interno. Não havendo uma coincidência imediata entre ilegalidade e incompatibilidade, podem daí advir problemas dogmáticos sérios. Mais. Parece que desta desafinação e dissonância resultarão esforços infrutíferos que, a nosso ver, são de todo prescindíveis num ordenamento jurídico que se quer prático, coerente e não à mercê de mecanismos desnecessários e repetitivos. Vejamos. Se o juiz nacional extrair todas as consequências jurídicas da violação do art. 108.º, n.º 3, ao abrigo da legislação nacional, sem sonegar que o direito da União Europeia foi integrado nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, à Comissão cabe-lhe um papel complexo e moribundo. Assim, Nogueira de Almeida confirma que "[a Comissão] deve, maugrado a ilicitude da ajuda, prosseguir o seu exame quanto ao fundo, em vista à determinação da sua compatibilidade com o mercado comum, não lhe sendo autorizado pelo Tribunal de Justiça determinar a sua incompatibilidade com o mercado comum somente devido ao vício de forma da ajuda"[60]. Ora, será esta a melhor solução a retirar desta dissonância? Esta desarmonia em sede do regime de auxílios de Estado é desejável num

57 Nogueira de Almeida, 1997: 207.

58 Jouve, 2013 : 64; Acórdão de Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et syndicat national des négociants de saumon c/ France*, processo C-354/90, Colectânea de Jurisprudência 2011, p. I-5055; e Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH c/ Finanzlandesdirektion für Tirol*, processo C-368/04, CJ 2006, p. I-09957.

59 Assim, Tedoldi, 2015: 256-257.

60 Nogueira de Almeida, 1997: 208.

direito que se pretende pragmaticamente coerente? Não será a teleologia do art. 108.º, em parte, a obtenção de uma decisão da Comissão quanto à compatibilidade de um auxílio? Se a ajuda é, quanto ao fundo, quanto ao seu mérito, lícita, porque é compatível com o mercado interno, após juízo ponderado e prudencial feito pela Comissão, pode um juiz nacional comprometer essa licitude material por violação do procedimento? Pode. A jurisprudência tem sido largamente partidária da resposta afirmativa. Assim, o nosso Supremo Tribunal Administrativo, no Acórdão de 23.10.2013[61], relatado pelo Juiz Conselheiro Casimiro Gonçalves, dispõe que "uma decisão da Comissão que declare um auxílio não notificado compatível com o mercado comum não tem por consequência regularizar, *a posteriori*, os actos de execução que são inválidos por terem sido adoptados em violação da proibição contida nessa disposição (n.º 3 do art.º 88.º) [*rectius* n.º 3 do art.º 108.º], porquanto «qualquer outra interpretação conduziria a favorecer a inobservância, pelo Estado-Membro em causa, dessa disposição e privá-la-ia do seu efeito útil»". Duas notas essenciais a este propósito. Uma primeira, a de que será sempre recomendável ao juiz nacional recorrer à Comissão como *amicus curiae* ou «dialogar» com o TJUE através do reenvio prejudicial, como já expusemos anteriormente, para se certificar que está perante um auxílio estatal. Seria manifestamente contrário ao direito da União que um juiz de um tribunal de um Estado-Membro considerasse erradamente uma medida como um auxílio e que, posteriormente, a declarasse ilegal por vício de forma, por violação de um hipotético dever de notificação prévia. É nestes termos que se pode evitar decisões materialmente erróneas. Uma segunda, relativa ainda ao mesmo Acórdão do STA, de 23.10.2013, a Comissão veio a considerar num procedimento oficioso, superveniente ao processo jurisdicional, na Decisão de 20.7.2010[62], depois rectificada pela Decisão C(2012) 2111, de 4 de Abril de 2012, tal como mencionado pelo acórdão, que apenas "as medidas relativas à promoção e à publicidade do vinho português nos mercados dos outros Estados-Membros e de países terceiros e as medidas relativas ao respectivo regime de financiamento podem constituir auxílios de Estado nos termos do artigo 107.º do TFUE, mas não as medidas relativas ao regime de financiamento da formação, que não constitui um auxílio de Estado, pelo que não carece de notificação prévia nos termos do artigo 108.º,

61 Processo 0176/13.

62 Relativa à taxa parafiscal de promoção do vinho aplicada por Portugal C 43/04 (ex NN 38/03), notificada com o número C(2010) 4891.

n.º 3 do TFUE". Ora, podendo constituir auxílio de Estado, a dúvida sobre a existência de um auxílio não ficaria dissipada.

Um juiz "moderno" deveria procurar mais, e não automaticamente tabelar aquela medida como auxílio de Estado. Ao abrigo do princípio do inquisitório, pelo qual deve por si mesmo procurar as bases constitutivas da sua decisão, sem se bastar com as meras alegações das partes, com intuito de descobrir a verdade material.

Na verdade, aquela decisão da Comissão foi acompanhada de um convite "para que Portugal demonstrasse que os apoios considerados como auxílios estatais no âmbito do procedimento concluso, [respeitassem] os limiares *de minimis* aplicáveis, caso em que a Comissão consideraria a Decisão como executada", como resulta das contra-alegações do recorrido. Mais. "Após confirmação de que os limiares *de minimis* aplicáveis não foram excedidos por nenhum dos agentes económicos do sector vitivinícola em Portugal, o IVV enviou uma carta à Comissão comunicando que os apoios respeitaram os limiares *de minimis* aplicáveis e que por esta razão o Estado considera a Decisão de 2010 plenamente executada, sem necessidade de proceder a qualquer reembolso" tomando a Comissão "boa nota do entendimento do Estado de que as poucas medidas classificadas como auxílio no âmbito da Decisão de 2010, conforme alterada pela Decisão de 2012, se encontram abrangidos pelos Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15 de Dezembro de 2006 e cumprem os limites *de minimis* aí estabelecidos". Ou seja, queremos demonstrar que houve, num primeiro momento, motivações "aparentes" para o juiz nacional determinar a recuperação do auxílio, pois a Comissão em procedimento autónomo, considerava uma das medidas em litígio como auxílio de Estado, mas que, num segundo momento, foi considerada abrangida pelo Regulamento relativo aos auxílios *de minimis*. Tal vem demonstrar que estes processos, envolvidos numa atmosfera de enorme complexidade, devem constituir uma plataforma de entendimento dialógico entre partes, juiz, Comissão e, porventura, Tribunal de Justiça.

Mas, conscientes de que ainda não pusemos em causa a tese vigente, tese essa que assume que uma decisão de compatibilidade de um auxílio de Estado não pode nunca sanar o incumprimento do dever de notificação prévia, nos termos do art. 108.º, n.º 3, diremos mais. Qual é, afinal, o espírito do sistema jurídico dos auxílios de Estado?

Nogueira de Almeida é peremptório, estatuindo que "[o] regime jurídico regulador dos auxílios de Estado não tem como finalidade principal e directa a protecção das posições subjectivas, mas garantir uma ordem jusconcorrencial

que permita a todas as empresas participar no jogo da concorrência valendo-se somente dos seus méritos"[63]. Jónatas Machado reafirma uma ideia latente, ao estabelecer que "[o] direito dos auxílios pretende a rápida restauração das condições de concorrência efectiva"[64]. A tónica do regime estará mais na protecção de direitos subjectivos dos concorrentes ou no valor abstracto da concorrência em si mesmo[65]? Somos de opinião que a sua vocação é a de proteger o processo de concorrência. A questão que colocamos é: em virtude do efeito directo reconhecido ao art. 108.º, n.º 3, um auxílio de Estado não notificado deve ser categoricamente recuperado, ainda que lhe sobrevenha uma decisão de compatibilidade, antes do fim do processo jurisdicional? Vejamos, estamos perante situações excepcionais. Se aquele artigo "abre um direito subjectivo aos particulares [*rectius* aos concorrentes dos beneficiários]"[66], o juiz declara-se competente para apreciar a causa mal aquela norma seja invocada em litígio[67]. Por outro lado, julgamos existir, neste campo de tensões, uma verdadeira colisão de valores. É que se os concorrentes do beneficiário podem invocar aquele artigo num processo nacional, também não se pode negar que a decisão superveniente da Comissão a declarar a compatibilidade daquele auxílio com o mercado interno tem um peso superior a um *nada jurídico*. Pode não sanar a omissão da notificação prévia, mas não pode ser votada a um vazio inerte ou a uma advertência silenciosa. É que, se por um lado, está um duvidoso ou presuntivo direito de um concorrente do beneficiário, que se viu prejudicado pela concessão daquele auxílio, ainda que seja compatível com o mercado interno, ou seja, ele sempre sofreria aquela desvantagem, por outro, está o simbolismo da validade, leia-se validez, daquela medida com o mercado interno. Valor que não deve ser derrogado por um vício procedimental, entendemos. O vício de

63 Nogueira de Almeida, 2012b: 362.

64 Machado, 2014: 483.

65 As críticas avançadas por Nogueira de Almeida em relação ao Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais da Comissão [disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26115&from=PT] põem em evidência esta mesma questão. Para o autor, ao defender-se nesse Plano a ideia de que o "o controlo dos auxílios estatais decorre da necessidade de assegurar condições equitativas para todas as empresas que operam no mercado único europeu, qualquer que seja o Estado Membro onde estejam estabelecidas", parece atender-se "mais à protecção dos concorrentes e à lealdade das condições de concorrência [...], do que ao processo de concorrência em si mesmo e do bem-estar geral", concluindo que "[e]ste ponto de vista não se coaduna muito bem com a dimensão objectiva do direito da concorrência de protecção de bens e não de direitos subjectivos". V. Nogueira de Almeida, 2011: 250.

66 Jouve, 2013: 49.

67 *Ibidem*, p. 52.

forma não deve sustar a bondade material em toda e qualquer circunstância. Há que delimitar o campo de superação da forma sobre a substância.

Em jurisprudência recente do TJUE, veio reafirmar-se que "[a] consequência lógica da constatação da ilegalidade de um auxílio é a sua supressão por via de recuperação, a fim de restabelecer a situação anterior (v., designadamente, acórdãos Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão, C-328/99 e C-399/00, EU:C:2003:252, n.o 66, e Mediaset/Comissão, C-403/10 P, EU:C:2011:533, n.o 122)"[68]. No mesmo processo, assume-se que "o principal objectivo visado pela recuperação de um auxílio de Estado concedido ilegalmente é eliminar a distorção da concorrência provocada pela vantagem concorrencial proporcionada por esse auxílio (v., neste sentido, acórdãos Alemanha/Comissão, C-277/00, EU:C:2004:238, n.º 76, e Comissão/MTU Friedrichshafen, C-520/07 P, EU:C:2009:557, n.º 57)" porque "com o reembolso do auxílio, o beneficiário perde a vantagem de que dispunha no mercado face aos seus concorrentes e a situação anterior à concessão do auxílio é reposta (acórdão Comissão/Itália, C-350/93, EU:C:1995:96, n.º 22)"[69]. Ou seja, haverá uma fusão entre direitos subjectivos dos concorrentes dos beneficiários e condições de concorrência efectiva? Ainda no mesmo Acórdão, se firma a posição maioritária quanto a uma eventual decisão de compatibilidade da Comissão, se se tiver violado a obrigação imposta pelo art. 108.º, n.º 3. Assim," mesmo admitindo que a Comissão declara numa decisão final que venha a tomar que a garantia do Estado é compatível com o mercado interno, o juiz nacional continua obrigado a ordenar o reembolso desse auxílio em conformidade com o seu direito nacional. Com efeito, sob pena de prejudicar o efeito directo do artigo 108.º, n.º 3, último período, TFUE e de não respeitar os interesses dos particulares que os órgãos jurisdicionais nacionais têm por missão proteger, a referida decisão final da Comissão não tem como consequência sanar, *a posteriori*, os atos de execução que eram inválidos por terem sido praticados contra a proibição contida nesse artigo. Qualquer outra interpretação conduziria a favorecer a violação, pelo Estado-Membro em causa, do n.º 3, último período, do mesmo artigo e privá-lo-ia de efeito útil (v., neste sentido, acórdãos Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des

68 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de Março de 2015, *OTP Bank Nyrt v Magyar Állam, Magyar Államkincstár*, processo C-672/13, p. 11.

69 Idem.

négociants et transformateurs de saumon, C-354/90, EU:C:1991:440, n.º 16, e SFEI e o., C-39/94, EU:C:1996:285, n. os 67 a 69)."

Parece-nos que entramos em terrenos pantanosos e num ponto nevrálgico do regime dos auxílios públicos. É tempo de marcar uma posição.

O Acórdão CELF[70] introduz uma brecha na consistência e unidade de interpretação da relação entre uma decisão de compatibilidade do auxílio com a omissão do dever de notificação prévia. Vejamos atentamente. Conclui-se nesse acórdão que "[o] artigo 88.º, n.º 3, último período, CE deve ser interpretado no sentido de que o tribunal nacional não é obrigado a ordenar a recuperação de um auxílio executado com inobservância dessa disposição quando a Comissão das Comunidades Europeias tiver adoptado uma decisão final em que declare a compatibilidade do referido auxílio com o mercado comum, na acepção do artigo 87.º CE. Por força do direito comunitário, o tribunal nacional é obrigado a ordenar ao beneficiário do auxílio o pagamento dos juros relativos ao período de duração da ilegalidade. No âmbito do seu direito nacional, o tribunal nacional pode eventualmente ordenar ainda a recuperação do auxílio ilegal, sem prejuízo do direito do Estado-Membro de voltar a dar-lhe execução ulteriormente. Pode também ser levado a deferir pedidos de indemnização dos prejuízos causados pela ilegalidade do auxílio". Na já referida Comunicação 2009/C 85/01, a Comissão veio relembrar o Acórdão CELF, sustentando que neste, "o TJCE clarificou que a obrigação do tribunal nacional de ordenar a recuperação integral de auxílios estatais ilegais cessa se, na altura em que o tribunal nacional proferir a sua sentença, a Comissão tiver já adoptado uma decisão em que declare a compatibilidade do auxílio com o mercado comum. Uma vez que a obrigação de «standstill» se destina a garantir que só seja dada execução aos auxílios compatíveis, este objectivo deixa de poder ser contrariado após a Comissão ter confirmado a compatibilidade do auxílio. Portanto, a obrigação de os tribunais nacionais protegerem os direitos dos particulares ao abrigo do n.º 3 do artigo 88.º do Tratado não é afectada caso a Comissão não tenha ainda tomado uma decisão, independentemente de a Comissão ter ou não dado início a um procedimento". Não será esta a via mais consentânea com a teleologia do regime dos auxílios?

---

70 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de Fevereiro de 2008, *Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministre de la Culture et de la Communication contra Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE),* processo C-199/06.

A Comissão também aclarou a radicação da obrigação de recuperação desses juros correspondentes ao período de duração da ilegalidade. Assim, adianta que "[n]o seu acórdão «CELF», o TJCE clarificou que a necessidade de recuperar a vantagem financeira resultante da execução prematura do auxílio (adiante referida como «juros relativos ao período de duração da ilegalidade») faz parte da obrigação que incumbe aos tribunais nacionais por força do n.º 3 do artigo 88.º do Tratado. Tal acontece porque a execução prematura de um auxílio ilegal terá por consequência, pelo menos, fazer com que os concorrentes, consoante as circunstâncias, sofram mais cedo os efeitos do auxílio em termos de concorrência. O beneficiário obteve portanto uma vantagem indevida."

Esta orientação jurisprudencial é mais concordante e harmónica com o regime jurídico dos auxílios, no seu sentido mais puro. Por um lado, sopesa dois valores colidentes, o da existência de uma decisão de compatibilidade do auxílio e a protecção que se deve prover, pelo art. 108.º, n.º 3, no caso de violação do dever de notificação prévia. Não se configura uma prática prudencial comprimir completamente o primeiro, para salvaguardar totalmente o segundo. Não enveredamos pelo argumentário de Blumann[71], com o qual concordamos quanto ao resultado, mas cujo *iter* nos suscita algumas dúvidas. Estatui o autor que tal compressão absoluta da decisão da Comissão resulta numa violação do princípio do primado do direito da União Europeia, quando, na verdade, pensamos existir uma actuação do juiz nacional ao abrigo de uma norma do Tratado em oposição a uma deliberação de uma instituição europeia, o que não implica uma transgressão daquele princípio.

A solução pela qual propugnamos, desbravada pelo Acórdão CELF, oferece um conjunto de vantagens. A nosso ver, o juiz nacional não deve exigir o reembolso das ajudas não notificadas ou postas em execução antes da decisão da Comissão, no caso de esta emitir um juízo favorável à compatibilidade até à prolação da sentença. Desde logo, um proveito ao nível de economia de meios. Para quê reembolsar uma ajuda, que será de imediato concedida pelo Estado ao mesmo beneficiário, por haver aquele juízo positivo da Comissão?

Ressalva-se, contudo, a obrigação de pagamento dos juros relativos ao período de duração da ilegalidade, que incumbe ao beneficiário do auxílio, solução que encontra apoio no art. 13.º do Regulamento 2015/1589 do Conselho[72]. Aquele período decorre desde a data em que a ajuda é posta à sua disposição

71 Convocamos o pensamento de Blumann através de Nogueira de Almeida, 1997: 208.

72 De 13 de Julho de 2015.

até à data do juízo favorável da Comissão. E deve pagar, não porque a execução prematura de um auxílio ilegal tenha feito sofrer os concorrentes mais cedo do que deveria ter sido[73], mas sim por violação do art. 108.º, n.º 3. Desta forma, dá-se uma reafirmação contra-fáctica da validade da norma violada, mostrando à comunidade jurídica comunitária que a norma é ainda plenamente vigente.

5. CONCLUSÃO

É tempo de concluir. Julgamos ter demonstrado que o contencioso dos auxílios de Estado assenta em metodologias inquebrantáveis: por um lado, o juiz pode verificar se a medida em litígio é um auxílio de Estado, por outro não pode pronunciar-se sobre a sua compatibilidade com o mercado interno. Contudo, o processo deve ser transformado numa plataforma dialógica, envolvendo a participação da Comissão, bem como o Tribunal de Justiça, através do reenvio prejudicial.

Em razão do efeito directo reconhecido ao n.º 3 do art. 108.º, o tribunal nacional deve determinar o reembolso do auxílio concedido em violação dessa norma, mas no caso de surgir uma decisão superveniente da Comissão no sentido da compatibilidade do auxílio, propendemos para uma solução intermédia: não se determina o reembolso integral, exigindo-se apenas os juros relativos ao período da duração da ilegalidade do auxílio, como estatuído no Acórdão CELF. Por um lado, traduz-se na superlativação de um auxílio dotado de justeza material sobre um vício de forma. Por outro, é mais consonante com uma ideia de economia de meios. E alcança-se a finalidade do art. 108.º, n.º 3, que é alcançar uma decisão da Comissão, seja em que sentido for.

73 Haverá circunstâncias em que os concorrentes se vêem efectivamente prejudicados prematuramente, pois o beneficiário pôde concretizar negócios à custa do auxílio, negócios que só seriam possíveis de realizar naquele momento. Mas o regime dos auxílios de Estado não visa proteger em primeira linha direitos subjectivos, antes visa amparar o processo de concorrência em si mesmo. Se os juros relativos ao período da duração da ilegalidade não colmatarem a lesão que o processo concorrencial sofreu, podemos admitir que casuisticamente possam ser feitas outras exigências.

BIBLIOGRAFIA

Bronze, Fernando José

1994 *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Coimbra: Coimbra Editora.

Campos, Manuel Fontaine

2013 «A concessão de ajudas públicas atè à II.ª Guerra Mundial: fundamentos históricos da sua regulamentação internacional», *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, vol. 56, pp. 213-244.

Claes, Monica

2006 *The national courts' mandate in the European Constitution*, Oxford, Portland: Hart Publishing.

COMISSÃO EUROPEIA

1997 *Comunicação da Comissão no que respeita a auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis públicos*, JO C 209, de 10.7.1997.

1998 *Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade directa das empresas*, JO C 384, de 10.12.1998.

2008 *Comunicação da Comissão relativa à aplicação dos artigos 87.o e 88.o do Tratado CE aos auxílios estatais sob forma de garantias*, JO C 155, de 20.6.2008.

2009 *Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais*, JO C 85, de 9.4.2009.

Ebner, Martino & Gambaro, Edoardo

2015 «The Notion of State Aid and Derogation», *in* A. Santa Maria (ed.), *Competition and State Aid: An Analysis of the EU Practice*, 2nd ed., Alphen Aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 21-76.

Freitas do Amaral, Diogo

2011 «Três Conceitos de «Constituição» em Aristóteles», in R. P. Duarte, J. Lebre de Freitas, A. Cristas, M. T. Silva, (eds.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. IV, Coimbra: Almedina, pp. 677-693.

Gomes, José Caramelo

1995 *O contencioso dos auxílios de Estado*, Relatório de Mestrado, Faculdade de Direito da UCP, disponível em: http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/1508/1/O_Contencioso_Dos_Auxilios_De_Estado_Jo.pdf.

Gorjão-Henriques, Miguel
2014 *Direito da União*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014.
Hancher, Leigh & Salerno, Francesco
2014 «State Aids in European Union Competition Law», in Thomas Cheng, Joannis Lianos, D. Daniel Sokoi, (eds.), *Competition and the State*, Stanford University Press, pp. 187-204.
Jouve, Denis
2013 *Le juge national et le droit des aides d'Etat: étude de droit comparé franco-espagnol*, Droit, Université Grenoble Alpes, disponível em: https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-01200764/document.
Kochevar, Steven
2013 «Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions», in *Yale Law Journal*, vol. 122, pp. 1653-1669.
Machado, Jónatas
2014 *Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª ed.
Mota de Campos, João & Mota de Campos, João Luiz
2010 *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da União Europeia*, 6.ª ed., Coimbra: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora.
Nogueira de Almeida, João José
1997 *A restituição das ajudas comunitárias concedidas em violação do direito comunitário*, BFD – Stvdia Ivridica, 28, Coimbra: Coimbra Editora.
2002 «As isenções categoriais no domínio das ajudas de Estado», in *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 45-A, pp. 349-371.
2011 «Conteúdo e limites da análise económica no controlo da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno», in *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 54, pp. 219-263.
2012a «O sentido da atribuição de auxílios de Estado numa economia de mercado», *in* Nunes, Cunha, & Martin, (eds.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 29-62.
2012b *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia: conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno*, Coimbra.
2014 «Os Princípios Gerais de Avaliação da Compatibilidade dos Auxílios Consagrados no Regulamento Geral de Isenção por Categoria (Regulamento n.º 651/2014)», *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 57, Tomo I, pp. 69-114.

Nogueira Serens, Manuel
2011 «A obrigação de reenvio prejudicial decorrente do art. 234.º, § 3.º (ex-art. 177.º, § 3.º) do Tratado CE», in R. P. Duarte, J. Lebre de Freitas, A. Cristas, & M. T. Silva (eds.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. IV, Coimbra: Almedina, pp. 627-642.

Piçarra, Nuno
2006 "A eficácia do Direito Comunitário", Sumários Desenvolvidos, disponível em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_3545.doc.
2013 «Nos 50 anos do Acórdão Van Gend en Loos. A génese dos princípios do efeito directo e do primado do direito da União Europeia e o seu impacto constitucional nos Estados-Membros», in *Themis*, ano XIII, n.ºs 24/25, pp. 101-121.

Quadros, Maria Inês
2006 *A função subjectiva da competência prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra: Almedina.

Sá, Mariana Nogueira
2012 *Artigo 267.º* TFUE: Lex Imperfecta? Das consequências da *omissão do reenvio prejudicial à luz da lei civil portuguesa*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa.

Tching, Maria Rosa Oliveira
2011 «Juiz nacional – um juiz cada vez mais europeu!», in *Julgar*, n.º 14, Coimbra Editora, pp. 135-155.

Tedoldi, Alberto
2015 «Unlawful State Aid: Protection before National Courts», in A. Santa Maria, (ed.), *Competition and State Aid: An Analysis of the EU Practice*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 255-295.

DOSSIER TEMÁTICO II

Responsabilidade criminal das pessoas coletivas
e dos titulares dos órgãos sociais

IMPUTAÇÃO SUBJETIVA: COMO SE CONSTRÓI E SE PROVA O DOLO DA PESSOA COLETIVA?

Ana Catarina Martins[*]

Abstract: *In the scope of criminal liability of legal entities, this article aims to understand the construction and proof of their full intent. Therefore, analyzing various doctrinal contributions, we argue that the construction of the full intent of the legal person is not different at all from that of the singular individual, just an adaptation to the corporate personality. Thus, we use the collective knowledge, which will be interpreted in the light of the organizational-corporate system of the legal person. On the other hand, in the scope of the proof of full intent, this has to be factually proven, once again resorting to corporate reality. Essential in the study of this issue is judgment no. 250/2006 of the Constitutional Court.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Imputação subjetiva às pessoas coletivas. 3. Prova do dolo das pessoas coletivas. 4. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 250/2006. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Antes de mais importa abordar, de forma muito sucinta, o fundamento da responsabilização penal das pessoas coletivas, uma vez que estas "*não são mais que meros conceitos jurídicos*"[1]. Nesta medida, são entes jurídicos que existem através das pessoas singulares que os integram. Nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, "*as pessoas coletivas e entidades comparadas são fruto da vontade de homens e, nessa medida, podem constituir um objeto de censura ético-penal. Não se trata de uma responsabilidade por facto de outrem, mas antes de uma verdadeira*

---

* O presente artigo corresponde, essencialmente, ao texto apresentado pela autora no âmbito da disciplina Direito Penal IV, durante o curso de mestrado profissionalizante em ciências jurídico-forenses da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano de 2016, sob orientação da Professora Doutora Teresa Quintela de Brito.

1 Silva, 1997: 84.

responsabilidade autónoma e distinta da responsabilidade dos concretos homens e mulheres que compõem a pessoa coletiva…"[2].

No entendimento de Teresa Quintela De Brito, à partida, qualquer facto penal poderá ser cometido através de uma organização, organização de que é titular a pessoa coletiva "*e que, por meio das pessoas que nela exercem uma posição de liderança, determinou os elementos essenciais do crime através de condições criminógenas de estruturação ou funcionamento e/ou de uma filosofia de atuação que contesta a vigência do Direito Penal*"[3]. Este será também o âmago da responsabilização penal das pessoas coletivas.

Ora, na medida em que as pessoas coletivas são penalmente responsáveis, importa assim, atendendo às suas especificidades face às pessoas singulares, demonstrar quais os critérios para aferir o dolo, isto é, como se apreende a vontade e conhecimento da pessoa coletiva? É a esta pergunta que nos propomos responder.

O dolo é entendido pela doutrina como o conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo do ilícito. O problema da delimitação da conduta dolosa através do conhecimento e vontade fundamenta-se na lógica preventiva da proteção dos bens jurídicos , o dolo estará necessariamente associado à intencionalidade. Como nos ensina Figueiredo Dias[4], para a afirmação do dolo é necessário que o agente conheça, saiba e represente corretamente ou tenha consciência das circunstâncias do facto que preenche um tipo de ilícito. Assim, como poderemos afirmar que uma pessoa coletiva, que não existe no plano físico, tem conhecimento ou vontade em realizar determinado tipo ilícito?

2. IMPUTAÇÃO SUBJETIVA DAS PESSOAS COLETIVAS

A imputação subjetiva pode ser a título de dolo ou de negligência. Afirmar-se-á o dolo quando o agente tiver conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo do ilícito (cfr. art. 14.º do Código Penal), e afirmar-se-á a negligência quando o agente não representou como possível a realização do tipo legal ou não chegou sequer a representar a possibilidade da sua verificação (cfr. art. 15.º do Código Penal).

2 Albuquerque, 2008: 81.

3 Brito, 2010: 46.

4 Dias, 2007: 351.

O dolo vem sendo caracterizado através de dois elementos: elemento intelectual e elemento volitivo, que se traduzem em "*representar e querer a realização do tipo*"[5]. De acordo com o entendimento de Maria Fernanda Palma[6],"*a ideia subjacente é a de que a forma específica de vontade correspondente ao dolo requer um certo nível de consciência ou conhecimento do facto descrito na lei penal e ainda uma determinada posição afetiva ou emocional perante esse facto*". E, como já foi dito, não poderá deixar de se identificar o comportamento doloso com uma certa noção de intencionalidade, como explica Maria Fernanda Palma, "*um total afastamento entre dolo e intencionalidade (…) preteriria absolutamente uma responsabilidade penal de culpa*"[7].

Assim, para aferir a imputação subjetiva, há que afirmar a vontade e intencionalidade do agente, neste caso, da pessoa coletiva. Esta vontade, para José De Oliveira Ascensão[8], não se descobre, é normativamente construída. Na construção da vontade coletiva, o conhecimento ou a vontade do agente físico é apenas um dos elementos a valorar, podendo os conhecimentos reais das pessoas singulares não corresponder à vontade funcional da pessoa coletiva. Germano Marques Da Silva[9], por sua vez, constrói a vontade e a culpa da pessoa coletiva com base na pluralidade de vontades e culpas dos titulares dos órgãos, relevando, portanto, a vontade do órgão que vincula a Sociedade e não as vontades particulares de cada um dos membros desse órgão, isto porque a lei se refere às infrações cometidas pelos órgãos da pessoa coletiva e não às infrações cometidas pelos respetivos titulares. Quanto a esta tese, Teresa Quintela De Brito[10] chama a atenção para o facto de a mesma, por importar para o Direito Penal os critérios jurídico-civis de construção da vontade coletiva, não ter em conta que *(i)* o facto punível raramente consiste numa mera deliberação do conselho de administração, e *(ii)* pode ser praticado por representantes em posição de liderança ou por pessoas com autoridade para exercer o controlo da atividade, sem que o mesmo esteja sustentado por uma qualquer deliberação do órgão representativo da pessoa jurídica.

5 Palma, 2013: 97.

6 Palma, 2011: ponto 2.

7 Palma, 2013: 99.

8 Brito, 2013: 1050.

9 Silva, 2009.

10 Brito, 2013: 1051, nota 2370.

Maria Fernanda Palma[11], por sua vez, entende que o dolo típico não depende tanto de um ato de vontade consciente do agente, mas sim de uma atribuição objetiva de significado a um dado contexto de ação, em termos de linguagem social da intencionalidade e das suas formas, motivo pelo qual se admite o recurso a critérios de experiência comum, desde que devidamente identificados, para demonstrar que a conduta do agente, naquelas circunstâncias, correspondeu a uma verdadeira deliberação de realização do facto típico. E será assim, desde logo, porque se a afirmação do dolo dependesse da prova da "vontade consciente do agente", essa mesma comprovação tornar-se-ia quase impossível, com efeito, de que forma se provaria um estado de espírito?

Deste modo, o elemento volitivo da pessoa jurídica, tal como da pessoa singular, constrói-se normativamente, a partir de "*critérios sociais de identificação dos modos de comportamento voluntário*" aplicados ao contexto da ação. Todavia, como adverte Adán Nieto Martín, "*a normativização dos elementos subjetivos e o recurso à prova indiciária não supõem o desaparecimento do substrato psíquico da responsabilidade, nem a objetivação do dolo*"[12], assunto que trataremos em sede de prova do dolo coletivo.

Por outro lado, quanto ao elemento intelectual, Maria Fernanda Palma[13] considera que este deverá ser considerado globalmente, isto é, não apenas como o conhecimento do facto, ou a sua representação, mas como o "*reconhecimento de si, da sua racionalidade e experiência anterior ao agir*". Para a Professora, apenasa "*a substância psicológica do comportamento do agente, reveladora de que ele deu de si mesmo ao ato*"[14] cumpre a função que a representação e o conhecimento têm enquanto critérios de efetiva motivação pela norma.

A imputação subjetiva do ente coletivo construir-se-á, como identifica Teresa Quintela De Brito[15], a partir do resultado da valoração do conhecimento, formal e informal, comprovado ao nível do setor em que o facto coletivo se verificou, e da interpretação das circunstâncias objetivo-coletivas do facto punível à luz da linguagem social dos motivos e da intencionalidade.

Para se afirmar o dolo coletivo é, por isso, necessário adotar um método de observação "subjetivo-coletivo", baseado no *corporate knowledge* e na *corporate*

11 Brito, 2013: 1053.

12 Brito, 2013: 1054.

13 Palma, 2011: Ponto 2.

14 Palma, 2011: Ponto 6.

15 Brito, 2013: 1054.

conscience. Assim, a afirmação do dolo coletivo «*depende do conhecimento detido, não exatamente ao nível das secções/departamentos "ocupados com a prática do facto", mas no plano da direção dessas secções/departamentos*», isto porque, por um lado, apenas a direção pode vincular a sociedade, e, por outro lado, apenas a direção tem o efetivo domínio das medidas de organização e gestão coletiva que poderiam evitar o cometimento do tipo ilícito, detendo assim o domínio coletivo da organização, e como nos ensina Teresa Quintela De Brito, o domínio coletivo da organização para a execução do facto é o que constitui o fundamento material de punição das pessoas jurídicas[16]. No entanto, Teresa Quintela De Brito alerta que "*o domínio do facto tem de deixar de entender-se como domínio da a*ção típica por parte de quem a executa corporalmente (…) *O domínio do facto tem de transvertir-se em domínio social-normativo do acontecimento típico, já presente na autoria mediata e na autoria por comissão por omissão*"[17].

Quanto ao necessário conhecimento detido pelos centros de liderança e órgãos, reitere-se que, conforme entendimento de Maria Fernanda Palma, o elemento intelectual – conhecimento – deverá ser interpretado no "*sentido de comportamento reconhecível para o agente de acordo com os seus arquivos mentais e a sua consciência de si*"[18]. No plano das pessoas singulares, esta consideração significa "*que o agente viveu o seu comportamento como a conduta descrita no tipo legal de crime, de acordo com a sua experiência prévia e os quadros cognitivos atualizáveis de que dispõe*".[19-20] Desta forma, estaremos perante uma espécie de "dolo vivido"[21]. Estabelecendo um paralelo entre as pessoas singulares e as pessoas coletivas, no plano destas últimas, poderemos assim afirmar que o elemento intelectual não se aferirá através do conhecimento detido pelos centros de liderança e órgãos num determinado momento histórico, mas sim de acordo com a já referida "linguagem social dos motivos e das formas de intencionalidade", através da sua forma de atuação, do seu *modus operandi* (que será feito da

16 Brito, 2013: 1057.

17 Brito, 2012: 164-165.

18 Palma, 2011: ponto 2.

19 Palma, 2011: ponto 2.

20 Como se afirma em Palma, 2011: nos atos volitivos nem sempre existe uma fase de consciência ou representação, que por sua vez, originará a ação; o que está em causa é "*um processamento de fenómenos de adapta*ção à *realidade que seleciona representações armazenadas no cérebro como meio de resposta aos estímulos exteriores*".

21 Este "dolo vivido" não se confunde com o dolo *in re ipsa*, isto é, com a configuração de dolo como comportamento exterior observável.

sinergia das condutas dos dirigentes, órgãos e centros de liderança do ente[22]), da sua "consciência de si".

A verificação do elemento intelectual do dolo, no plano das pessoas coletivas, afere-se, como já ficou dito, no âmbito dos centros de liderança e órgãos porque são estes que condicionam as ações da coletividade, "*somente os dirigentes da organização (ou de um dos seus sectores) se encontram em uma posição jurídica de dever idêntica* à do «dono do negócio» (embora restrita ao seu âmbito de responsabilidade pessoal), graças aos poderes e competências fácticas que o titular da organização lhe atribuiu (expressa ou tacitamente) *e por eles efetivamente exercidas*"[23]. O conhecimento ou desconhecimento do facto típico, relevante para a afirmação do dolo, tem de se verificar nos referidos dirigentes, sem que esse conhecimento se confunda com o dolo da pessoa coletiva. Na perspetiva da pessoa coletiva, afirmar-se-á o dolo considerando, simultaneamente, "*o conhecimento (i) detido pelo(s) líder(es) autor(es) do facto típico* [artigo 11.º, n.º 2, alínea a)]*, ou (ii) acumulado ao nível da direção do(s) setor(es) em que o facto punível ocorreu [alínea b)], bem como (iii) de outros dos órgãos ou centros de liderança funcionalmente "envolvidos" na respetiva prática* [artigo 11.º, n.º 4]. *Conhecimento que, como se disse, deverá confrontar-se com a valora*ção *à luz (i) das concretas circunstâncias de tal facto, e (ii) da interpretação permitida, desse contexto de a*ção, pela linguagem social dos motivos e das formas de intencionalidade"[24].

Ainda assim, ressalva-se que, em sede de imputação subjetiva, os contributos dos líderes (ou órgãos e centros de liderança) coletivos terão de ser sempre prestados no interesse coletivo, conforme a exigência legal do artigo 11.º, n.ºs 2 e 6, do Código Penal. Sublinhe-se que ser cometida "no interesse coletivo" significa que a infração afigurar-se-á "*objetivamente modelada, nos seus elementos, pelas condições crimógenas de organização ou funcionamento da pessoa jurídica e/ou pela sua filosofia de atuação jurídica e económica*"[25].

Mais se diga que o dolo coletivo não pressupõe automaticamente o dolo do dirigente que atuou no interesse da pessoa jurídica, uma vez que o dolo coletivo não se baseia apenas no conhecimento detido por esse dirigente, mas também na "*valoração das circunstâncias objetivo-coletivas da prática do crime*

22 Conforme entendimento de Brito, 2013: 1061.

23 Brito, 2010: 55.

24 Brito, 2013: 1058.

25 Brito, 2010: 57.

à luz da linguagem social dos motivos, da intencionalidade e das suas formas"[26]. Acresce qu, a individualidade da pessoa coletiva penalmente responsável e a irredutibilidade da pessoa singular à pessoa coletiva obstam à transferência do dolo da pessoa física para a pessoa coletiva, bem como, vice-versa.

Considerando o supra exposto e todos os contributos doutrinários, poderemos concluir que para se afirmar o dolo da pessoa coletiva há que atender a duas realidades: (i) por um lado, o conhecimento detido pelos centros de liderança e órgãos, sendo que este deve ser considerado numa perspetiva global, não circunscrito a um determinado momento histórico mas sim tendo em conta o seu *modus operandi;* no entanto, não nos basta para afirmar o dolo, verificar o conhecimento, será necessário, por outro lado, (ii) valorar as concretas circunstâncias à luz da "linguagem social dos motivos e da intencionalidade das suas formas", e para aferir esta segunda realidade teremos, como já ficou dito, de recorrer a critérios de experiência comum, devida e previamente identificados.

Portanto, nunca estaremos perante uma total normativização do dolo ou da negligência, sendo sempre necessário recorrer aos conhecimentos individuais de quem prestou o contributo para o facto típico. Desta forma, o conhecimento coletivo é constituído pela agregação dos "saberes" individuais, determinados pelo concreto sistema organizativo-corporativo da pessoa coletiva[27].

3. PROVA DO DOLO DA PESSOA COLETIVA

O dolo da pessoa coletiva tem de ser factualmente provado, da mesma forma que o dolo da pessoa singular. Não poderá ser presumido com base na atuação do dirigente e no pressuposto do seu conhecimento dos deveres jurídicos que recaem sobre os líderes da organização.

Na prova do dolo da pessoa coletiva, como na prova do dolo da pessoa singular, tratar-se-á de reconstruir significativo-normativamente a posição de vontade do agente (coletivo ou singular) perante o facto típico por ele realizado, e nessa reconstrução atender-se-á *(i)* às regras de experiência comum, *(ii)* à experiência anterior do agente e aos "quadros cognitivos atualizáveis" de que o agente dispõe, *(iii)* à interpretação dos critérios sociais de identificação dos modos de comportamento voluntário, e *(iv)* às normas jurídico-penais que definem os vários tipos de dolo (art. 14.º do Código Penal)[28].

26 Brito, 2013: 1061.

27 Brito, 2013: 1065.

28 Brito, 2013: 1070-1071.

Relativamente à interpretação dos critérios sociais, esta efetiva-se através de juízos de inferência, uma vez que o dolo, enquanto realidade do mundo interior do agente, a menos que seja pelo mesmo afirmado, só se poderá aferir com recurso à formulação de juízos de inferência e na presença de circunstancialismos objetivos, dotados de idoneidade e concludência **necessários para revelar** o nível de representação do agente.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 643/2009 estabelece a distinção entre o recurso a juízos de inferência para a prova do dolo e a presunção do dolo. Nesse sentido afirma que "*ao invés do que se sustenta, tal construção não assenta numa* «*grosseira presunção do dolo*»*, nem esconde qualquer forma de responsabilização* «*meramente objetiva*» *do titular do dever de garante. Trata-se, outrossim, do estabelecimento da base factual em que o dolo assenta através da consideração de elementos de prova indiciária ou circunstancial, obtida através dos chamados juízos de inferência*"[29].

Desta forma, o recurso à prova indiciária para a afirmação do dolo não revelado pelo agent, **não** implica a objetivação do elemento subjetivo através da sua redução a determinados factos que indicariam automaticamente o dolo. Naturalmente existe o risco de o recurso à prova indiciária em relação aos elementos subjetivos converter os indícios em regras de prova, mas para que tal não aconteça a reconstituição significativo-normativa da posição de vontade do agente tem de considerar a averiguação humana e juridicamente possível da sua experiência prévia e dos quadros cognitivos atualizáveis de que dispõe, em vez de tomar como padrão a "empresa média"[30].

Muito relevante no tema da prova do dolo coletivo é também o Acórdão do Tribunal n.º 250/2006, cuja análise se realizará de seguida.

4. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 250/2006

Esta decisão do Tribunal Constitucional é, como já se disse, bastante relevante para o estudo da prova do dolo coletivo.

Depois do Acórdão n.º 423/2004, também do Tribunal Constitucional, que aplicou aos partidos políticos coimas pelas infrações cometidas por estes em matéria de financiamento e organização contabilística, no ano de 2001, foi determinada a continuação dos autos com vista ao Ministério Público que veio, posteriormente, promover a responsabilização pessoal dos dirigentes dos

29 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 643/2009.

30 Brito, 2013: 1076.

mesmos partidos políticos. E é sobre a responsabilidade pessoal dos dirigentes que versa o Acórdão n.º 250/2006.

Particularmente relevante no Acórdão n.º 250/2006 é a análise da responsabilidade pessoal dos dirigentes do PPD/PSD e dos dirigentes do PS. Muito sucintamente, quanto aos dirigentes do PPD/PSD, as infrações em causa foram a ausência de contas abrangendo todo o universo partidário e a incompletude do inventário do património do Partido, durante o ano de 2001. Os dirigentes cuja eventual responsabilidade penal estava em análise eram o Secretário-Geral e o Secretário-Geral Adjunto para a área financeira, uma vez que, de acordo com os estatutos do Partido, estes eram os responsáveis pela elaboração e submissão à Comissão Política Nacional das contas e do orçamento do Partido. Os arguidos defenderam-se alegando a inadequação e imperfeição dos regulamentes financeiros. No entanto, foi considerado que os arguidos não podiam ignorar, e não ignoravam, enquanto dirigentes do Partido, a indispensabilidade de o Partido possuir contabilidade que incluísse todo o universo das suas estruturas e atividade, motivo pelo qual não se poderia, assim, deixar de se lhes imputar a correspondente falta a título doloso.

No que respeita aos dirigentes do PS, as infrações em causa consistiam na ausência de contas abrangendo todo o universo partidário, na incompletude do inventário do património do Partido e na ocorrência de situações de ilegal angariação de fundos, durante o ano de 2001. Deveriam, por isso, ser responsabilizados pela prática das referidas infrações os membros da Comissão Nacional de Fiscalização Económica e Financeira (CNEF) do PS, uma vez que, estatutariamente, este órgão era responsável por assegurar e fiscalizar a exatidão das contas, a atualização e veracidade do inventário dos bens e a legalidade e conformidade aos Estatutos da gestão administrativa e financeira do Partido. Os arguidos defenderam-se alegando que o CNEF tinha uma função meramente consultiva e escassa atividade no âmbito do controlo das contas. Porém, o Tribunal considerou que, por não terem adotado as providências adequadas para que as contas de 2001 abrangessem o universo do Partido e o inventário de bens estivesse devidamente organizado e atualizado, os arguidos participaram, com dolo, no cometimento das infrações, uma vez que as imposições legais infringidas reportavam-se a aspetos estruturantes e essenciais do financiamento e organização das contas dos partidos, e tais aspetos, pelo seu relevo, não poderiam ter escapado ao controlo dos titulares do órgão a que estava cometido o controlo e fiscalização da atividade financeira e patrimonial do Partido.

Maria Fernanda Palma votou vencida neste Acórdão, na parte em que decidiu condenar estes dirigentes pelas *supra* identificadas infrações.

A razão da divergência prendeu-se com a convicção da Professora de que "*não foi efetivamente apurada a culpa dolosa, não tendo sido efetivada a sua prova, a qual exclusivamente justificaria a responsabilidade pessoal por culpa dos arguidos, em face da lei*"[31].

Defendeu a Professora que, uma vez que se tratava de infrações consistentes na violação de deveres, as mesmas não deixavam de pressupor uma relação de "domínio" efetivo dos agentes sobre a verificação das irregularidades em causa, e dessa forma, não se poderia reduzir o apuramento da concreta responsabilidade ao apuramento da função estatutariamente definida, sem dar qualquer relevância à demonstração do concreto poder desses agentes. Tanto os dirigentes do PPD/PSD como os dirigentes do PS invocaram circunstâncias capazes de diminuir o efetivo domínio destes sobre o cumprimento dos deveres violados – no caso do PPD/PSD a inadequação e imperfeição dos regulamentos financeiros, os quais plausivelmente poderiam ser inadequados para o funcionamento das estruturas descentralizadas e para reunir os elementos necessários à consolidação das contas do Partido; no caso do PS, a função fundamentalmente consultiva do órgão e a escassa atividade da estrutura de controlo das contas. Ora, estes argumentos, no entendimento da Professora, "*suscitam desde logo uma dúvida razoável sobre o efetivo domínio pessoal dos arguidos sobre a violação dos deveres de prestação regular de contas pelos respetivos partidos*".

A Professora chamou a atenção para o facto de, embora tendo subscrito o Acórdão daquele Tribunal que imputou aos Partidos a que os arguidos pertencem a responsabilidade contraordenacional a título de dolo, desse facto não derivou automaticamente a responsabilidade pessoal dos dirigentes também a título de dolo: "*o facto de o partido, como um todo organizacional, poder ser responsável a título de dolo pelo conjunto de omissões, deficiências e irregularidades na prestação das contas, apenas significa que uma organização que tem condições de se autodisciplinar e organizar para cumprir a lei – neste caso, a lei em cuja elaboração ela própria colaborou através dos seus representantes parlamentares e da sua vontade política – decidiu não o fazer através de uma inércia ou ausência de vontade coletiva para evitar aquele desfecho*". Quando se entra no domínio da responsabilidade pessoal dos dirigentes é essencial demonstrar o domínio concreto sobre a organização, não bastando presumi-lo através da investidura formal de determinadas

31 Declaração de Voto de Maria Fernanda Palma, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 250/2006.

funções. De igual modo, no plano das pessoas coletivas mostra-se essencial, para a responsabilização penal do ente jurídico, demonstrar o "domínio da organização para a execução do facto típico"[32], nos termos já referidos. Acresce que é necessário demonstrar a representação do agente sobre a relação entre a sua conduta e o evento final, a violação dos deveres de prestação de contas.

No Acórdão *sub judice* não se mostrou provado o dolo, antes foi presumido através de ilações que se basearam em argumentos de possibilidade, sem comprovação factual, fundamentado na organização interna do Partido, na efetiva capacidade de controlo sobre a entidade jurídica dos dirigentes e na capacidade destes para a disciplinarem para o cumprimento da lei. Consequentemente, como identificou a Professora Fernanda Palma, o Acórdão assumiu uma lógica de *dolus in re ipsa*, derivando o dolo da ação. Desta forma, a omissão ou insuficiência da ação devida prova o dolo e a investidura formal de determinadas funções, neste caso pelos Estatutos partidários, exprimiu a possibilidade de representação da infração, o dolo. Mas como a Professora alerta, "*conhecimento da possibilidade e possibilidade de conhecimento são coisas bem diversas*".

Para poder afirmar-se o dolo ter-se-ia sempre de demonstrar, ainda que recorrendo a critérios de experiência comum identificados, que os arguidos representaram a sua participação pessoal no incumprimento da lei, mais ainda, ter-se-ia de demonstrar que a omissão dos agentes teria consubstanciado uma verdadeira deliberação de realização do facto típico como consequência, necessária ou possível, da sua conduta.

A Professora conclui dizendo que "*uma simplificação que prescinda da prova de todos os elementos do dolo, incluindo o emocional (mesmo que esta seja apenas a atitude de indiferença relativamente ao dever jurídico) não está fundamentada na lei nem muito menos é justificada por argumentos de eventual neutralidade ética destas condutas*". O Acórdão em análise criaria a possibilidade de uma progressiva e subtil perspetiva de responsabilidade objetiva, o que não se poderá aceitar.

5. CONCLUSÃO

Aqui chegados, importa agora tentar conjugar as ideias mais relevantes quanto a este tema.

Desde já diga-se que o fundamento para o dolo coletivo é o facto de uma pessoa coletiva, como um todo organizacional, enquanto organização que tem condições de se autodisciplinar e organizar para cumprir a lei, decidiu

32 Figura cunhada em Silva, 2008: 184 e ss.

não o fazer através de uma inércia ou ausência de vontade coletiva para evitar aquele desfecho.

Respondendo agora à questão levantada na Introdução: como poderemos afirmar que uma pessoa coletiva, não existente no plano físico, tem conhecimento ou vontade em realizar determinado tipo ilícito?

Parece-nos que a afirmação do dolo da pessoa coletiva não é assim tão diferente da construção do dolo da pessoa singular, naturalmente obedecendo a outras especificidades, desde logo pelo facto de a pessoa coletiva não existir no plano físico, mas quanto a este aspeto, como já se disse, a pessoa coletiva existe e atua através das pessoas singulares que a compõem, isto é, através dos seus dirigentes (centros de liderança e órgãos). Consequentemente, a vontade e conhecimento da pessoa coletiva afere-se partindo do conhecimento desses mesmos sujeitos. Como já ficou dito, considerando que são os dirigentes que condicionam as ações da coletividade, o conhecimento ou desconhecimento do facto típico, relevante para a afirmação do dolo, tem de se verificar nesses dirigentes, sem que esse conhecimento se confunda com o dolo da pessoa coletiva.

A construção do dolo da pessoa coletiva, à semelhança do que se verifica quanto à pessoa singular, constrói-se normativamente, a partir dos "critérios sociais de identificação dos modos de comportamento voluntário", releva a prova do conhecimento acumulado, através de vias formais e informais de comunicação, ao nível do setor em que o facto típico ocorreu, confrontado com a linguagem social da intencionalidade e das suas formas. Efetivamente, releva o conhecimento organizativo, independente, coletivo ou sistémico da pessoa coletiva. Todavia esse conhecimento não implica automaticamente o dolo do ente jurídico. O referido dolo corresponderá à atribuição significativo-normativa, considerando a interpretação das circunstâncias objetivas-coletivas da prática do facto, uma vez mais, à luz da linguagem social da intencionalidade[3333].

Quanto à prova deste dolo, quando o mesmo não seja afirmado pelo agente, recorrer-se-á à prova indiciária ou circunstancial, à semelhança do que acontece na pessoa singular.

Conforme entendeu o Tribunal Constitucional, a afirmação do dolo faz-se com recurso a juízos de inferência, perante circunstancialismos objetivos, dotados de idoneidade e concludência necessários a revelá-lo. Desta forma, não se trata de um "dolo presumido" uma vez que será considerado, na reconstituição significativo-normativa da posição do agente, a averiguação humana

33 Assim, Brito, 2013: 1061.

e juridicamente possível da sua experiência prévia e dos quadros cognitivos atualizáveis de que dispõe.

Em suma, parece-nos que o modo de aferir e provar oo dolo da pessoa coletiva não é substancialmente diferente da construção do dolo da pessoa singular, o que se verifica é uma adaptação dos mesmos pressupostos ("*representar e querer a realização do tipo*") à realidade organizativo-corporativa do ente coletivo.

BIBLIOGRAFIA

Albuquerque, Paulo Pinto de
2008 *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora.
Brito, Teresa Quintela de
2010 "Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, n.º 1, Janeiro-Março, pp. 41-71.
2012 "Domínio do Facto, Organizações Complexas e Autoria dos Dirigentes", *Direito Penal Económico e Financeiros. Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 163-200.
2013 *Domínio da Organização para a execução do facto: responsabilidade de entes coletivos*, Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico- Criminais), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito.
Dias, Jorge de Figueiredo
2007 *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais*, Tomo I, 2.ª ed., Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editor
Palma, Maria Fernanda
2011 "O Dolo e o Erro – Novas Leituras do Elemento Intelectual do Dolo", *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora.
2013 *Direito Penal. Parte Geral. A teoria Geral da infracção como teoria da decisão penal,* Lisboa. AAFDL.
Silva, Germano Marques da
1997 *Direito Penal Português. Parte Geral. Introdução e Teoria da Lei Penal*, Vol. I, Lisboa: Editorial Verbo.
1998 *Direito Penal Português. Parte Geral. Teoria do Crime*, Vol. II, Lisboa: Editorial Verbo.
2009 *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Lisboa: Editorial Verbo.

IMPUTAÇÃO SUBJETIVA: COMO SE CONSTRÓI E PROVA O DOLO DA PESSOA JURÍDICA – ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Maria João Almeida Semedo[*]

Abstract: *The analysis of recent Constitutional Court jurisprudence shows a tendency towards the objectivisation of legal person liability. However, and in the same way as the natural person, the intent of the legal person has to be proven. It cannot be presumed from operating in a certain sector of activity neither from a probable knowledge of the legal duties that falls on its agents.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A posição do Tribunal Constitucional quanto ao dolo da pessoa coletiva. 3. Construção do dolo da pessoa coletiva. *3*.1. Dolo da pessoa coletiva. 3.2. Prova do dolo da pessoa coletiva. 4. Breves considerações acerca da posição do Tribunal Constitucional. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se efetuar uma breve análise sobre a tendência jurisprudencial no que concerne à verificação e prova do dolo da pessoa coletiva. Em conformidade com o que sucede com a pessoa singular, o dolo da pessoa jurídica tem de ser provado, não se podendo construir a partir da atuação em certo sector de atividade, nem de um provável conhecimento dos deveres jurídicos que recaem sobre os agentes de tal atividade.

A Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, consagrou, pela primeira vez no Código Penal português, o regime da responsabilidade penal das pessoas coletivas, atual artigo 11.º. Porém, por se tratar de uma realidade relativamente recente

---

* O presente artigo corresponde, em grande medida, ao texto apresentado pela autora na disciplina Direito Penal IV, do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no ano de 2016, sob regência da Senhora Professora Doutora Teresa Quintela de Brito.

e particularmente complexa, a responsabilização das pessoas coletivas continua a ser alvo de aceso debate, à qual não é alheia a temática do dolo.

Neste breve texto a par da análise da problemática da construção do dolo das pessoas coletivas impõe-se, ainda, uma análise à questão da prova do dolo das pessoas coletivas, que sabemos não se pode presumir da responsabilidade das pessoas singulares, nem com ela se confunde.

A prova do dolo da pessoa coletiva tem sido objeto de numerosas pronúncias do Tribunal Constitucional. E se, atualmente, tem sido constante e reiterada uma objetivização da responsabilidade, esta posição não está isenta de controvérsia. Vejamos.

2. A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUANTO AO DOLO DA PESSOA COLETIVA

O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 250/2006[1], foi chamado a pronunciar-se sobre a regularidade e a legalidade das contas dos partidos políticos, e apurar a respetiva responsabilidade contraordenacional, dos partidos políticos e seus dirigentes, nos termos previstos na Lei do financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais. Nessa sede ficou decidido que, tendo em conta o enquadramento estatutário, "*os arguidos* (…) *participaram pessoalmente na prática das infraç*ões consistentes na não apresentação de contas abrangendo todo o universo partidário (…)" pois, "*não podiam os arguidos ignorar – e não ignoravam –, enquanto dirigentes do PPD/PSD, que da Lei n.º* 56/98 decorria a indispensabilidade de o Partido possuir uma contabilidade que abrangesse todo o universo das suas estruturas e *atividades*; *não pode, assim, deixar de se lhes imputar a correspondente falta a título de dolo*". Concluiu o tribunal que "*ao não terem adotado as providências adequadas para que a conta de 2001 abrangesse o universo do Partido e o inventário dos bens estivesse devidamente organizado e atualizado, os arguidos participaram, com dolo, no cometimento das infraç*ões". Nesse mesmo acórdão, e no que concerne à responsabilidade dos dirigentes do PS, concluiu-se que, por se tratar de "*elementos estruturantes e essenciais do financiamento e organização das contas dos partidos*", os mesmos, "*pelo seu relevo, não poderiam ter escapado ao controlo dos titulares do órgão a quem estava cometido, segundo os estatutos do PS, o controlo e fiscalização da gestão financeira e patrimonial do Estado*".

1 Acórdão n.º 250/2006, de 4 de abril de 2006, do Tribunal Constitucional, Processo n.º 9/CPP.

Diversamente, na declaração de voto a este acórdão, Maria Fernanda Palma entende não ter sido efetivamente apurada a culpa dolosa. Defendendo que "*não se poderia, desde logo, reduzir o apuramento da concreta autoria da infra*ção à participação num órgão responsável ou ao desempenho de uma dada função sem dar qualquer relevância à demonstração do concreto poder desses agentes, para além das suas atribuições estatutárias". E acrescenta: "*não deriva automaticamente da responsabilidade da pessoa coletiva a responsabilidade pessoal dos seus dirigentes*. É apenas uma responsabilidade concorrente com aquela, mas com pressupostos e sentido distinto". A responsabilidade criminal dos dirigentes não se basta com a investidura formal em certas funções, sendo, ao invés, necessário o exercício efetivo dessas funções, ou seja, o domínio concreto sobre a organização. Ao que deve acrescer "*a representação do agente sobre a relação entre a sua conduta* (…) *e o evento final: a violação dos deveres de prestação de contas em certos termos*". A prova produzida *in casu*, segundo Maria Fernanda Palma, baseia-se em argumentos de possibilidade, sem qualquer comprovação fatual, ou seja, assenta numa lógica de presunções de dolo: "*a relativa inércia ou insuficiência da ação devida prova o dolo e a participação em órgãos do partido com certas funções exprime, pela possibilidade de representação da infra*ção, o dolo (presunção de dolo)".

Todavia, para se poder afirmar o dolo teria de ficar demonstrado que os arguidos "*representaram a sua participação pessoal no incumprimento da lei*" e, ainda, que existira uma verdadeira deliberação de realização do facto típico como consequência possível ou necessária da sua conduta. Conclui que o entendimento sufragado por este acórdão subscreve a perspetiva de responsabilidade objetiva, que só pode ser rejeitada.

No mesmo sentido se pronunciou a doutrina do acórdão nº 643/2009, seguida pelos acórdãos n.º 87/2010[2], n.º 316/10[3] e n.º 77/2011[4], todos do Tribunal Constitucional.

No Acórdão n.º 643/2009[5] foi sustentado, quanto à imputação subjetiva, que o incumprimento resulta da violação do dever de garante, que pressupõe "*o dever de interferir e influenciar as circunstâncias já conhecidas, e com potencialidade comprovadamente comprometedora da possibilidade de alcançar o resultado*

2 Acórdão n.º 87/2010, de 3 de março de 2010, do Tribunal Constitucional, Processo n.º 2/CCE.

3 Acórdão n.º 316/2010, de 14 de julho de 2010, do Tribunal Constitucional, Processo n.º 4/CCE.

4 Acórdão n.º 77/2011, de 8 de fevereiro de 2011, do Tribunal Constitucional, Processo n.º 5/CCE.

5 Acórdão n.º 643/2009, de 15 de dezembro de 2009, do Tribunal Constitucional, Processo n.º 12/CPP.

juridicamente conforme, no sentido de impedi-las de continuar a condicionar negativamente (aqui pela sexta vez consecutiva) o cumprimento da obrigação legal. Omitindo procedimentos ao seu alcance suscetíveis de anular o elevado risco de superveniente incumprimento da obrigação, o arguido promoveu causalmente o resultado proibido, tornando-se pessoalmente responsabilizável como autor do facto ilícito." Rejeitando veementemente que esta posição assente numa "grosseira presunção do dolo", sustentou-se ali que "*o arguido teve consciência e representou as circunstâncias do facto que preenche o tipo de ilícito objetivo – ou seja, o dever legal de apresentação de uma conta consolidada, a inabilitação das práticas e procedimentos anteriormente seguidos para assegurar o respetivo cumprimento e a indispensabilidade de intervir para os substituir por outros tecnicamente aptos a viabilizar tal cumprimento – e previu a possibilidade de, sem um outro tipo de atua*ção sua, tal resultado vir a repetir-se conformando-se com essa possibilidade", não quer isto significar uma presunção de dolo, nem responsabilização objetiva, mas tão somente "*o estabelecimento da base fatual em que o dolo assenta através da consideração de elementos de prova indiciária ou circunstancial, obtida através dos chamados juízos de inferência*".

Sobre os juízos de inferência já se havia pronunciado o Acórdão n.º 86/2008[6] no seguinte sentido: "*a prova indiciária ou circunstancial, obtida através dos chamados juízos de inferência, constitui um meio probatório admissível no âmbito da afirmação dos factos integrativos da responsabilidade. Para além de admissível em termos gerais, o meio probatório em questão assumirá decisiva relevância no âmbito da caracterização do 'conteúdo da consciência de um sujeito no momento em que este realizou um facto objetivamente típico», em particular ao nível da determinação da «concorrência dos processos psíquicos sobre os quais assenta o dolo'. (cfr. Ramon Ragués I Vallès, El dolo y su prueba en el processo penal, J.M. Bosch Editor, 1999, pg. 212 e ss.)".* Acrescentando: "*isto porque, conforme sabido é, o dolo ou, melhor, o nível de representação que a sua afirmação supõe sob um ponto de vista fáctico –, uma vez que se estrutura sobre realidade pertencente ao mundo interior do agente, apenas se tornará apreensível, na hipótese de não ser dado a conhecer pelo próprio, através da formulação de juízos de inferência e na presença de um circunstancialismo objetivo, dotado da idoneidade e concludência necessárias a revelálo*".

No Acórdão n.º 316/2010, na esteira do Acórdão n.º 87/2010, concluiu-se que os factos em que se consubstanciam as ilegalidades e irregularidades verificadas "*devem ser imputados ao Partido e à sua mandatária financeira* (…), *a*

6 Acórdão n.º 86/2008, de 13 de fevereiro de 2008, do Tribunal Constitucional, Processo n.º 10/CPP.

título de dolo", pois "*está sempre em causa o cumprimento de regras específicas* (…) *que os partidos e os mandatários financeiros não podem, em consciência, deixar de conhecer, pelo que o incumprimento dos deveres decorrentes da Lei n.º* 19/2003 deve, na ausência de motivos justificativos, (…) *ser-lhes imputado a título de dolo*". É também esta a fundamentação na base da posição do acórdão n.º 77/2011.

3. CONSTRUÇÃO DO DOLO DA PESSOA COLETIVA

3.1. Dolo da pessoa coletiva

Não cabe na ideia de Estado de Direito um direito sancionatório que responsabilize alguém por factos que não praticou ou por factos que praticou sem culpa. Essencial, como diz Figueiredo Dias, é que se verifique que a conduta seja culposa, que o "facto possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aquele se revelar expressão de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual ele tem por isso de responder perante as exigências do dever-ser sócio comunitário"[7]. E isto vale para a culpa jurídico-penal como para todas as categorias integrantes da noção de facto punível[8]. Destarte, determina o artigo 13.º do Código Penal que só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.

O dolo do tipo pode ser entendido como conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo de ilícito; o conhecimento (momento intelectual) e vontade (momento volitivo) da realização do facto[9]. É o elemento volitivo, quando ligado ao elemento intelectual requerido, que "verdadeiramente serve para indiciar (embora ainda não para fundamentar) uma posição ou atitude do agente contrária ou indiferente à norma de comportamento"[10] e traduz a culpa dolosa. Destarte, o dolo do tipo não se basta com o conhecimento, necessário é que a prática do facto seja presidida por uma vontade dirigida à sua realização[11].

No que diz respeito à pessoa coletiva, o Código Penal português adotou dois critérios de imputação jurídico-penal: o critério formal e o critério material.

---

7 Figueiredo Dias, 2011: 274.

8 Figueiredo Dias, 2011: 275.

9 Figueiredo Dias, 2011: 350.

10 Figueiredo Dias, 2011: 350.

11 Figueiredo Dias, 2011: 366.

Com efeito, para responsabilizar penalmente uma pessoa coletiva, o Código Penal exige o cumprimento de dois requisitos cumulativos: por um lado, exige o requisito formal ligado à qualidade do agente do crime, impondo que o crime seja praticado por quem ocupe uma posição de liderança; e, por outro, exige o requisito material ligado a atuação funcional, impondo que o facto seja praticado em nome e no interesse da pessoa coletiva.

Assim, o cerne do critério de imputação do facto reside na atuação da pessoa singular que ocupa uma posição de liderança no seio da pessoa coletiva. As ações e omissões daquela constituem o nexo de imputação à pessoa coletiva.[12] A lei exige que o crime seja cometido por pessoas que nela ocupem uma posição de liderança, ou por quem aja sob a autoridade dessas pessoas (artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal). O Direito português não consagra o princípio geral de responsabilidade criminal das pessoas coletivas, pois, de acordo com Paulo Pinto de Albuquerque, "uma tal amplitude de responsabilidade redundaria numa imputação criminal objetiva às pessoas singulares que dirigem a pessoa coletiva, baseada na constatação de um suposto defeito de organização ou risco inerente à atividade da pessoa coletiva, que seriam imputáveis aos dirigentes".[13]

A lei exige, para que a pessoa coletiva seja penalmente responsável, que o crime seja cometido em seu nome e no interesse coletivo, por pessoas que ocupem uma posição de liderança na sociedade (artigo 11.º, n.º 2, al. *a)* do Código Penal), ou por uma pessoa sob a autoridade destas, quando o cometimento do crime se tenha tornado possível em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem (artigo 11.º, n.º 2, al. *b),* do Código Penal)[14]. Daqui decorre que, para haver responsabilidade penal da pessoa coletiva, necessário é que a pessoa coletiva seja o centro de imputação

12 Pinto de Albuquerque, 2006: 5.

13 Pinto de Albuquerque, 2006: 5.

14 A alínea *b)* do n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal português prevê a responsabilidade penal das pessoas coletivas quando a prática de um crime por uma qualquer pessoa singular tenha sido possível em virtude da violação dos deveres de vigilância ou controlo de quem exerce poderes de liderança, autoridade e direcção. "O elemento de conexão nestes continua a ser a pessoa que ocupa uma posição de liderança e que violou os seus deveres de vigilância ou controlo. E isto, porque quem ocupa uma posição de liderança tem o domínio da organização e a obrigação de evitar a prática de factos ilícitos pelos seus membros subordinados. (...) Assim, só se poderá responsabilizar a pessoa coletiva se for possível imputar o facto à pessoa singular que ocupe uma posição de liderança, através da comprovação de que a prática do crime foi possível em virtude do incumprimento dos deveres de vigilância ou controlo que incumbiam à pessoa com autoridade". Porém, "por estarem em causa organizações empresariais complexas, com muitos níveis de actuação e decisão, é, por vezes, muito difícil encontrar quem praticou o crime em nome da sociedade e no interesse coletivo, quem detém a posição de liderança e quem violou os deveres de vigilância ou controlo". Cfr. Assunção, 2013: 86.

dos factos, ou seja, que aqueles que obrigam a pessoa coletiva tenham atuado no nome e no interesse dessa mesma pessoa coletiva[15]. E, neste sentido, a exigência de o crime ser cometido no nome e no interesse da pessoa coletiva traduz uma vontade própria da pessoa coletiva orientada para a prática do ato criminoso.

Mas não basta que formalmente o ato possa ser imputado à pessoa coletiva como ato seu para que seja por ele responsável criminalmente. A lei exige que o facto e a culpa sejam da pessoa coletiva. A lei exige que, em primeiro lugar, se verifiquem os elementos do crime (ação e culpa) ao nível da pessoa ou pessoas físicas que o cometeram, e só em razão da qualidade funcional em que estes agentes físicos atuaram é que o facto poderá ser imputado à pessoa coletiva. Deste modo, diz-nos Germano Marques da Silva, "o crime, em todos os seus elementos, além de imputável àqueles que, tendo aquela qualidade, atuaram pela pessoa coletiva é também imputável à pessoa coletiva[16]. Todavia, não quer isto significar que a responsabilidade das pessoas coletivas esteja dependente da das pessoas físicas, mas tão somente significar que é a partir do facto e da culpa daquelas pessoas físicas que se há de configurar a responsabilidade das pessoas coletivas. O que vem refletido no n.º 7 do artigo 11.º do Código Penal[17]. A responsabilidade da pessoa coletiva é uma responsabilidade autónoma; ou no dizer de Germano Marques da Silva: "a responsabilidade da pessoa coletiva é uma responsabilidade por facto e culpa própria"[18]. Sabemos que a culpa não é comunicável, pelo que, não obstante a imputação do facto ter de se verificar em relação à pessoa física (as pessoas coletivas atuam através das pessoas singulares), a responsabilidade pode ser distinta, podendo ser excluída a culpa da pessoa física e não a da pessoa coletiva[19].

Como supra referido, não há responsabilidade penal sem culpa e a responsabilidade das pessoas coletivas há de sê-lo por facto e culpa própria. A pessoa coletiva possui vontade própria e a sua responsabilidade penal advirá

15 Marques da Silva, 2012: 387.

16 Marques da Silva, 2012: 387.

17 Defende Filipa Assunção que "este artigo permite assegurar a eficácia da responsabilidade penal das pessoas coletivas nos casos em que não é possível imputar os crimes cometidos no seio de uma sociedade a uma pessoa singular em particular (...)", pois "mostra-nos que é possível, em determinadas situações, responsabilizar o agente singular sem responsabilizar a sociedade (...) e que também é possível responsabilizar a pessoa coletiva sem responsabilizar o agente individual" (Assunção, 2013: 90).

18 Marques da Silva, 2012: 402.

19 Marques da Silva, 2012: 388.

da verificação da sua própria culpa. A culpa do agente físico é assim condição necessária, mas não suficiente para a imputação subjetiva do facto ilícito à pessoa coletiva[20]. O legislador parte da ideia que o crime pode ser imputado à pessoa coletiva, porque os factos materiais cometidos pela pessoa física refletem a vontade coletiva de os praticar[21].

Mas como se constrói o dolo da pessoa coletiva?

Segundo Carlos Gómez-Jara Diez, "para realizar a imputação subjetiva a determinada pessoa – física ou jurídica –, 'relevante é a existência de determinados indícios, que permitam atribuir significativamente determinado conhecimento em determinado momento. Portanto, ao abrigo de um conceito normativo de dolo, este é imputado com base em determinados indícios – 'no caso das organizações empresariais, graças aos contributos da teoria da organização'"[22].

Maria Fernanda Palma sustenta que "o dolo típico não depende tanto de um ato de vontade consciente do agente, quanto de uma atribuição objetiva de significado a um dado contexto de ação, em termos de linguagem social de intencionalidade e das suas formas. Por isso admite que se recorra a critérios de experiência comum – devidamente identificados – para demonstrar que a conduta do agente, naquelas concretas circunstâncias, correspondeu a uma verdadeira deliberação de realização do facto típico[23].

Por sua vez, para Teresa Quintela de Brito, "a imputação subjetiva do ente é o resultado, por um lado, da valoração do conhecimento (formal e informal) comprovadamente acumulado ao nível do(s) setor(es) em que o facto coletivo se verificou, bem como da direção da pessoa jurídica; por outro, da interpretação das circunstâncias objetivo-coletivas do facto punível à luz da linguagem social dos motivos, da intencionalidade e das suas formas"[24].

Tendo presente que apenas os dirigentes podem vincular a coletividade, é o conhecimento ou desconhecimento do facto típico, comprovado ao nível dos dirigentes, que releva para a verificação do dolo da pessoa jurídica. Determinante é a consideração do "saber acumulado ao nível dos órgãos e centros de liderança

20 Germano Marques da Silva *apud* Quintela de Brito, 2012: 581.

21 Germano Marques da Silva *apud* Quintela de Brito, 2012: 582.

22 Carlos Gómez-Jara Diez *apud* Quintela de Brito, 2012: 1052.

23 Declaração de voto ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 250/2006.

24 Quintela de Brito, 2012: 1054-1055.

funcionalmente envolvidos na prática do facto punível a imputar ao ente"[25]. Daqui decorre que pode existir dolo coletivo, sem que se verifique dolo do líder que prestou um contributo típico ou atípico para a prática do facto punível a imputar ao ente.

Como supra referido, a pessoa jurídica atua dolosamente sempre que se comprove o conhecimento detido pelos líderes autores do facto típico (alínea *a)* do n.º 2 do artigo 11.º do CP), ou acumulado ao nível do sector em que o facto ocorreu (al. *b)* do n.º 2 do artigo 11.º do Código Penal) e dos órgãos funcionalmente envolvidos na prática do facto (n.º 4 do artigo 11.º do Código Penal)[26].

Defende Teresa Quintela de Brito que "o dolo da organização deve construir-se, em qualquer caso, sobre a base dos conhecimentos individuais de quem prestou um contributo típico ou atípico para a prática do facto punível a imputar ao ente. Só assim se evita a inteira normativização do dolo e da negligência da pessoa jurídica, assegurando-se a sua referência a factos subjetivos "reais"[27].

E prossegue sustentando que "o dolo coletivo não é mera soma ou agregação dos conhecimentos individuais de quem, típica ou atipicamente, participou na prática do facto punível a imputar ao ente. A essas pessoas físicas poderá faltar (…) a consciência do facto global, que, todavia, se encontra na pessoa jurídica"[28]. Assim, o que se revela determinante é "o conhecimento organizativo, ou seja, um conhecimento coletivo ou sistémico da pessoa jurídica"[29]. Assim, na construção do dolo coletivo relevam para além dos conhecimentos das pessoas físicas (artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal), os conhecimentos "acumulados nos órgãos e centros de liderança da pessoa jurídica cujos contributos exprimem um domínio da organização para a execução desse facto. Deste modo, limita-se a imputação ao ente do saber coletivo àquele que releva para a imputação subjetiva daquele facto"[30].

No mesmo sentido pronunciou-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 06-04-2011[31]: "*a pessoa coletiva, sendo um ente jurídico a se, a que se*

25 Quintela de Brito, 2012: 1060.

26 Quintela de Brito, 2012: 1058.

27 Quintela de Brito, 2012: 1065.

28 Quintela de Brito, 2012: 1065.

29 Quintela de Brito, 2012: 1065.

30 Quintela de Brito, 2012: 1066.

31 Acórdão do TRL de 06-04-2011, Processo nº 1.724/09, Relator A. Augusto Lourenço.

atribuem direitos e obrigações, é dotada de vontade própria que nasce e vive do encontro de vontades individuais dos seus membros, que não pode confundir-se com a vontade singular de cada um deles em particular. É uma nova realidade, reconhecida pela ordem jurídica como um centro autónomo de relações jurídicas". E acrescenta: "*a vontade coletiva que a anima não é um mito, concretiza-se em cada etapa importante da sua vida pela reunião, a deliberação e o voto da assembleia-geral,* (…) *é capaz de cometer crimes tanto como a vontade individual*". E, no que concerne à prova, sustentou o tribunal: "*se analisarmos toda a documentação que originou os autos em apreço* (…), *conclui-se que foi a vontade da pessoa coletiva que atuou, contratou, informou e interagiu, sempre, com as demais entidades envolvidas, e não a vontade individual dos seus administradores e diretores individualmente considerados*. Entendeu-se, pois, que a responsabilidade da pessoa coletiva não é reflexa ou indireta da vontade dos seus dirigentes. As pessoas coletivas são responsáveis autonomamente sempre que se prove que os factos que lhe são imputáveis tiverem sido praticados, no exercício das respetivas funções ou em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores. E como se realiza esta prova?

3.2. Prova do dolo da pessoa coletiva

De acordo com Teresa Quintela de Brito, "à semelhança da pessoa singular, o dolo da pessoa jurídica tem de ser factualmente comprovado. Não pode ser deduzido da comissão do facto punível a partir da organização de que é titular, nem presumido a partir da atuação em certo sector de atividade e do suposto conhecimento dos deveres jurídicos que recaem sobre os agentes de tal atividade"[32].

Defende Teresa Quintela de Brito, na esteira de Maria Fernanda Palma e Günter Heine, que "para a afirmação do dolo do ente coletivo, releva a prova do conhecimento acumulado, através das vias formais e informais de comunicação, ao nível do sector em que o facto ocorreu e da direção da pessoa jurídica, confrontado com o concreto contexto em que ocorreu o facto penal e com a linguagem social da intencionalidade e das suas formas"[33].

Todavia, na declaração de voto ao Acórdão n.º 250/2006, Maria Fernanda Palma parece aceitar uma responsabilidade da pessoa coletiva que assenta numa lógica de *dolus in re ipsa*, pois aceita o facto de uma pessoa coletiva, enquanto

32 Quintela de Brito, 2012: 1066.

33 Maria Fernanda Palma *apud* Quintela de Brito, 2014: 3.

um todo organizacional, poder ser responsável, a título de dolo, pelo conjunto das ações, omissões e deficiências praticados, em decorrência de a organização ter capacidade para se autodisciplinar e organizar a fim de cumprir a lei, mas decidir não o fazer através de uma inércia ou ausência de vontade coletiva. E, em sentido diverso, no que se refere ao domínio da responsabilidade pessoal de dirigentes, sustenta que "não só é necessário verificar o domínio concreto sobre a organização, não bastando derivá-lo formalmente da investidura em certas funções (neste caso estatutárias), como também se tem de verificar a representação do agente sobre a relação entre a sua conduta (neste caso omissiva) e o evento final a violação dos deveres de prestação de contas em certos termos"[34].

No que concerne à prova da intencionalidade da conduta da pessoa coletiva (arguida) e ao conhecimento da ilicitude e punibilidade de tal conduta, entendeu o Tribunal da Relação, no referido acórdão de 06-04-2011[35], que andou bem o Tribunal recorrido, ao fundar a sua convicção "*nas normais regras de experiência comum, segundo as quais, de modo indiscutível e que não oferece quaisquer dúvidas, dizendo os factos mencionados diretamente respeito à sua própria estrutura interna, atividade, património, operações financeiras e relações com o mercado, jamais poderia desconhecer que prestava informações incorretas*", mais afirmando que, "*dado que o dolo pertence à vida interior de cada um* (…)*, só é possível captar a sua existência através de factos materiais comuns de que o mesmo se possa concluir*", donde se admitir a sua comprovação por meio de presunções, ligadas às regras da experiência comum.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A posição seguida pelo Tribunal Constitucional nos referidos acórdãos, ao admitir que a inércia da ação faz prova do dolo, traduz uma violação do princípio da culpa por presunção do dolo. Ora, ao contrário desta posição, defende Teresa Quintela de Brito que o dolo da pessoa jurídica tem que ser comprovado, estando vedada a sua dedução – "*da comissão do facto punível a partir da organização coletiva*"[36]–, ou presunção com base no "suposto conhecimento dos deveres jurídicos que recaem sobre os agentes de tal atividade"[37].

---

34 Acórdão nº 250/2006, de 4 de abril de 2006, do Tribunal Constitucional, Processo n.º 9/CPP

35 Acórdão do TRL de 06-04-2011, Processo n.º 1.724/09, Relator A. Augusto Lourenço.

36 Quintela de Brito, 2012: 1068.

37 Quintela de Brito, 2012: 1068.

Como salientou Maria Fernanda Palma, no voto de vencido ao Acórdão n.º 250/2006 (embora referindo-se à responsabilidade das pessoas singulares), a doutrina na base da posição do referido acórdão assenta numa lógica de *dolus in re ipsa (a inércia ou insuficiência da ação devida prova o dolo)* e de presunções de dolo (o desempenho de certas funções em órgãos do partido exprime, pela possibilidade de representação da infração, o dolo). Nos vários acórdãos do Tribunal Constitucional a posição de membro de órgãos estatutariamente competentes para a função em causa funda o conhecimento das obrigações em causa, e a não adoção de providências adequadas a cumprir tais obrigações constitui participação com dolo no cometimento das correspondentes infrações. Pois, segundo a orientação do Tribunal Constitucional, "*não podiam os arguidos ignorar – e não ignoravam –, enquanto dirigentes* (…) *a indispensabilidade de o Partido possuir uma contabilidade que abrangesse todo o universo das suas estruturas e atividades*"[38], não podendo, assim, deixar de se lhes imputar a correspondente falta a título de dolo.

Mesmo tendo presente que, no caso do Acórdão n.º 250/2006, estamos no âmbito do direito de mera ordenação social, o mesmo não invalida que se proceda a uma afirmação do dolo de forma idêntica à que ocorre quanto à responsabilidade das pessoas singulares. Nestes termos, uma afirmação do dolo que prescinda da prova de todos os seus elementos não tem amparo na lei, nem pode ser justificada com base numa eventual neutralidade ética destas condutas. Quanto muito, a eventual neutralidade das condutas do direito de mera ordenação social apenas justifica uma especial atenção ao conhecimento da proibição e à compreensão do real alcance desta em face da conduta adotada pelo agente.

Maria Fernanda Palma, na declaração de voto ao supra citado acórdão, defende que: "não está, aliás, em causa, na análise em que fundamento as minhas objeções ao Acórdão, a mera defesa doutrinária de uma conceção de dolo, mas também uma divergência de fundo quanto à questão da prova do dolo exigida pelo princípio da culpa a partir de uma conceção legal que pressupõe um elemento volitivo do dolo". E salienta: "todas as irregularidades na prestação de contas pelos partidos políticos se perfilarão dolosas, logo que se esteja perante uma organização com 'condições de se autodisciplinar e organizar para cumprir a lei', e se entenda que a 'inércia ou ausência de vontade coletiva para evitar

38 Acórdão nº 250/2006, de 4 de abril de 2006, do Tribunal Constitucional, Processo n.º 9/CPP.

aquele desfecho' provam o dolo (*dolus in re ipsa*)"[39]. O que, segundo Teresa Quintela de Brito, "implica uma sistemática afirmação do dolo coletivo (…) e, consequentemente, uma responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas"[40].

A doutrina seguida pelos acórdãos do Tribunal Constitucional parece abrir caminho a uma perspetiva de responsabilidade objetiva, que, segundo Teresa Quintela de Brito, é de rejeitar[41]. Destarte, para Teresa Quintela de Brito, a prova do dolo, também na pessoa jurídica, implica uma "reconstrução significativa-normativa da posição de vontade do agente (singular ou coletivo) perante o facto objetivamente típico por ele realizado"[42]. E nessa reconstrução, sustenta, deverá atender-se às regras da experiência comum e proceder a uma interpretação social-normativa do concreto circunstancialismo da ação, de modo a apurar a intencionalidade na prática do facto[43].

5. CONCLUSÃO

Sabemos que as pessoas coletivas agem por intermédio de pessoas singulares. Assim, e conforme determina o Código Penal, só pode haver lugar a responsabilidade das pessoas coletivas quando o crime for cometido através de uma ação ou omissão de pessoa qualificada, e que o facto seja praticado em nome e no interesse da pessoa coletiva.

E aqui relevam as funções efetivamente exercidas no seio da organização, ou seja, a direção de facto, a existência de efetivos poderes de direção. E, quanto a este aspeto, a posição do Tribunal Constitucional é questionável. Com efeito, revela-se sempre necessário recorrer aos estatutos para aferir quem ocupa os lugares de liderança, sendo, porém imperativo ir mais além e perscrutar o interior da pessoa coletiva, a fim de se determinar quem efetivamente exerce a direção.

Vimos que, para além da responsabilidade da pessoa coletiva poder derivar de um facto praticado em seu nome e no seu interesse por quem ocupe uma posição de liderança, essa mesma responsabilidade pode derivar da violação de deveres de vigilância ou controlo por parte de quem exerce essa posição

39 Acórdão nº 250/2006, de 4 de abril de 2006, do Tribunal Constitucional, Processo n.º 9/CPP.

40 Quintela de Brito, 2012: 1070.

41 Quintela de Brito, 2012: 1070.

42 Quintela de Brito, 2012: 1070.

43 De acordo com Maria Fernanda Palma *apud* Quintela de Brito, 2012: 1073., o que releva é constar "que o agente viveu o seu comportamento como a conduta descrita no tipo legal de crime, de acordo com a experiência prévia e os quadros cognitivos actualizáveis de que dispõe".

de liderança. Mas esta violação tem de ser comprovada, não se bastando com uma inércia ou insuficiência da ação. Dito isto, parece que, dos vários acórdãos do Tribunal Constitucional, a prova efetuada se baseou em argumentos de possibilidade e de presunções de dolo, onde a inércia ou insuficiência da ação devida são suficientes para provar o dolo, e a participação em órgãos do partido com certas funções exprime, pela possibilidade de representação da infração, o dolo (presunção de dolo).

Podemos entender a posição do Tribunal Constitucional e de Maria Fernanda Palma, quanto à responsabilidade das pessoas coletivas, no caso concreto dos partidos políticos, por estarmos em sede de contraordenações, cuja responsabilidade assenta na violação de deveres. Porém, o dolo é uma dimensão do princípio da culpa, que não pode ser simplificada só por estarmos no âmbito do direito de mera ordenação social. Também aqui, à semelhança do direito penal, está em causa o poder punitivo do Estado, donde a comprovação da culpa ter de ser rigorosamente determinada.

Em suma, o dolo coletivo não é a mera soma ou aglomeração dos conhecimentos individuais, uma vez que às pessoas físicas falta a consciência do facto global que se encontra na pessoa coletiva. Ao invés, a imputação subjetiva é o resultado da valoração do conhecimento comprovadamente acumulado ao nível dos sectores em que o facto coletivo se verificou.

A pessoa coletiva, sendo um ente jurídico autónomo, é dotada de vontade própria, distinta da vontade singular dos seus membros. É uma nova realidade, reconhecida pela ordem jurídica como um centro autónomo de relações jurídicas.

BIBLIOGRAFIA

Assunção, Filipa
2013 *A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, Dissertação de Mestrado, disponível em http://www.fd.lisboa.ucp.pt/research.

Faria Costa, José de
1998 "A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas coletivas à Luz do Direito Penal)", in *Direito Penal Económico e Europeu,* Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

Figueiredo Dias, Jorge
1995 *Liberdade/Culpa/Direito Penal*, 3.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora.
2011 *Direito Penal – Parte Geral* TOMO I, 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora.

Gómez-Jara Díez, Carlos
2005 *La Culpabilidad Penal de la Empresa*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons.

Gómez Tomillo, Manuel
2015 *Introduccion a la responsabilidad penal de las personas jurídicas,* 2.ª Edición, Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi.

Marques Da Silva, Germano
2012 *Direito Penal Português* – Teoria do Crime, 1.ª Edição, Lisboa: Universidade Católica Editora.

Palma, Maria Fernanda
1994 *Direito Penal, Parte Geral,* Vol. I, Lisboa: AAFDL.
1999 "A teoria do crime como teoria da decisão penal (Reflexão sobre o método e o ensino do Direito Penal)", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, Tomo 4.
2002 "Dolo eventual e culpa em Direito Penal", in *Problemas fundamentais de Direito Penal, Estudos em homenagem ao Professor Claus Roxin*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora.
2011 "O dolo e o erro. Novas leituras do elemento intelectual do dolo", in Paulo Pinto de Albuquerque (coord.), *Estudos em homenagem ao Professor Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora.

Pinto De Albuquerque, Paulo
2006 *A Responsabilidade criminal das pessoas coletivas ou equiparadas*, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=50879&ida=50919.

Quintela de Brito, Teresa
2012 *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e "atuação em lugar de outrem"*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
2014 *Curso de Outono Direito Penal da Pessoa Coletiva – Imputação, justificação e desculpa do facto da pessoa coletiva*.
Simas Santos, Manuel & Leal Henriques, Manuel
2014 *Código Penal Anotado*, Vol. I, 4.ª edição, Lisboa: Rei dos Livros.

IDENTIFICAÇÃO DE ALGUM, OU ALGUNS DOS DIRIGENTES QUE SÃO AGENTES DO FACTO COLETIVO COMO REQUISITO PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA COLETIVA

Joana Gato[*]

Abstract: *This paper will focus on the discussion around a potential requirement for the criminal liability of a legal person. Taking into account Portuguese doctrine and jurisprudence, this paper analyses if it is necessary to identify the administrator or administrators who committed the crime in order to be able to hold a legal person criminally responsible for the crime in question. The author suggests that the identification of the natural person is needed.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A narrativa e a argumentação das instâncias 3. Análise crítica dos argumentos que constam do sumário do acórdão. 3.1. Imputação objetiva do facto a um ou mais dirigentes como elemento indispensável para a responsabilidade criminal da pessoa coletiva. 3.2. Imputação do ilícito típico ao ente coletivo não se basta com a atuação do dirigente. 3.3. A interpretação do artigo 11.º, n.º 7, do C.P. e a necessidade de identificação do dirigente. 4. Os crimes de violação de dever e a decisão do Tribunal da Relação. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Por mais complexa que pareça ser a organização ou a estrutura, seja de uma pessoa coletiva, seja de vários conjuntos labirínticos de pessoas jurídicas, estas são naturalmente mecanismos para a atuação das pessoas físicas. Nenhuma pessoa jurídica age por si. As decisões e as atuações da sociedade são naturalmente desencadeadas pelas pessoas físicas que a ela se associam e que têm o

---

* O presente artigo corresponde, em grande medida, ao texto apresentado pela autora no âmbito de um trabalho realizado na disciplina de Direito Penal IV, durante o curso de mestrado profissionalizante em ciências jurídico-forenses da FDUL no ano de 2016, lecionada pela professora doutora Teresa Quintela de Brito.

poder de facto para que isso aconteça, poder esse que é concedido pela pessoa jurídica, de uma maneira formal ou informal. Estes "reais construídos" que são as pessoas jurídicas como define o professor Faria Costa[1], são dotados de uma organização própria da qual as pessoas singulares se fazem valer para alcançar determinados fins, associando-se a eles e atuando através deles. Nas palavras do professor Germano Marques da Silva, "as pessoas coletivas são pura criação do Direito, instrumentos para facilitar a vida de relação, instrumentos que, ao fim e ao cabo, servem as pessoas físicas que se associam e delas são consequente extensão"[2].

A atividade da pessoa coletiva não se confunde com a atuação da pessoa física, no sentido de que para a responsabilização da pessoa coletiva não é necessária a responsabilização do agente ou agentes individuais que através da pessoa coletiva atuaram, praticando um facto que constitui crime. A atuação através da pessoa jurídica deve ser encarada neste contexto como a ação por parte do agente individual em nome e no interesse da sociedade como estabelece o artigo 11.º, n.º 2, alíneas *a)* e *b)*, do Código Penal (C.P.). Esta ação deve se moldada, ter a marca e o cunho da organização da pessoa jurídica, como ensina a professora Teresa Quintela de Brito[3].

Tendo em conta que a pessoa coletiva é uma estrutura autónoma e independente da pessoa singular, com uma organização própria, um cunho e uma marca específicos e com um modo de funcionar de acordo com uma estrutura económica, política e filosófica próprias que a distingue completamente da pessoa física, parece que a tutela de bens jurídicos não se basta com a responsabilização das pessoas físicas que atuam funcionalmente no interesse e em nome do ente coletivo, sendo necessário que também este seja responsabilizado.

A professora Teresa Quintela de Brito defende que a necessidade de responsabilização das pessoas coletivas reside no facto de estas serem portadoras de um poder coletivamente organizado de afetação de bens jurídico- penais que transcende o mero ilícito da pessoa singular.

Com o desenvolvimento desta dicotomia entre o facto de a pessoa coletiva não atuar por si, mas ao mesmo tempo ter uma autonomia própria e haver necessidade de tutelar bens jurídicos que são afetados pela pessoa coletiva, surge a questão da dependência, ou não, da identificação dos agentes que praticaram

1 Cfr. Brito, 2014a: 2.

2 Cfr. Silva, 2009: 195.

3 Cfr. Brito, 2016: 11 e ss.

o facto coletivo para a responsabilização da pessoa jurídica. Discute-se qual é a extensão da interpretação que deve ser dada ao artigo 11.º, n.º 7, do C.P. Este artigo dispõe que há independência em relação à responsabilidade da pessoa singular e da pessoa coletiva, mas será que esta disposição basta para que se afirme que não é necessário identificar o agente que praticou o facto para poder responsabilizar penalmente a pessoa coletiva?

As páginas seguintes ocupar-se-ão com a análise do acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 26.06.2012, Proc. N.º 60/09.9TAVVC. E1, Relatora Ana Barata Brito. O estudo deste acórdão irá ao encontro do tema da necessidade ou desnecessidade de identificação de alguns dos dirigentes que são agentes do facto coletivo para a responsabilização da pessoa coletiva.

2. A NARRATIVA E A ARGUMENTAÇÃO DAS INSTÂNCIAS

No acórdão em estudo, o facto coletivo que está em causa é um crime de abuso de confiança contra a segurança social, previsto no artigo 107.º do Regime Geral das Infrações Tributárias (R.G.I.T.). É um crime específico próprio, no caso, praticado em coautoria material e de forma continuada. A Sociedade Anónima I, S.A. sedeada em Vila Viçosa, cuja atividade principal é a extração, transformação e comercialização de mármores e granitos, foi constituída arguida, juntamente com os administradores J e A. Consta na acusação que a sociedade, enquanto substituto tributário dos seus trabalhadores, não entregou as quantias devidas à segurança social no período de 2000 a 2008. Um outro administrador da sociedade, JA, tendo falecido em 2008, não foi possível ser constituído como arguido.

A sociedade arguida foi declarada insolvente por sentença proferida em 07.09.2007, o que não obsta à responsabilização da pessoa coletiva nos termos dos artigos 127.º e 128.º, n.º 1, do C.P. No caso de insolvência da sociedade, esta só se encontrará extinta[4], podendo ser feita a equiparação à morte das pessoas físicas, com o registo do encerramento do processo após o rateio final, se o mesmo tiver lugar[5].

Na primeira instância os três arguidos foram absolvidos. Relativamente às pessoas singulares, o tribunal considerou que não se conseguiu apurar a real

4 No caso da extinção da pessoa coletiva, há que atender ao disposto no artigo 127.º, n.º 2, do C.P.: "No caso de extinção de pessoa coletiva ou entidade equiparada, o respetivo património responde pelas multas e indemnizações em que aquela for condenada".

5 Quanto a esta questão cfr. AC. RC 22/10/2014 (Cacilda Sena), Proc. n.º 58 /08.4TATBU-A.C1 e AC. STJ 12/10/2006 (Pereira Madeira), Proc. nº 0B92930.

intervenção dos arguidos. Os mesmos estavam inscritos como administradores no registo comercial mas isso não chega para provar a sua "atuação no âmbito da organização e gestão da vida da sociedade, especificamente na tomada de decisões quanto à entrega ou não entrega do dinheiro à Segurança Social"[6].

A prova produzida pelo Ministério Público incluía a certidão de matrícula da sociedade, em que constava que o conselho de administração era composto por A como presidente e por J e JA como vogais, e os depoimentos dos trabalhadores que indicavam que JA era sócio maioritário e os outros arguidos eram administradores, deslocando-se com frequência às instalações da fábrica.

Para o Ministério Público isto seria suficiente para provar que J e A eram administradores de direito e de facto com poder para controlar o pagamento à segurança social.

Desde já, realizando uma análise à prova produzida, concluímos que esta parece estar aquém do necessário para o objetivo que se pretende alcançar, no sentido de que, para que se prove a responsabilidade do dirigente, tem que se provar que este detinha o poder, direta ou indiretamente legitimado pela sociedade para realizar o facto. Não basta constituir como arguidos aqueles que constam do registo comercial como administradores, pois só quem tem poderes de facto e direito pode atuar em nome e no interesse da sociedade[7].

Os arguidos alegaram que na prática não eram verdadeiros administradores da sociedade, nomeadamente no que diz respeito às tomadas de decisão quanto aos destinos do dinheiro, aqui se englobando as questões do pagamento dos impostos e das contribuições à Segurança Social, pois quem determinava tais opções era JA, entretanto falecido.

Alegaram também que as suas funções eram as de diretores de determinadas áreas e nunca de administradores, no sentido de terem vontade própria e autónoma em termos de decisão. A justificação para a inscrição que consta do registo comercial residia no facto do verdadeiro administrador- que seria JA – se ter querido rodear de pessoas da sua confiança, sendo os seus nomes apenas para fazer número na lista dos administradores, nunca tendo estes exercido essas funções.

Invocaram que a sociedade arguida pertencia a um grupo de sociedades, encabeçadas pela sociedade M, havendo sobreposição de órgãos sociais, tesouraria única e tomada de decisões centralizada em JA, juntando aos autos uma ata

6 AC. RE 26/06/2012 (Ana Barata Brito), Proc. n.º 60/ 09. 9TAVVC. E1.

7 Cfr. Brito, 2016: 3.

de um conselho de administração da sociedade M, que corrobora as alegações dos dois arguidos em causa. Nesta ata está expresso que JA era o administrador delegado da M, com as funções de coordenação e supervisão das atividades das empresas do grupo M.

Por estes motivos, o tribunal *a quo* deu como não provada a responsabilidade dos arguidos J e A e absolveu-os.

Perante isto, o Ministério Público recorreu para o Tribunal da Relação alegando erro notório na apreciação da prova e discordando da matéria de facto dada como não provada.

O Tribunal da Relação confirmou a decisão recorrida, absolvendo todos os arguidos com base na afirmação de que as provas indicadas pelo Ministério Público não permitiam alterar a matéria de facto. "Nomeadamente, não se conseguiu provar que quem tinha a incumbência de entregar o montante devido à segurança social era algum dos administradores constituídos como arguidos. As provas apontavam prevalentemente no sentido de que era JA o responsável por esse controlo de tesouraria"[8]. Como tal, por não ter sido possível concluir que J e A tivessem sido agentes da infração ou a tenham ordenado, não foram responsabilizados pela prática do facto.

Quanto à pessoa coletiva, tanto o tribunal *a quo* como o Tribunal da Relação consideraram que não havia prova suficiente para a responsabilização penal do agente.

É neste âmbito que surge a querela doutrinária e jurisprudencial objeto de estudo neste trabalho. Da redação do acórdão transparece claramente a tomada de posição por parte do tribunal pela tese de que não será necessário que seja identificado o dirigente que foi agente na prática do facto coletivo para a responsabilização penal da sociedade. O professor Germano Marques da Silva e o parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 11/2013 parecem acompanhar esta ideia.

A professora Teresa Quintela de Brito surge em defesa da tese da necessidade de identificação do agente na prática do facto coletivo ou, pelo menos, da identificação dos contributos individuais de dirigentes que integram o facto coletivo, nos termos do artigo 11.º, n.º 2, alíneas *a)* ou *b)*, e a qualidade funcional em que foram prestados, apontando vários problemas que surgem com o apoio da posição contrária.

8 AC. RE 26/06/2012 (Ana Barata Brito), processo n.º 60/ 09.9TAVVC. E1.

3. ANÁLISE CRÍTICA DOS ARGUMENTOS QUE CONSTAM DO SUMÁRIO DO ACÓRDÃO

Sendo esta exposição um comentário ao acórdão será adequado realizar a contraposição das teses, tendo como ponto de partida a argumentação que consta do seu sumário.

3.1. Imputação objetiva do facto coletivo a um ou mais dirigentes como elemento indispensável para a responsabilidade criminal da pessoa coletiva

No primeiro parágrafo do sumário do acórdão consta o seguinte: "é certo que a responsabilidade criminal da pessoa coletiva exige sempre o nexo de imputação do facto a um agente da pessoa coletiva, que será aquele que nela exerce liderança ou um seu subordinado nas condições prescritas na lei (art.º 11.º, n.º 2, alíneas *a)* e *b*), do Código Penal)".

Esta afirmação não é controversa. O artigo 11.º, n.º 2, do C.P. faz depender a responsabilidade penal de um facto individual de conexão com a pessoa coletiva[9]. É essencial a existência de um nexo de imputação objetiva do facto coletivo a um ou mais dirigentes. Imputação essa que só se vai concretizar se o ato puder ser coletivizado, ou seja, se for executado em nome da pessoa coletiva, no exercício de funções, poderes ou tarefas em que foram investidos (expressa ou tacitamente) pelo ente e que habilitaram especialmente os agentes individuais para a prestação daquele contributo e no interesse coletivo, em conformidade com o modo de organização, funcionamento e prossecução do fim coletivo ou institucionalizado[10]. Sem esta possibilidade de imputar a infração a um órgão ou representante da pessoa jurídica nos termos descritos, o sistema jurídico português exclui a responsabilização da pessoa coletiva, sob pena de faltar um pressuposto essencial para a imputação do facto ao ente.

3.2. A imputação do ilícito típico ao ente coletivo não se basta na atuação do dirigente

É certo que "a pessoa jurídica e equiparada responde na qualidade de titular da atividade na qual ocorre o crime. Logo, apenas as atuações dos seus líderes podem servir de suporte a uma conduta própria da coletividade, pois somente eles se encontram em uma posição jurídica de dever de conteúdo idêntico à do

9 Brito, 2014b.

10 Brito, 2014b.

'dono do negócio'"[11]. No entanto, para a responsabilização da pessoa coletiva terão que se ter em conta outros elementos para além da atuação das pessoas físicas.

Uma das razões pela qual a tutela de bens jurídicos não se basta na responsabilização das pessoas físicas reside no facto de que a atuação do ente coletivo, apesar de partir do agente individual, depende não só dos contributos individuais mas também dos seus órgãos e centros de liderança funcionalmente envolvidos na prática do crime como está exposto no artigo 11.º, n.º 4, do C.P.[12].

Por este motivo, não se encontra completa a afirmação do acórdão de que "a responsabilidade criminal da pessoa coletiva não exige a responsabilização do seu agente, bastando que seja possível estabelecer e demonstrar o nexo de imputação do facto à pessoa física, independentemente de posterior condenação desta".

Para além da prova do facto coletivo, composto por contributos individuais e decisões dos órgãos, ou centros de liderança, a responsabilização da pessoa coletiva depende do pressuposto do dolo ou negligência. Este pressuposto é autónomo do dolo da pessoa singular, mas depende sempre de comprovação dos conhecimentos efetivos ou potenciais das pessoas referidas no artigo 11.º, n.º 2, ou dos conhecimentos acumulados ao nível dos órgãos e centros de liderança funcionalmente envolvidos na prática do facto[13]. Se não se determinarem os agentes individuais não se pode provar o dolo da pessoa coletiva.

3.3. A interpretação do artigo 11.º, n.º 7, do C.P. e a necessidade de identificação do dirigente

Por fim, o tribunal estabelece duas conclusões que não são pacíficas na discussão sobre esta matéria.

Quanto ao artigo 11.º, n.º 7, o tribunal tem em conta uma interpretação que nos parece demasiado extensiva, subsumindo os casos em que "não é possível determinar qual, de entre vários, é o agente responsável pelos factos integrantes do crime; quando se sabe que a responsabilidade cabe a um dos administradores da sociedade, mas não é possível precisar a qual deles" à disposição do artigo. Refere também que, neste caso, basta que se verifiquem os restantes pressupostos de imputação, ou seja, que o crime tenha sido cometido em nome

11 Brito, 2008: 1429.

12 Cfr. Brito, 2014a: 4.

13 Brito, 2014b.

da sociedade e no seu interesse, para que a pessoa coletiva possa ser responsabilizada independentemente da condenação ou absolvição dos seus agentes.

Esta orientação é defendida pelo professor Germano Marques da Silva[14]. Nas suas palavras, "esta dificuldade (impossibilidade de individualização dos agentes que praticaram o facto) não impede a responsabilização da sociedade, desde que seja possível decidir que o ato só podia ter sido praticado em razão da atuação, mediata ou imediata, por ação ou por omissão culposas de um órgão ou representante".

Também o parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 11/2013 acolhe este pensamento sustentando que "a responsabilidade autónoma da pessoa coletiva significa que essa responsabilidade não fica dependente da imputação a um indivíduo em concreto" da atuação "que configura uma infração imputável à pessoa coletiva", basta que "se saiba que o infrator foi alguém atuando por conta ou em representação da pessoa coletiva, por causa do exercício das suas funções e no interesse da pessoa coletiva".[15]

Dando uma vista de olhos no panorama internacional, concluímos que esta posição foi adotada por alguns países. A lei italiana nomeadamente, dispõe no artigo 8.º do Decreto Legislativo n.º 231/2001, de 8 de junho de 2001, que há autonomia da responsabilidade do ente coletivo relativamente ao agente físico, quando: a) o autor do crime não seja identificado ou não seja imputável; b) o crime se extinga por uma causa distinta da amnistia[16].

O modelo subsidiário ou alternativo adotado pelo Código Penal suíço procura superar a dificuldade que surge quando não é possível identificar o agente. A pessoa coletiva é punida quando não é possível determinar o autor do crime, sendo que a legitimidade para a responsabilização se encontra na sua deficiente organização[17]. Solução que nos parece altamente criticável na medida em que a deficiente organização não é tida em conta na prática do crime mas sim na impossibilidade de identificar o agente individual. Esta solução não respeita os critérios jurídico-penais de responsabilização. Acompanhamos, por isso a posição do professor Germano Marques da Silva na crítica a esta opção legislativa[18].

---

14 Cfr. Silva, 2009: 181.

15 Brito, 2014: 1

16 Cfr. Vinciguerra, Ceresa-Gastaldo & Rossi, 2009: 181.

17 Cfr. Silva, 2009: 182.

18 Silva, 2009: 182.

A professora Teresa Quintela de Brito, pelo contrário, critica esta argumentação, assumindo a defesa da necessidade de identificação do agente.

Sem a identificação do dirigente, de acordo com o disposto na norma do artigo 11.º, n.º 2, alíneas *a)* e *b)*, imputar objetivamente ao ente coletivo o facto coletivo revelar-se-ia impossível, pois não se conseguiria apurar se o facto individual de conexão foi levado a cabo em nome e no interesse da coletividade pelo agente de conexão, dado que não é possível identificar qualquer um dos factos individuais de conexão para a atribuição de responsabilidade penal do ente. Isto leva a que não se possa imputar objetivamente ao agente o facto coletivo e, consequentemente, não estão preenchidos os pressupostos para responsabilizar o ente.

Os crimes que compõem o catálogo previsto no artigo 11.º, n.º 2, dependem, salvo as exceções dos crimes de violação de dever que ocuparão o nosso estudo mais à frente, da realização efetiva e comprovada das condutas materiais que preenchem o tipo respetivo.

Desconstruindo a tese da desnecessidade, a professora Teresa Quintela de Brito defende que estas condutas materiais não podem ser presumidas quando se responsabiliza a pessoa coletiva, carecem de ser comprovadas pois foram levadas a cabo por pessoas físicas que têm de ser dirigentes, nos termos tanto da alínea *a)* como da alínea *b)* do n.º 2 do artigo 11.º do C.P. e como tal, carecem de ser coletivizadas, ou seja, tem que se comprovar que a atuação da pessoa física não só existiu como foi em nome e no interesse da sociedade, o que não será possível quando não é individualizado o agente que praticou o facto. O juízo tem que partir dos concretos factos materiais – individuais e não da presunção dos mesmos.

Conclui-se pela impossibilidade de verificação dos pressupostos da imputação de facto punível ao ente, desconhecendo de todo quem prestou os contributos necessários à realização típica, nos termos conjugados do artigo 11.º, n.º 2, e da incriminação da parte especial[19].

A adoção da tese do Tribunal da Relação de Évora tem como consequência que não se consiga determinar o interesse e a atuação em nome da pessoa colectiva por parte do dirigente, pois não foi identificado, o que leva a uma falta de prova que é exigida para a responsabilização da pessoa jurídica e que não pode ser presumida. Nem a atuação nos termos do n.º 2 do artigo 11.º, nem o

19 Brito, 2014b.

conhecimento da infração e o dolo da pessoa coletiva devem ser presumidos pois são critérios jurídico-penais de responsabilização da pessoa coletiva[20].

A ordem jurídica portuguesa não permite que se importe para o Direito Penal os mecanismos de atribuição de responsabilidade próprios do Direito Administrativo – culpa do serviço e funcionamento anormal do serviço. Seria uma aproximação ao modelo suíço que é altamente criticável como já foi referido. No Direito Administrativo, a atribuição de responsabilidade civil basta-se com a existência de um "nexo causal" entre o "défice de organização" da Pessoa Coletiva e o evento negativamente valorado pelo Direito. Para o Direito Penal isso não basta, falta o juízo de censura pessoal pela prática de um ilícito típico.

De referir que a tese da desnecessidade de identificação do agente na prática de facto coletivo levanta vários problemas a nível do processo penal, nomeadamente a incompatibilidade com o direito do arguido de ser informado dos factos que lhe são imputados (artigo 61.º, n.º 1, al. *c)*, do CPP) e com a exigência de estabilidade e determinação do objeto do processo durante a fase do julgamento.

4. OS CRIMES DE VIOLAÇÃO DE DEVER E A DECISÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO

Quanto aos crimes de violação de dever, pode ser defensável que, para a imputação à pessoa jurídica ser verificada, não se terá de individualizar os concretos dirigentes que, agindo no lugar da pessoa jurídica, nos termos do artigo 12.º C.P. e 6.º R.G.I.T., incumpriram o dever que sobre esta recai.

Os crimes tributários, onde se enquadra o crime de abuso de confiança contra a Segurança Social, são crimes com esta natureza de violação de dever.

O artigo 7.º, n.º 1, do R.G.I.T. refere a comissão de infrações tributárias pelos órgãos ou representantes da pessoa coletiva, agindo em seu nome e interesse, ou seja, bastaria a comprovação da infração ao nível dos titulares dos órgãos da pessoa coletiva sob a forma de violação do dever tributário para que esta fosse responsabilizada.

Esta tese é sem dúvida pragmática, dada a dificuldade de prova em relação aos agentes que praticaram o facto quando inseridos numa organização complexa, e tem em conta a natureza dos crimes de violação de dever. Mas é também alvo de crítica, no sentido em que os órgãos não podem ser agentes da infração, não se podendo determinar em relação a eles a atuação no interesse

20 Brito, 2014b.

e em nome da pessoa coletiva. No mínimo, como defende a professora Teresa Quintela de Brito, o interesse deveria ter sido limitado aos representantes[21].

Como decide – e bem – o tribunal, mesmo admitindo que nos crimes tributários há autonomia em relação à identificação de algum dos agentes do crime, acontece que no caso do acórdão, a sociedade nunca poderia ser responsabilizada tendo em conta que os factos relativos à atuação de JA não estavam integrados no objeto do processo.

5. CONCLUSÃO

Concluímos então que o ilícito coletivo é diferente do ilícito individual, não se resumindo o ilícito coletivo só ao facto praticado pelo agente, pois abrange os contributos de pessoas singulares, órgãos e centros de liderança, funcionalmente ligados à prática desse facto. Por outro lado, a imputação de um facto à pessoa jurídica não pode ser realizada apenas com base na conexão entre um evento negativamente valorado pelo Direito Penal e a pessoa jurídica. A ofensividade ao bem jurídico de um facto material que constitua ilícito criminal não se produz só em função do resultado, mas também da conduta, devendo ambos os desvalores ser provados para levar à responsabilização da Pessoa Coletiva. Tem que haver um juízo de censura pessoal pela prática do facto baseada na atuação em nome e no interesse da pessoa coletiva e na determinação do dolo ou negligência coletivos. Na construção do facto punível coletivo não se pode descurar a prova, presumindo a atuação dos agentes, sob pena da impossibilidade de responsabilização da pessoa coletiva.

Tendo em conta esta posição, o artigo 11.º, n.º 7, ao dispor que a responsabilidade das pessoas coletivas não depende da responsabilidade das pessoas singulares agentes no facto coletivo, não deve ser interpretado no sentido de poder haver responsabilidade da pessoa coletiva quando não seja possível individualizar de entre os titulares dos órgãos ou representantes, os que foram agentes do ato. A autonomia estará, por um lado, nos casos em que o agente entretanto faleceu ou quando o procedimento criminal quanto a ele se extinguiu, por qualquer outra razão, mas é possível identificá-lo. Por outro, a autonomia refere-se à construção da responsabilidade penal. Os critérios de responsabilização são avaliados de forma independente, não se confundindo a ilicitude ou a culpa da pessoa singular com a da pessoa coletiva.

21 Brito, 2014b.

A doutrina e jurisprudência que defendem a tese da desnecessidade de identificação do agente parecem, à partida, tomar uma posição mais simplificadora perante a dificuldade elevada de produção de prova com que muitas vezes se depara o Ministério Público, estando as pessoas físicas e os dirigentes de facto tão embrenhados dentro de uma complexa organização que compõe a pessoa coletiva. Apesar de, numa primeira vista, se poder pensar que este "facilitismo" da não identificação do dirigente poderia traduzir-se em decisões mais justas e não na absolvição dos entes coletivos por falta de prova, a identificação do agente mostrou-se absolutamente necessária, por todas as razões já expostas. O sistema jurídico português parece estar construído no sentido da necessidade de identificação de algum dos agentes que praticaram o facto coletivo, pois só partindo da comprovação das condutas individuais e dos órgãos da pessoa coletiva funcionalmente envolvidos na prática do facto coletivo e dos termos desse envolvimento, se pode construir a responsabilidade penal.

BIBLIOGRAFIA

Brito, Teresa Quintela de

2008 "Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e coletiva", *in* Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume II, Coimbra: Almedina.

2014a "Imputação, justificação e desculpa do facto da pessoa coletiva", lição proferida a 9 de outubro de 2014, no âmbito do I Curso de Outono sobre Direito Penal da Pessoa Coletiva, IDPCC-FDUL.

2014b "Responsabilidade penal das pessoas coletivas: fundamentos e critérios de imputação", conferência proferida no âmbito das Jornadas de Direito Penal Económico, organizadas pelo Instituto do Direito Brasileiro, FDUL, 7 de fevereiro de 2014.

2016 "Responsabilidade penal das pessoas coletivas: critérios objetivos e limites", Sumário Direito Penal IV – 2015/2016.

Silva, Germano Marques da

2009 *Responsabilidade Penal Das Sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa: Verbo.

Vinciguerra, Sérgio, Ceresa-Gastaldo, Massimo & Rossi, Alessandra

2009 "La Responsabilità dell'Ente per il Reato Comesso nel suo Interesse", *in* Silva, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal Das Sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa: Verbo.

RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLETIVAS EM CASOS DE FUSÃO, CISÃO OU TRANSFORMAÇÃO

João Nuno Casquinho[*]

Abstract: *This article addresses issues regarding the criminal liability of a legal person in the event of a merger or acquisition, a split-up, or a change in legal structure that is either concurrent or after the fact. The author proceeds to analyze each situation in terms of both material and procedural law, pointing to the connection between criminal and commercial legislation, i.e., how rules regarding commercial operations, such as a merger, may conform the criminal liability of a legal person. The article centers on considering whether any or all changes in the above terms dictate the legal extinction of the company, along with any possibility of prosecution, and, if not, how to consider this in light of constitutional rules that forbid any transmission of charges from one entity to another.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Fusão de sociedades. 3. Cisão de sociedades. 4. Transformação de sociedades. 5. Nota sobre a celebração de "cláusulas de responsabilidade penal". 6. Nota sobre a aplicação do artigo 11.º/8 do Código Penal a tipos incriminadores e contraordenacionais previstos em legislação avulsa. 7. Jurisprudência. 8. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de descrever e avaliar os efeitos, em sede de responsabilidade penal, das alterações na conformação jurídico-normativa de entes coletivos dotados de personalidade jurídica, *maxime* sociedades comerciais.

Como refere Jorge dos Reis Bravo[1], a questão releva, essencialmente, no domínio do Direito Penal material, por oposição ao adjetivo, já que a resposta

---

* O presente artigo corresponde, na sua essência, a um trabalho académico realizado no contexto do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito de Lisboa, disciplina de Direito Penal IV – dedicada ao estudo da responsabilidade penal de pessoas coletivas – lecionada pela Professora Teresa Quintela de Brito.

1 Bravo, 2008: 359.

poderá determinar a suscetibilidade de incriminação do ente coletivo resultante do processo de alteração da sua conformação jurídica. O Código Penal (doravante CP) trata a questão no seu artigo 11.º/8, numa formulação aparentemente simples, mas que, ainda assim, suscita dúvidas de interpretação quando confrontada com princípios estruturantes de Direito Penal.

Entendo, assim, que o problema deve ser avaliado à luz de dois pontos de análise:

i) a persistência, ou "morte", do ente jurídico resultante das alterações, para fins de imputação de responsabilidade penal
ii) a possível violação do princípio constitucional de intransmissibilidade das penas, consagrado no artigo 30.º/3 da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Estes pontos estão intimamente relacionados, já que a resposta ao primeiro ditará a resposta ao segundo.

Dito isto, importa realçar que a análise desta questão deve considerar, num primeiro momento, as disposições em matéria de direito societário, especificamente, os artigo 97.º e ss (fusão), 118.º e ss (cisão) e 130.º (transformação), todos do Código das Sociedades Comerciais (doravante CSC). Será, pois, a partir do enquadramento jus-societário destas figuras que se avaliará a responsabilidade penal da nova entidade.

A questão suscita-se perante a passagem do tempo: entre a prática do facto ilícito e o início do processo judicial (ou no decurso deste), a sociedade sofreu alterações de conformação que podem implicar a extinção da sua responsabilidade penal, por imperativo constitucional de intransmissibilidade da responsabilidade penal. Atendendo aos dois pontos de análise que referi, veja-se cada uma das figuras que conformam o processo de alteração.

2. FUSÃO DE SOCIEDADES

Menezes Cordeiro[2] define fusão enquanto forma jurídica que melhor exprime o fenómeno de concentração económica. José Tavares[3] descreve-a como "ato segundo o qual duas ou mais sociedades reúnem as suas forças económicas para formarem uma única personalidade coletiva, composta pelos sócios de ambas".

2 Menezes Cordeiro, 2011: 1125.

3 Tavares, 1924: 611.

Acrescente-se que o seu regime comporta uma matriz de regras aplicáveis igualmente às situações de cisão.

A doutrina geralmente afirma uma contraposição entre duas modalidades básicas de fusão: fusão por incorporação e fusão por concentração. Na primeira, uma sociedade preexistente mantém-se, absorvendo uma outra; na segunda, duas ou mais entidades preexistentes transferem as suas posições jurídicas para uma outra, criada a esse propósito.

Surge, aqui, o problema da qualificação da fusão enquanto facto extintivo da sociedade – e, consequentemente, extintivo da responsabilidade penal. Numa primeira abordagem, explica Menezes Cordeiro[4], a fusão seria explicável através de um "jogo de extinções". Na fusão-incorporação, assistir-se-ia à extinção da sociedade incorporada e à absorção do seu património pela sociedade incorporante; na fusão-concentração, verificar-se-ia a extinção das entidades envolvidas e a inserção dos respetivos patrimónios na esfera de uma nova entidade, já criada com esse fim. Trata-se de uma abordagem, alerta o Autor, que retiraria autonomia à fusão, como operação jurídica.

Qualificar a fusão como facto extintivo de uma sociedade, porém, é um exercício que revela duas fragilidades conceptuais: primeiro, o facto de uma verdadeira extinção dar lugar a liquidação, o que, por sua vez, implicaria uma transmissão dupla de património – da sociedade extinta para os sócios, e destes para a nova sociedade ou sociedade incorporante; segundo, inconsistência face à vontade real dos intervenientes no processo. De facto, a vontade real dos intervenientes constitui um argumento determinante, já que, ao desencadearem a operação de fusão, não existe qualquer intenção de extinguir a sociedade. Aponta Menezes Cordeiro[5] que "seria surreal ver, na fusão, um *animus destruidor*, tendente a fazer desaparecer seja o que for". O argumento estende-se, igualmente, aos casos de concentração, não havendo aqui uma vontade de constituir algo novo, mas antes o melhor aproveitamento do que já existe.

Numa passagem ilustrativa de uma certa continuidade funcional e material entre as entidades envolvidas no processo de fusão, José Tavares[6] refere, quanto à fusão-concentração, "que não se pense que esta nova sociedade resultante de fusão seja completamente distinta das sociedades fundidas, porque na verdade não é outra coisa senão a mesma personalidade jurídica daquelas, integrada na

4 Menezes Cordeiro, 2011: 1126 e ss.

5 Menezes Cordeiro, 2011: 1132.

6 Tavares, 1924: 614.

mesma unidade orgânica: os seus sócios, os seus capitais, os seus credores, os seus devedores, os seus negócios, são exatamente os mesmos". Sobre a fusão-incorporação, acrescenta que "a sociedade incorporada integra a sua existência jurídica na sociedade maior, continuando os membros dela, agregados a esta, a ser, embora indiretamente, sujeitos de personalidade jurídica extinta. (...) É uma confusão de direitos e obrigações".

Nestes termos, a fusão comporta apenas uma transformação de entes preexistentes, devendo o conceito de "extinção", constante do artigo 112.º/1 CSC, ser interpretado enquanto fim de atividade juridicamente autónoma, e não em sentido técnico-jurídico. Quer se entenda, como sustenta Menezes Leitão[7], que a fusão implica uma dissolução sem liquidação, quer se aceite, com Raul Ventura[8] e Pupo Correia[9], que na fusão o desaparecimento da personalidade jurídica ocorre sem dissolução nem liquidação, conclui-se sempre que as sociedades fundidas continuam a sua existência em condições diversas.

Assim, a teoria tradicional segundo a qual se estabelece uma correlação direta entre a extinção da pessoa coletiva e a morte da pessoa singular, atendendo-se à existência de personalidade jurídica enquanto elemento comum, tem vindo a ser abandonada. Como refere o acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 5/2004 "a morte que faz cessar a personalidade e que constitui causa de extinção da responsabilidade criminal (e por contraordenação) é um acontecimento, um momento e o culminar de um processo que só tem sentido no plano jurídico e no da natureza quando se refira a uma pessoa física; a noção de morte, juridicamente relevante, assenta numa pré-compreensão biológica e antropológica".

É, pois, a aceitação desta premissa que preside ao disposto no artigo 11.º/8/*a)* CP (com a redação introduzida pela Lei n.º 59/2007), dando acolhimento à doutrina propugnada na decisão do já citado acórdão uniformizador de jurisprudência, nos termos da qual "a extinção, por fusão, de uma sociedade comercial, com os efeitos do artigo 112.º/*a)* e *b)* CSC, não extingue o procedimento de contraordenação praticada anteriormente à fusão, nem a coima que lhe tenha sido aplicada".

Ainda que sempre no âmbito contraordenacional, o Tribunal Constitucional (TC) decidiu já não julgar inconstitucional a norma do artigo 112.º/*a)* CSC,

7 Menezes Leitão, 1993: 18 e ss.

8 Ventura, 1990: 224-228.

9 Pupo Correia, 2003: 661.

interpretada no sentido de que a responsabilidade contraordenacional da sociedade incorporada, extinta por força da inscrição da fusão no registo comercial, se transmite para a sociedade incorporante (acs. do TC n.ºs 153/2004, 160/2004 e 161/2004).

Atente-se, a propósito do acórdão 161/2004, nas contra-alegações do Ministério Público, nos termos das quais "a fusão por incorporação de um a pessoa coletiva noutra não conduz a uma verdadeira extinção da sociedade, equiparável à morte da pessoa singular, já que subsiste a realidade sociológica que justifica a responsabilização pela prática de contraordenação".

Como refere Reis Bravo[10], a "morte", ao pôr termo à responsabilidade jurídica singular, tem como consequência necessária a extinção da responsabilidade criminal, pois esta é inerente à pessoa e à sua capacidade de ação, de vontade e de culpa, sendo insuscetível de transmissão além da vida, como a transmissão para os sucessores de outros conjuntos de situações jurídicas, de carácter ativo ou passivo. Os artigos 127.º e 128.º/1 CP traduzem, assim, o princípio constitucional positivado no artigo 30.º/3 CRP: a insusceptibilidade de transmissão da responsabilidade penal.

Estabelecida a ideia de que a fusão de sociedades constitui uma mera alteração formal, verificando-se uma continuidade material, funcional e organizatória entre o ente "extinto" e a nova entidade, ainda não existente aquando da prática dos factos imputáveis, facilmente se conclui que o disposto no artigo 11.º/8 CP não viola a imposição constitucional de intransmissibilidade de responsabilidade penal. Não existe uma verdadeira transmissão, uma vez que o centro de imputação de responsabilidade se mantém essencialmente idêntico.

Argumento incontornável, também, reside no facto de a modificação formal da sociedade resultar de facto voluntário dos seus órgãos, tendo os seus dirigentes pleno conhecimento da situação que fundamenta a possibilidade de punição. Como bem aponta Reis Bravo[11], a admissão irrestrita do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal, atendendo, por exemplo, a critérios normativos estritamente jus-societários, constituiria um expediente para o afastamento da punição, ou seja, fraude à lei.

10 Bravo, 2008: 361.

11 Bravo, 2008: 360.

3. CISÃO DE SOCIEDADES

Partindo, novamente, de um enquadramento material jus-societário, isto é, atendendo ao disposto no artigo 118.º CSC, a cisão de uma sociedade consiste na sua divisão em duas ou mais sociedades, dela derivadas. Nas palavras de Menezes Cordeiro[12], estamos perante a contraface da fusão, numa fenomenologia paralela, só que inversa. Também aqui, as situações jurídicas encabeçadas pelo ente jurídico cindido mantêm-se totalmente inalteradas, ainda que eventualmente repartidas pelas novas sociedades, consoante o sector de atividade relacionado com o objeto social em causa.

O CSC distingue três figuras, no contexto da cisão de sociedades: cisão-destaque ou cisão simples; a cisão-dissolução; e a cisão-fusão. No primeiro caso, a sociedade-mãe destaca uma parte do seu património e, com ele, constitui uma nova sociedade; no segundo, todo o património da sociedade a cindir é abrangido (artigo 126.º/1.º CSC); no terceiro, verifica-se uma combinação entre cisões e fusões.

É de notar que à cisão são aplicáveis as regras relativas à fusão, com as devidas adaptações, como postula o artigo 120.º CSC.

Por razões idênticas ao caso da fusão, também na cisão se deve admitir a existência de uma continuidade substantiva entre o ente original e as sociedades resultantes do processo, dentro de aquilo que se poderia descrever como uma *unidade material organizatória*. Nestes termos, verifica-se uma continuidade de responsabilidade, ou seja, o centro de imputação que se pretende punir mantém-se inalterado, motivo pelo qual se exclui qualquer violação do princípio constitucional de intransmissibilidade das penas. Esta conceção preside ao disposto no artigo 11.º/8/b*)* CP, ao ditar que as pessoas coletivas ou equiparadas resultantes do processo de cisão respondem pelo crime praticado pela sociedade cindida.

Mas responderão todas, e em igual medida? Não estaremos, nestes casos, a admitir situações de dupla, ou múltipla, punição? Será admissível que um conjunto de sociedades, com situações de tesouraria menos favoráveis face à sociedade original – consequência necessária da repartição de património que substancia o processo de cisão – respondam nos mesmos termos que a sociedade-mãe?

São situações que, na minha opinião, devem ser equacionadas à luz do concreto processo de cisão, isto é, atendendo à distribuição de meios entre as novas

12 Menezes Cordeiro, 2011: 1136.

sociedades e à possível continuidade de situações jurídicas. Assim, devemos ter em conta a eventual existência de uma sociedade, ou conjunto restrito de sociedades, que congrega o *sector de atividade* relacionado com os factos. Se for possível discernir o isolamento do sector de atividade relacionado com os factos, no âmbito de um número concreto de sociedades sucessoras, justifica-se, do ponto de vista das finalidades das penas, operar uma *redução teleológica* do artigo 11.º/8/*b)*, de modo a que a continuidade de responsabilidade fique restringida a sociedades cujo objeto social e titularidade de situações jurídicas se relacionem com a prática dos factos.

Note-se que não estamos perante casos de comparticipação, dado que as sociedades em causa ainda não existiam aquando da prática dos factos.

E nos casos em que essa repartição seja indiscernível, ou quando a repartição de meios, e situações jurídicas relacionadas com os factos puníveis, atinja todas as sociedades? Aqui, a solução passará por uma tentativa de avaliar a *proporção de continuidade*, devendo o valor da pena de multa refletir essa proporção; de outra forma – caso se dê uma distribuição indistinta ou indiscernível, em termos de continuidade, entre todas as sociedades – impõe-se uma distribuição equitativa do valor da pena por cada uma das sociedades. Parece ser a única solução compatível com as finalidades das penas em Direito Penal. Pois se o centro de imputação de responsabilidade subsiste[13], a verdade é que, nos casos de cisão, ele se divide por uma pluralidade de novas entidades, nenhuma delas em condições patrimoniais idênticas às da sociedade mãe. Mesmo que não fosse esse o caso, estaríamos a punir uma pluralidade de sujeitos como se cada um tivesse, por si só, praticado o facto ilícito, algo que não corresponde à realidade.

Tal não restringe, em princípio, o espectro sancionatório à pena de multa. A mesma lógica de *proporção de continuidade* deverá ser seguida, quando possível, na aplicação das restantes penas especialmente previstas para os factos praticados por pessoas coletivas, sejam elas principais, substitutivas ou acessórias. Digo quando possível, pois há que atender ao alcance material da pena em causa: no caso de uma pena principal de dissolução (artigo 90º-F CP) – um tipo incriminador em que se realça a intenção dos fundadores ou a vontade exclusiva ou predominantemente criminógena de quem ocupa uma posição de liderança – mesmo que seja impossível determinar, de forma exata, a concreta repartição

13 Quintela de Brito faz notar que, neste caso, o centro de imputação poderá estar limitado para efeitos de exclusiva aplicação da pena de multa, num regime que, afinal, se aproxima do previsto no art. 127.º/2 CP; posição defendida em aula de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito de Lisboa.

de meios e áreas de atividade entre os entes resultantes da cisão, a dissolução deverá abranger todas as novas entidades, dada a natureza não graduável da pena em causa. Por outras palavras, o critério em que se traduz a proporção de continuidade só será válido perante sanções de carácter graduável, como é o caso paradigmático da pena de multa ou a pena substitutiva de caução de boa conduta, mas já não face a penas substitutivas como a admoestação ou a vigilância judiciária. Também nos casos em que se configure adequada a aplicação de penas acessórias, tendo estas uma função preventiva e complementar da pena principal, deveremos ter em conta os efeitos materiais de cada figura, em termos patrimoniais e temporais, de modo a proceder a uma graduação de efeitos compatível com a referida proporção de continuidade.

Nestes termos, quando não for graduável, a pena em causa deverá ser aplicada, de acordo com a sua natureza e requisitos especiais de aplicação, a todas as entidades resultantes do processo de cisão.

4. TRANSFORMAÇÃO DE SOCIEDADES

Refere Menezes Cordeiro[14] que, em termos técnicos, a transformação opera como uma mudança de forma: "uma sociedade constituída segundo um dos tipos legalmente permitidos adota uma forma correspondente a um tipo diferente". São, também, concebíveis alterações respeitantes à própria conformação de entes jurídicos não societários (por exemplo, associação convertida numa fundação ou sociedade irregular que se formaliza). Ponto característico e determinante é a preservação de identidade entre o ente considerado antes e depois da transformação.

Nesta sede, colocar-se-ia a hipótese de estarmos perante uma lacuna, já que o artigo 11.º/8 CP não prevê situações de transformação. Todavia, facilmente se conclui que o CP ignora este ponto em virtude do tratamento da figura ao abrigo das normas societárias. Como referi no ponto anterior, o elemento essencial da figura consiste na preservação de identidade, sendo que esta ideia de identidade se traduz em dois pontos: a) a transformação não importa dissolução, a menos que deliberado (130.º/3 CSC); e b) a sociedade derivada da transformação sucede automática e globalmente na plenitude dos direitos e obrigações da sociedade anterior (130.º/6 CSC).

Ao contrário das figuras anteriores, são as próprias normas jus-societárias a afastar, inequivocamente, qualquer discussão sobre a continuidade material

14 Menezes Cordeiro, 2011: 1139.

ou, por outro lado, extinção da sociedade originária, não sentindo, por isso, o legislador penal necessidade de se pronunciar, em concreto, sobre a transformação de sociedades. Em sentido diverso, Quintela de Brito[15] defende que a questão deverá ser resolvida pelo legislador, por imperativo do princípio da estrita legalidade que molda o Direito Sancionatório Público.

Note-se, ainda assim, que a nova Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio) dedica uma das suas disposições aos casos de transformação, concretamente no n.º 4 do artigo 73.º (Responsabilidade) – um esforço legislativo que considero desnecessário, na medida em que a punibilidade de uma pessoa coletiva submetida, entretanto, a processo de transformação é uma decorrência lógica do próprio sistema penal, não um exercício interpretativo ou analógico que, pela sua natureza *in peius*, estaria proibido pelo princípio da legalidade em Direito Penal. A norma apenas clarifica, em definitivo, a situação jurídico-penal da pessoa coletiva transformada.

5. NOTA SOBRE A CELEBRAÇÃO DE "CLÁUSULAS DE SUCESSÃO NA RESPONSABILIDADE PENAL"

Ponto crucial a ter conta resulta, como aponta Paulo Pinto de Albuquerque[16], da inadmissibilidade da celebração de cláusulas sobre a sucessão na responsabilidade penal de sociedades fundidas ou cindidas, mesmo que o negócio de fusão ou cisão tenha tido lugar em momento anterior ao início do processo criminal, de modo a não frustrar o regime legal do artigo 11.º/8 CP.

6. NOTA SOBRE A APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 11º/8 CP A TIPOS INCRIMINADORES E CONTRA-ORDENACIONAIS PREVISTOS EM LEGISLAÇÃO AVULSA

Quanto a esta questão importa considerar a natureza do artigo 11.º/8 CP enquanto norma incriminadora ou, diferentemente, norma de alcance meramente processual. Na primeira hipótese, entendido o artigo 11.ª/8 como norma fundadora de responsabilidade, integrada no conjunto do postulado no artigo 11.º CP para fins de responsabilização penal de pessoas coletivas, seria defensável uma restrição do seu âmbito de aplicação ao elenco taxativo de tipos incriminadores previstos no referido artigo. Na segunda, o disposto no n.º 8 poderia ser interpretado enquanto norma suscetível de aplicação a qualquer

15 Posição defendida em aula de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito de Lisboa.

16 Pinto de Albuquerque, 2008: 85.

tipo incriminador ou contraordenacional previsto em legislação avulsa, em situações em que a pessoa coletiva arguida se submetesse, entretanto, a processo de fusão ou cisão.

Tendo a concordar com a segunda hipótese, seguindo a lógica de que o nº 8 não constitui uma norma incriminadora autónoma[17]. Pelo contrário, visa apenas salvaguardar a materialidade subjacente e prevenir situações de fraude à lei penal, situações que podem ocorrer no âmbito de tipos incriminadores extravagantes. Por outras palavras, existe uma identidade de razão, em termos de pensamento legislativo, que justifica a ampliação do âmbito de aplicação do nº 8 a áreas que extravasam o estritamente previsto em sede do CP. Acrescento, ainda, que o próprio artigo 8.º CP consagra a aplicação subsidiária das disposições do CP a toda a legislação penal substantiva. No âmbito do direito de mera ordenação social, esta subsidiariedade encontra-se expressamente prevista no artigo 32.º do Regime Geral das Contraordenações (doravante RGCO).

Segundo Reis Bravo[18], o uso deste termo deve-se mais a uma formulação concordante com a menção genérica da equiparação das entidades desprovidas personalidade jurídica plena às pessoas coletivas, do que a um propósito claro de as sujeitar ao regime previsto em matéria de fusão ou cisão. De facto, as figuras da fusão e da cisão estão conceptualmente concebidas como alterações de conformação jurídica próprias das sociedades comerciais, tendo escasso alcance no domínio de entidades desprovidas de pessoas coletivas.

7. JURISPRUDÊNCIA

Importa ter em conta que a ideia de continuidade de responsabilidade, em casos de fusão ou cisão da pessoa coletiva, foi aceite pela jurisprudência antes de qualquer consagração legislativa – esta a datar de 2007. Realço a importância de quatro acórdãos, publicados entre 2004 e 2006: os acórdãos do l n.º 153 e 161, ambos de 2004, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de fixação de jurisprudência n.º 5/2004, já referido e citado, e o acórdão da Relação de Évora de 2 de Maio de 2006. Em todos estes acórdãos se afirma a distinção essencial entre a morte da pessoa singular e a extinção jurídico-privada da pessoa coletiva, algo determinante face à adoção de uma ideia de

17 Em sentido oposto, Quintela de Brito entende que a norma em causa, dada a regulação da matéria no CP, é de natureza material e incriminatória, na medida em que "estende" a responsabilidade penal às entidades resultantes de processo de fusão e cisão; posição defendida em aula de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito de Lisboa.

18 Bravo, 2008: 362.

"continuidade organizatória" que justifica a imputação de responsabilidade penal aos "novos" entes.

O acórdão do TC n.º 153/2004 (Relatora Maria Helena Brito) não julgou inconstitucional o artigo 112.º/*a)* CSC, interpretado no sentido de que, com a inscrição no registo comercial da fusão de sociedades comerciais, extingue-se a sociedade incorporada, mas transmite-se para a sociedade incorporante a responsabilidade por infrações contraordenacionais cometidas pela primeira antes da fusão. Não se negou a aplicação do artigo 30.º/3 CRP às pessoas coletivas, apenas rejeitando "a aplicação automática a situações de extinção de pessoas coletivas que substancialmente não sejam equivalentes à morte de pessoas singulares".

A posição do referido acórdão seria confirmada no acórdão do TC n.º 161/2004, onde se aponta que a perda de personalidade jurídica das sociedades incorporadas não encontra paralelo na morte do agente, tal como prevista nos artigos 127.º e 128.º CP, uma vez que "as sociedades incorporadas continuam a sua existência em condições diversas, designadamente no âmbito da sociedade incorporante".

O acórdão uniformizador de jurisprudência do STJ, n.º 5/2004, já referido e citado, veio resolver, em definitivo, quaisquer dúvidas em relação à possível "morte" da pessoa coletiva e consequente extinção de responsabilidade penal. Acrescento ao referido supra a passagem do acórdão segundo a qual "a pessoa jurídica surge no mundo da normatividade como unidade organizatória, que é centro autónomo de imputação funcionalmente construído, relevando essencialmente a existência de um centro de imputação funcionalmente construído, que pode não desaparecer como realidade material de interesses ao lado da respetiva função instrumental".

Deve, ainda, fazer-se referência ao acórdão da Relação de Évora, de 2 de maio de 2006 (Relator Pires de Graça), onde se confirma a diferente orientação da responsabilidade penal da pessoa humana – assente na ideia de culpa na violação de um bem jurídico – e da pessoa coletiva – ancorada na "atividade ou omissão ilegal na prossecução dos seus fins, com implicações nefastas para a realidade social em que se encontra estruturada". Por isto, "inexiste identidade analógica entre a morte, inerente à pessoa singular, e a dissolução da pessoa jurídica", sendo que esta substancia "um conceito jurídico de extinção da pessoa coletiva que não exclui a responsabilização da mesma por atos praticados na sua vida jurídica".

8. CONCLUSÕES

Em qualquer dos casos de alteração na conformação jurídico-normativa do ente jurídico, nomeadamente nos termos do Direito Societário, os critérios de imputação de responsabilidade penal atenderão à chamada continuidade organizatória e finalística, com subsistência do mesmo centro material de imputação, desconsiderando mutações de alcance meramente formal.

O problema de uma possível violação do princípio da intransmissibilidade da responsabilidade penal está ultrapassado a partir do momento em que se aceita a diferença essencial entre a morte da pessoa singular, sobre a qual se construiu o dito princípio, e a extinção da pessoa coletiva. Ou seja, não existe transmissão, mas antes uma continuidade de responsabilidade.

A punição de sociedades resultantes de processo de cisão por factos praticados pela sociedade original deverá considerar a proporção de continuidade organizatória que caracteriza cada uma, devendo estas responder, caso a proporção de continuidade seja indiscernível, de forma equitativa. Por via de uma redução teleológica do disposto no artigo 11.º/8/*b)*, prevenir-se-iam situações de dupla punição, enquadrando melhor a punição de pessoas coletivas à luz das finalidades das penas.

O artigo 11.º/8 CP tem um âmbito de aplicação que extravasa os tipos incriminadores estritamente previstos, a título de responsabilização de pessoas coletivas, no CP. A lógica seguida pelo legislador no domínio do CP – focada na materialidade subjacente e prevenção da fraude à lei penal – encontra paralelos diretos em tipos incriminadores avulso ou contraordenacionais, pelo que seria incompreensível a tutela de um conjunto de casos, e não de outros.

BIBLIOGRAFIA

Bravo, Jorge dos Reis
2008 *Direito Penal de Entes Coletivos – Ensaio sobre a punibilidade de pessoas coletivas e entidades equiparadas*, Coimbra: Coimbra Editora.
Menezes Cordeiro, António
2011 *Direito das Sociedades*, Tomo I, Coimbra: Almedina.
Menezes Leitão, Luís
1993 "Fusão, cisão de sociedades e figuras afins", *Fisco*, n.º 57, pág. 18 e ss.
Pinto De Albuquerque, Paulo
2008 *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora.
Pupo Correia, Miguel J. A.
2003 *Direito Comercial*, 8.ª ed., Lisboa: Ediforum.
Quintela De Brito, Teresa Maria
2012 *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e "atuação em lugar de outrem"*, Vol. I, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Tavares, José
1924 *Sociedades e Empresas Comerciais*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
Ventura, Raúl
1990 *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, Coimbra: Almedina.

CRITÉRIOS OBJETIVOS DE IMPUTAÇÃO DE FACTO COLETIVAMENTE TÍPICO À PESSOA COLETIVA E O CONCEITO DE GERENTES DE FACTO E DE DIREITO: ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO DE 06.03.2009

João Pedro Neves Rodrigues[*]

Abstract: *This article addresses the concepts of de jure director and de facto director and their relevance in regards to the imputation of the criminal act to the legal person. Starting with the analyses of a decision of an Oporto Court of Appeal judgment (06.03.2009, case no. 21/05.7TAPRD.P1), and proceeding to compare the content of that decision with the latest studies in Portuguese doctrine, the author aims to reach a conclusion on how such concepts relate to the legal person's criminal liability, and how they should be applied in order to impute the criminal act to the legal person in an adequate manner that doesn't violate the core principles of the Portuguese criminal system.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O acórdão em análise. 2.1. A decisão do tribunal de 1.ª instância. 2.2.A decisão do Tribunal da Relação do Porto.3. Comentário ao Acórdão. 3.1. A imputação do facto coletivo. 3.2. A matéria de facto. 3.3. A gerência de facto e de direito. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal das pessoas coletivas é uma área relativamente nova cujos estudos são, na sua maioria, consideravelmente recentes e em pequeno número quando comparados com outras áreas do direito penal. Tendo em consideração este afloramento do direito penal das pessoas coletivas, e a ele adicionando o

* Este trabalho corresponde, no essencial, ao apresentado na disciplina de Direito Penal IV, do Mestrado em Ciências Forenses, subordinada ao tema "Responsabilidade Penal das pessoas coletivas: aspectos substantivos e processuais") e lecionada pela Professora Teresa Quintela de Brito

facto de esta área possuir muitas especificidades que a distinguem dos restantes ramos do direito penal, nomeadamente em questão de prova e imputação objetiva, perceber-se-á que estamos perante uma área bastante complexa. De todos estes fatores resulta que, no plano prático, nomeadamente em termos jurisprudenciais, esta área apresenta muitas dificuldades para os tribunais, como uma miríade de acórdãos assim tem vindo a demonstrar ao longo das últimas duas décadas. Estas dificuldades são tão mais evidentes no que respeita à imputação objetiva e respetiva prova, e resultam em decisões que, por vezes, parecem não ser as mais conseguidas de acordo com a doutrina e os estudos mais recentes.

É nesta linha que surge o acórdão aqui em estudo, onde, como se irá demonstrar, a forma como a prova do facto coletivo (e até individual) e da culpa foi feita parece não ser a mais adequada segundo os princípios basilares do direito penal, tal como não o foi a própria imputação do facto no caso concreto, nomeadamente devido ao extensíssimo uso da prova indireta, leia-se presunções judiciais. Estas presunções judiciais foram a base da decisão do tribunal *a quo*, nomeadamente na questão da gerência de facto e de direito, e cabe fazer uma análise desta matéria de forma a verificar até que ponto tal é passível de ser efetuado. Assim, atentando na jurisprudência e doutrinas mais adequadas e recentes, irá ser feita uma análise em torno daquela que foi a forma de atuar e decidir do tribunal *a quo* e do tribunal *a quem*, percebendo até que ponto esta foi a mais correta.

Será ainda feita uma abordagem à problemática do gerente de facto e de direito, questão também central do acórdão, de um ponto de vista mais teórico de forma de afastar qualquer dúvida que da análise do acórdão possa resultar.

2. O ACÓRDÃO EM ANÁLISE

2.1. A decisão do tribunal de 1.ª instância

Este acórdão tem como base o incumprimento das obrigações fiscais por parte da pessoa coletiva "E, S.A.", nomeadamente a ausência de pagamento do IVA devido entre o período de fevereiro de 2003 e dezembro de 2004, e a resultante condenação desta pelo crime de abuso de confiança nos termos do art. 7.º do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), assim como das pessoas singulares B, C e D, seus administradores, pelo crime de abuso de confiança nos termos do art. 105.º, n.º 1, do RGIT.

Durante o julgamento foram apresentadas como provas documentais a certidão da Conservatória do Registo Comercial assim como o pacto social atualizado e foi ouvida uma única testemunha, F, Inspetor Tributário da Direção-Geral de Finanças do Porto, arrolada pela acusação, que efetuou uma ação inspetiva à sociedade arguida, embora, segundo o própria, tal inspeção só tivesse sido realizada no final de 2005, quando a sociedade já havia falido.

Assim, da prova produzida podemos verificar que em 2001 foi constituída a empresa arguida "E, S. A.", que tinha como membros do seu conselho de administração B (Presidente do conselho), C e D (vogais do conselho), tendo aquela sido declarada falida em 27/10/2005, e que durante o período compreendido entre janeiro de 2003 e dezembro de 2004 a sociedade procedeu à retenção da quantia de IVA, tendo enviado as declarações a que estava obrigada, mas não as fazendo acompanhar do respetivo pagamento.

Perante a presente factualidade, o tribunal de 1.ª instância fixou a matéria de facto, dando como provado, sucintamente, que:

1. "Desde o início da sua atividade, em 2001, e durante o quadriénio de 2001 a 2004, a sociedade arguida "E, S. A." teve como membros nomeados do seu Conselho de Administração, que assim a geriam de facto e de direito, os arguidos B, C e D";
2. "Durante o período compreendido entre janeiro de 2003 e dezembro de 2004, a empresa arguida "E, S. A.", através dos arguidos B, . e D, os quais, agindo em conjugação de esforços e de intenções, procederam à retenção da quantia de IVA, (…) enriquecendo assim o seu património na exata medida em que empobreceu o do Estado";
3. "Durante tal período temporal, a empresa arguida "E, S. A.", através dos arguidos B, C e D, enviou as declarações periódicas (...) não tendo, no entanto, aquelas declarações sido acompanhadas dos respetivos meios de pagamento (...)";
4. "Os arguidos B, C e D, (...), atuaram sempre livre, deliberada e conscientemente, de comum acordo e em conjugação de esforços, em nome e no interesse da sociedade arguida (...)".

Com base nisto, entendeu o tribunal de 1.ª instância que "do conjunto desta prova produzida (...) se pode concluir que os arguidos praticaram o crime que lhes vem imputado" já que "por um lado, do ponto de vista formal, os arguidos integram o Conselho de Administração da sociedade arguida (…). Por outro

lado, de acordo com as regras da experiência comum e da normalidade do curso da vida, não há qualquer fundamento que leve o Tribunal à conclusão de que os arguidos não exerciam a gerência de facto da sociedade arguida, ou sequer, que funde uma sustentada suspeita sobre tal facto". E, ainda mais: "não se compreenderia que se mantivessem registados como membros dos órgãos societários e, apesar disso, não decidissem os destinos da sociedade arguida e não gerissem a mesma, motivo pelo qual o Tribunal imputou os factos constantes da acusação aos arguidos".

2.2. A decisão do Tribunal da Relação do Porto

Da decisão do tribunal do tribunal *a quo* recorreram os réus B, C e D, alegando a falta de prova que suportasse os factos dados como provados, tanto em termos de imputação objetiva como na medida da culpa individual, e ainda a impossibilidade do uso de presunções em direito penal. Com base nisto, foi redigido o acórdão aqui em análise.

a) A decisão do Tribunal da Relação do Porto

O Tribunal da Relação do Porto começou por sustentar a possibilidade do uso de presunções, embora aponte, fazendo suas as palavras de Germano Marques da Silva, que "a apreciação da prova indireta exige um particular cuidado, apenas se podendo extrair o facto provando do facto indiciário quando tal seja corroborado por outros elementos de prova, de modo a que sejam afastadas outras hipóteses igualmente possíveis"[1].

Em seguida, e tratando da questão central, o Tribunal sustenta uma posição oposta à do Tribunal *a quo*, defendendo que, "exigindo a lei expressamente uma atuação voluntária, a mera identificação da posição nominal ou de direito de representante não basta para desencadear responsabilização penal pelas dívidas tributárias, como bem se compreende, pois a responsabilidade penal é, por natureza, subjetiva" e ainda, parafraseando Paulo Saragoça da Matta[2], a lei ao exigir uma atuação voluntária afasta "qualquer tentativa de nela ver uma responsabilidade funcional-objetiva, decorrente da mera titularidade da posição de representante".

Assim, o tribunal defende a insuficiência da simples gerência de direito para gerar responsabilização penal e, nesta linha, absolve não só os réus B, C

1 Silva, 2003: 100-101.

2 Matta, 2001: 105.

e D, por não ter sido feita prova relativamente às suas condutas e à sua culpa, como também a sociedade "E, S.A.", por impossibilidade de imputação devido à "exclusão da responsabilidade criminal dos arguidos".

b) O voto de vencido de José Joaquim Aniceto Piedade

Partindo da ideia de que as pessoas coletivas são capazes de vontade, formando-se essa vontade através dos seus órgãos, ou agentes, José Aniceto Piedade vem apresentar uma solução semelhante à apresentada pelo tribunal *a quo*, argumentando que, se é através dos administradores que as pessoas coletivas atuam, então a responsabilidade criminal dos atos praticados por esta deverá recair tanto naqueles como nesta. Assim, segundo este, "a dedução lógica que se impõe é a seguinte: quem figura legal e estatutariamente como titular desses órgãos, detém o poder representativo e deliberativo, e também a responsabilidade que lhes são inerentes", portanto, "se não tem sentido a absolvição das pessoas singulares, titulares do conselho de administração, menos sentido ainda tem a absolvição da própria sociedade, com base em se "desconhecer" se os administradores exerciam de facto os seus poderes, e tinham as respetivas responsabilidades".

3. COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO

Como se pode perceber, são apresentadas aqui duas posições claramente distintas relativamente à forma como deve ser feita a imputação objetiva do facto à pessoa coletiva e aos seus representantes legais, tendo, por um lado, a posição do tribunal *a quo* e aquela defendida por José Piedade no voto de vencido, e por outro aquela defendida pelo Tribunal da Relação. Parece ser inclusivamente possível separar, em certa medida, as posições do tribunal *a quo* e de José Piedade, uma vez que o primeiro parece fazer uso das presunções para, partindo da ideia de gerente de direito, afirmar que existe também uma gerência de facto, ao passo que a argumentação de José Piedade parece defender uma responsabilidade criminal objetiva derivada de funções assumidas onde, mais do que presumir a gerência de facto (embora não o deixe de o fazer), se pune o gerente de direito, independentemente de qualquer controlo material que este tenha sobre o facto punível e a ação no caso concreto. Cumpre então analisar a questão à luz da doutrina e jurisprudência e perceber qual parece ser a solução mais conseguida.

3.1. A imputação do facto coletivo

Tratando-se aqui dos critérios objetivos de imputação do facto coletivamente típico à pessoa coletiva, importa desde logo relembrar o que está na base do facto que lhe vai ser imputado.

A pessoa coletiva comete factos puníveis através da sua organização. Logo relaciona-se com o Direito Penal através da sua organização. Ora, Ernst-Joachim Lampe[3] relembra-nos da existência de uma superior perigosidade das organizações através da teoria psicanalítica. Assim, a difusão moral-individual da responsabilidade tem de ser compensada por um aumento da responsabilidade social da organização. Citando Kaufmman, Lampe[4]lembra ainda que o sistema social, assim como o próprio ordenamento jurídico, depositam uma especial confiança na capacidade de organização e controlo da pessoa jurídica. Assim, será justificado, segundo Teresa Quintela[5], "a imposição à pessoa jurídica de deveres de organização, gestão e controlo destinados a impedir a sua conversão em uma força criminógena e respetiva utilização como instrumento para realização de objetivos pessoais ilícitos".

No entanto, tal não significa que a pessoa jurídica possa ser punida única e simplesmente por qualquer (eventual) deficiência organizativa, já que, se é verdade que se pune a pessoa coletiva pelo facto ilícito que irrompe da sua organização, qualquer deficiência nesta será apenas um fundamento de atribuição de responsabilidade criminal, não constituindo ela mesma o próprio objeto de imputação. Assim, a atribuição de um facto qualificado como crime tem de seguir os critérios de imputação de responsabilidade próprios do Direito Penal, ou seja, os princípios da responsabilidade penal pessoal pelo próprio facto, tipicidade, determinação e realidade-efetividade do facto punível. Como tal, não podemos presumir o facto punível coletivo, nem o facto individual do agente de conexão. Nesta linha, não se devem confundir os casos em que existe uma realidade-efetividade do facto punível a imputar ao ente coletivo, onde são respeitados os critérios de imputação acima mencionados, com os casos em que se presume um facto penal baseado na verificação de um resultado objetivamente típico provindo da pessoa coletiva e na existência de uma hipotética violação do dever de vigilância e controlo por parte da pessoa coletiva.

3 Lampe, 1994: 691-699.

4 Lampe, 1989: 213.

5 Brito, 2012:379.

Assim, indica Teresa Quintela de Brito, o facto típico da pessoa coletiva não se confunde com um estado de perigosidade da organização relativamente à execução de factos puníveis, cuja condição objetiva de punibilidade seria o crime praticado pelas pessoas singulares que daquela irrompe.

É adotado e vigora entre nós o modelo de intermediação, nunca um modelo de imputação direta,otendo, portanto, de existir uma imputação material do facto típico a uma pessoa singular, que depois é coletivizado, como de resto nos indica o art. 11.º n.º 2, al. *a)* CP. Mesmo no caso da al. *b)* deste mesmo número não podemos deixar de passar pela pessoa singular e pela prova dos seus contributos, já que neste caso têm de existir contributos de subalternos que atuam sob a autoridade do dirigente (e que, como nos diz Teresa Quintela de Brito, consagra a teoria da agregação já que existem contributos ao nível de vários escalões e que vão ser agregados para imputar o facto típico à pessoa coletiva) e, ainda, a "violação de deveres de vigilância ou controlo" por parte daquele.

No que respeita a esta questão, parece ser relevante chamar desde já a atenção para expressão utilizada pelo Tribunal da Relação quando, ao afastar a responsabilidade criminal da pessoa coletiva devido à solução chegada em sede de recurso relativamente à absolvição dos arguidos B, C e D, o faz por se ter "excluído a responsabilidade criminal dos arguidos pessoas singulares". Se, no caso concreto, a aplicação desta expressão acaba por não ter consequências práticas, já que esta exclusão advém da inexistência de prova de qualquer conduta voluntária por parte dos administradores, a verdade é que a expressão parece não ser a mais feliz. O próprio art. 11.º, n.º 7 indica expressamente que não existe qualquer dependência entre a responsabilidade penal da pessoa coletiva e da pessoa singular, nem tão pouco são confundíveis o dolo e a culpa da pessoa singular com a da pessoa coletiva, sendo estes autónomos entre si. Assim, deveria ter sido dito que estava excluído o nexo de imputação do facto à pessoa física, já que é esta exclusão, não a da responsabilidade penal, que faz com que se torne impossível responsabilizar a pessoa coletiva. Note-se que com isto não se quer significar que apenas é necessário provar o nexo de imputação do facto coletivo a um ou vários administradores, já que a responsabilidade da pessoa coletiva pressupõe também que sejam tomados em consideração os conhecimentos desses administradores e, ainda, os acumulados ao nível dos órgãos e centros de liderança funcionalmente envolvidos na prática desse fact).

3.2. A matéria de facto

Como se disse, durante o julgamento em 1ª instância as provas apresentadas limitaram-se à apresentação de prova documental sobre quem constituía o concelho de administração da pessoa coletiva e uma testemunha, que só teve contato com a situação concreta depois da pessoa coletiva já ter falido.

Deve então questionar-se como é que do registo comercial e do pacto social atualizado se pode concluir, como o fez o tribunal *a quo*, e, portanto, se pode considerar provado que "(...) assim a geriam de facto e de direito, os arguidos B, C e D". Dificilmente se pode entender como se pode inferir esta gerência de facto, este controlo real dos atos imputados às pessoas singulares no caso concreto (e mesmo, até, um controlo real dos destinos da pessoa coletiva), de um pacto social atualizado. Parece então claro que a única forma será através de presunção jurídica segundo a qual todo o gerente de direito é, também, gerente de facto. Não se discute que, segundo regras de experiência, tal possa e assim suceda em muitas situações, nem tão pouco se procura proibir a própria presunção, mas esta deve ser suportada por outros elementos de prova. Assim, o uso da presunção não pode significar a imputação de uma conduta típica a uma pessoa singular sem ser feita qualquer outra prova no caso concreto, até porque tal parece claramente ir contra aquele que são as ideias e princípios base do Direito Penal português.

O mesmo vale para outros factos que o tribunal *a quo* deu como provados, nomeadamente quando dá como provado queB"B, . e D, os quais agindo em conjugação de esforços e de intenções, procederam à retenção da quantia de IVA"; "a empresa arguida "E, S. A.", através dos arguidos B, C e D, enviou as declarações periódicas"; e que "B, C e D, (...), atuaram sempre livre, deliberada e conscientemente, de comum acordo e em conjugação de esforços, em nome e no interesse da sociedade arguida (...)". Aqui estão a ser dadas como provadas condutas concretas, atos individuais voluntários que, segundo o tribunal *a quo*, foram realizadas pelos arguidos, embora nenhuma real prova tenha sido apresentada que aponte nesse sentido. Assim, tem novamente lugar o uso de presunções, sendo que neste caso tal parece ser ainda mais grave, pois esta presunção já parte não de um facto conhecido, como a anterior partia (a gerência de direito), mas sim de uma presunção (a gerência de facto presumida) e, com base nesta presunção, presume-se que todos os arguidos agiram em comunhão de esforços, tinham conhecimento do sucedido e praticaram os atos que lhes foram imputados. Assim, a própria culpa está a ser presumida e parece estar a ser abandonada toda e qualquer prova do elemento subjetivo. Pergunta-se então

como pode esta ideia conviver com um direito penal "do facto" e da "culpa pelo facto" onde impera a culpa pessoal e a realidade-efetividade do facto punível. A verdade é que não pode e, portanto, parece ser correta a posição sustentada pelo Tribunal na Relação relativamente a esta questão.

Existe, obviamente, uma relevância da posição funcional de dever relativamente aos dirigentes. Neste sentido, Frederico da Costa Pinto relembra-nos a existência de uma posição de garante do superior hierárquico, à luz dos seus deveres legais, do pacto social ou da sua posição de domínio. Esta posição de garante permite-lhe envolver-se num facto ilícito, "omitindo o controlo sobre esse tipo de atos"[6]. Segundo este, uma das formas típicas de concertação entre superior hierárquico e subalterno e de articulação com a ação do subalterno consiste na "omissão funcional paralela à ação". Tal é facilmente compreensível já que "a posição dos agentes (relativamente ao facto típico) está muitas vezes pré-delimitada pela sua esfera de competência funcional" e a omissão configura-se como "forma característica de violar deveres funcionais e atuar concertadamente com o agente material"[7].

No mesmo sentido, também Augusto Silva Dias afirma que "a responsabilidade penal dos dirigentes passa pela violação de deveres, negativos (de "não fazer") ou positivos ("de fazer"), cujos efeitos se repercutem sobre a realização do facto típico", indicando dois requisitos necessários para que esta responsabilidade exista, sendo estes "a posição de garante, fundada no controlo da fonte de perigo e o domínio da organização para a execução do facto típico.[8]

Nesta mesma linha, Klaus Roxin sustenta a punição dos dirigentes de pessoas coletivas com base na sua posição de garante da legalidade da atuação da organização. Assim, independentemente do seu contributo se basear num "fazer" ou num "deixar acontecer algo por cuja não ocorrência se tem de responder", esta posição de garante permite transforma-los em autores segundo as regras por ele desenvolvidas dos "delitos de dever"[9].

No entanto, nada disto, nem tão pouco a complexidade das estruturas organizativas da pessoa coletiva e a pluralidade de intervenientes possíveis nos factos que desta emergem, podem traduzir-se numa adesão a um conceito puramente normativo de autor, nem uma aceitação de uma responsabilidade criminal

6 Pinto, 1998: 225-227.

7 Pinto, 1998: 227-228.

8 Dias, 2008: 197 e 229.

9 Roxin, 2006: 247-248

objetiva derivada de funções assumidas. Não deve, portanto, ser aceite a possibilidade de imputação sem fazer prova concreta de um qualquer contributo de uma pessoa singular, nem tão pouco um automatismo que permita imputar uma conduta típica a um agente baseado unicamente na sua função assumida.

Neste sentido, Augusto Silva Dias diz-nos que a responsabilidade penal não pode basear-se em meros deveres funcionais, sendo exigências do princípio da subsidiariedade da intervenção criminal a tradução especificamente penal dos deveres funcionais e a clarificação da sua relação com a prática do facto.[10]

No mesmo sentido, Susana Aires de Sousa defende que os meros deveres funcionais decorrentes da organização empresarial não se identificam, imediata e automaticamente, com o dever criminalmente relevante. Assim, deve ser efetuada uma determinação dos deveres já que tal permite a "delimitação de espaços individuais de responsabilidade no contexto empresarial". Defende assim que a obrigação criminalmente relevante de evitar o resultado típico depende de dois parâmetros, sendo estes (i) a responsabilidade individual do agente no contexto empresarial, segundo o "quadro de funções e competências organicamente atribuído ao cargo empresarial", e (ii) a possibilidade de, no caso concreto, cumprir essa obrigação,otendo, portanto, o domínio dos factos que se dão dentro da sua área de responsabilidade e que colocam em perigo o bem jurídico-penal. Ora, esta última condição vem então impedir o referido automatismo aquando da imputação do facto típico ao agente, afastando qualquer responsabilidade que decorra "exclusivamente, da função exercida, isto é, de uma responsabilidade criminal objetiva derivada das funções assumidas"[11].

Também Teresa Quintela de Brito, relativamente à individualização da responsabilidade dos dirigentes no seio da organização, defende esta posição de que, pese embora a relevância da posição funcional do agente, não se deve jamais aderir a um conceito puramente normativo de autor, nem aceitar qualquer tipo de responsabilidade criminal objetiva derivada das funções assumidas.

Por último, importa recordar que mesmo o facto de estarmos perante a aplicação dos artigos 7.º e 105.º do RGIT não altera, na generalidade, o aqui exposto. Neste sentido, e relativamente ao art. 7.º RGIT, a jurisprudência, nomeadamente Jorge Raposo em (Ac. TRL de 17/04/2013[12]) e Ana Paula Grandvaux

10 Dias, 2008: 225-227.

11 Sousa, 2009: 1034-1035.

12 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17/04/2013, relator Jorge Raposo, Processo n.º 496/11.5IDLSB.L1-3.

(em Ac. TRL de 8/05/2013[13]), tem defendido que a sua aplicação não pode significar um total abandono dos critérios de imputação de responsabilidade próprios da matriz de validade do Direito Penal, como de resto vem indicando a jurisprudência. Respeitando ao art. 105.º RGIT, também no mesmo sentido a jurisprudência, designadamente Lee Ferreira em Ac. TRG de 11-05-2015[14], afirma que este não pode traduzir-se numa adesão a um conceito puramente normativo de autor, nem na aceitação de uma responsabilidade criminal objetiva derivada das funções assumidas.

Assim, parece que a tese defendida por José Aniceto Piedade também não se mostra a mais adequada já que a responsabilidade criminal puramente objetiva derivada de funções assumidas colide com os princípios basilares do Direito Penal assim como com a necessidade de individualização da conduta e da culpa.

Nesta linha, também a argumentação do tribunal *a quo*, nomeadamente quando indica que, relativamente à presunção de gerência de facto, "não há qualquer fundamento que leve o Tribunal à conclusão de que os arguidos não exerciam a gerência de facto da sociedade arguida, ou sequer, que funde uma sustentada suspeita sobre tal facto", parece não ser a mais correta. A realização deste raciocínio presuntivo não pode jamais fazer com que se altere o ónus da prova, até porque o princípio da presunção de inocência assim o proíbe, mas parece ser isto que acaba por acontecer. A argumentação do tribunal, ao referir não existirem suspeitas que suportassem a não gerência de facto, parece indicar que, segundo este, ao estabelecer-se que existe uma gerência de direito, então altera-se o ónus da prova, cabendo assim aos arguidos "criar suspeitas" que não existe uma gerência de facto e que, não sendo estas criadas, então dá-se como provada a gerência de facto. Se é verdade que o tribunal assim não o afirma, não parece ser plausível retirar outra conclusão que não esta da argumentação por este apresentada.

3.3. A gerência de facto e de direito

Uma que vez que o acórdão incide na questão da gerência de facto e de direito, parece ser também útil aprofundar um pouco esta matéria a fim de se poder clarificar as questões que esta problemática traz, assim como a ideia de representação e administrador de facto e de direito.

---

13 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08-05-2013, relatora Ana Paula GrandVaux, Processo n.º 11110/05.8TDLSB.L2-3.

14 Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11/05/2015, relator Lee Ferreira, Processo n.º 196/10.3IDBRG.G1.

Não aprofundando aqui a questão da existência de um conceito especificamente penal de representante de pessoa jurídica, conceito esse que divergiria dos conceitos jurídico-civil ou jurídico-comercial de representante (resultante da necessidade de imputar à pessoa coletiva factos penais e não atos ou negócios jurídicos), embora não prescinda de elementos básicos do conceito jurídico-civil de representação, cumpre perceber o que se entende por representante.

Segundo este conceito, diz-nos Teresa Quintela de Brito que o representante para efeitos de responsabilidade penal é todo aquele que exerce funções e poderes, fácticos e não legais ou formais, de liderança na pessoa coletiva e que lhe permitem envolver a coletividade na prática do crime. Assim, terá de existir uma "investidura expressa ou tácita no exercício de funções que implicam poderes para decidir em nome ou pela coletividade", "funções e poderes que conferem ao respetivo titular acesso à vulnerabilidade jurídico-penalmente relevante do bem protegido pelo concreto tipo incriminador" e a "comissão de facto no exercício de tais funções e poderes"[15].

Assim, crucial é o elemento fáctico, os poderes que a pessoa singular em questão detém, no caso concreto e na situação real da vida da pessoa jurídica.

Quanto ao próprio conceito de administrador de facto, deve-se sublinhar que muitas vezes na doutrina e jurisprudência o conceito de "representação de facto" é usado inadequadamente para casos de mera aparência de representação ou de não-representação, assim como para os casos onde existe efetivamente representação de direito titulada por ato expresso ou tácito, mas que mesmo assim a jurisprudência acaba por definir como representação de facto.

No entanto, como nos diz Germano Marques da Silva, e no mesmo sentido, Ana Sofia Rendeiro, sendo a finalidade do conceito de administrador de facto em direito penal a de imputação objetiva e subjetiva de uma conduta típica ao agente de crime, mesmo partindo de um conceito genérico de administrador de facto, este nunca será suficiente, tendo de ser concretizado relativamente a cada tipo incriminador[1617].Cumpre também sublinhar que, para efeitos de responsabilidade penal, não se pode traçar, *a priori,* uma relação direta entre administração de facto ou administração de direito e a possibilidade destas estarem na origem da atribuição da responsabilidade coletiva, aplicável em todos os casos. Assim existem casos em que um administrador de direito

15 Brito, 2013: 1663.

16 Silva, 2009.

17 Rendeiro, 2011.

não é administrador para efeitos de atribuição de responsabilidade coletiva, como acontece com, usando aqui a designação de Daniel Prades Cutillas[18],o administrador-espantalho que se limita a aparentar a gerência, abstendo-se de qualquer ato, pois uma eventual atuação, em que acabe por aceder à vulnerabilidade do bem jurídico-penal, mas que não é realizada dominando o concreto modo de organização e funcionamento da pessoa coletiva, que não administra realmente. E existem também casos em que um administrador de facto não é administrador para efeitos de atribuição de responsabilidade coletiva, como no caso ds administrador sombra, segundo designação de Coutinho de Abreu, que o define como "pessoa sem qualquer cargo de administração ou função profissional na sociedade, que não exerce diretamente funções de gestão, mas determina a atuação dos administradores de direito"[19], exemplificado pelo art. 83.º, n.º4 CSC, o administrador de facto *stricto sensu,* segundo designação de António Menezes Cordeiro, definido por este como "pessoa que, por razões objetivas e/ou subjetivas, exerça o poder na sociedade, dando ordens aos administradores de direito"[20], ou o administrador oculto parasitário, segundo designação de Daniel Prades Cutillas[21],uma vez que estes não estão habilitados pela pessoa coletiva para a gerir nem a gerem efetivamente.

Não existe, no entanto, uma relação direta entre simples administrador de direito e impossibilidade de acionar a responsabilidade jurídico-penal da pessoa jurídica, já que, e utilizando novamente as classificações de Daniel Prades Cutillas[22],o administrador-jarra (aquele que tem apenas intuito decorativo, ou seja, a função é apenas lá estar porque "tem de existir um administrador social") ou administrador testa de ferro(aquele que atua normalmente no tráfico da sociedade até que o seu principal, por exemplo o mandatário geral, lhe requeira obediência) podem originar esta responsabilidade quando o facto punível a imputar se integre no âmbito de poderes materiais de que aquele efetivamente dispõe, mediante atribuição expressa ou tácita da primeira.

18 Cutillas, 2009: 13-14.

19 Abreu, 2010: 99-101.

20 Cordeiro, 2011: 276.

21 Cutillas, 2009: 1.

22 Cutillas, 2009:13-14.

4. CONCLUSÃO

A questão da gerência de facto e de direito tem sido abordada, na jurisprudência portuguesa, de diversas formas. No acórdão em questão, podemos ver que duas, ou até três teses diferentes sobre esta matéria acabam por surgir, sendo que duas delas parecem não ser de aceitar.

A posição seguida pela 1.ª instância, onde a gerência de facto é presumida pela gerência de direito, parece, como vimos, não ser a mais correta, não só porque não se faz prova do efetivo comportamento individual voluntário por parte da pessoa singular, como pelo facto de que se presume a culpa sem qualquer tipo de prova que a individualize. Para além disto, parece que são violados tanto o princípio da presunção de inocência como as bases do direito penal onde impera a culpa pessoal e a realidade-efetividade do facto punível.

Também a posição seguida por José Aniceto Piedade no seu voto de vencido parece não ir de encontro os princípios base do direito penal. O automatismo defendido por este na imputação do ilícito àqueles que são os gerentes de direito, sem qualquer necessidade de verificação da sua posição real no caso concreto, baseado no facto de que da sua posição advém uma responsabilidade de controlo da pessoa coletiva, parece deixar de lado a complexidade que caracteriza a imputação do facto tanto aos gerentes como à pessoa coletiva, procurando assim uma solução mais simples e automática mas que acaba por colidir com os princípios da culpa individual e da realidade-efetividade do facto que vai ser imputado. Não se nega que surjam responsabilidades na esfera jurídica do gerente de direito, mas tal responsabilidade já é consagrada relativamente a outras matérias (como é o caso do art. 24.º da Lei Geral Tributária), não se devendo então confundir com a responsabilidade penal.

Assim, parece que a posição defendida pelo acórdão será, efetivamente, a mais correta. A exigência de prova de um comportamento voluntário e a prova da culpa individual de cada arguido são fundamentais e o facto de estarmos na área do direito penal das pessoas coletivas não faz com que cesse a obrigatoriedade de respeitar esses requisitos que o Direito Penal obriga que estejam verificados para que a uma pessoa (seja ela singular ou coletiva) possa ser imputada uma conduta ilícita típica e assim condenada. No entanto, sublinhe-se que mesmo a decisão do acórdão aparenta também algumas opções que talvez não sejam as melhores, nomeadamente a relativa à exclusão da responsabilidade penal da pessoa coletiva devido à exclusão da responsabilidade penal dos arguidos pessoas singulares, que parece apontar para uma visão que, como vimos, não será a mais correta.

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Jorge Coutinho de

2010 *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina.

Brito, Teresa Quintela de

2012 *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes coletivos, dos seus dirigentes e "atuação em lugar de outrem", Dissertação de Doutoramento*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Cordeiro, António Menezes

2011 *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2ª Edição, Coimbra: Almedina.

Dias, Augusto Silva

2008 *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro (ambiente, consumo, genética humana)*, Coimbra: Coimbra Editora.

Engelhart, Marc

2010 *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA,* 2.ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2012.

Lampe, Ernst-Joachim

1989 *Verantwortlichkeit und Recht,* Opladen: Westdeutscher Verlag.

1994 *Systemunrecht und Unrechtssysteme, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* Volume 106, N.º 4, janeiro de 1994, pp. 683-923.

Matta, Paulo Saragoça

2001 *O Artigo 12.º do Código Penal e a Responsabilidade dos "Quadros" das "Instituições"*, Coimbra: Coimbra Editora.

Pinto, Frederico da Costa

1998 "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", *Direito Penal Económico e Europeu. Textos doutrinários. Problemas gerais*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 225-228.

Prades Cutillas, Daniel

2009 "Administradores de hecho: tipologías no tan encubiertas", *Diario La Ley*, n.º 7168, 6 de maio de 2009, Ref. D-160, pp. 1-29.

Roxin, Klaus

2006 "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *Revista Penal*, n.º 18, julho de 2006,pp. 247-248.

Silva, Germano Marques da

2003 *Curso de Processo Penal*, 3.ª ed., II vol., Lisboa: Verbo Editora.

2009 *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa: Verbo Editora.

Sousa, Susana Aires de

2009 "A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial", M. Costa Andrade, M. J. Antunes & S. A. Sousa, (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1005-1038.

LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional

LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – JULHO A DEZEMBRO DE 2016

elaborado por Nazaré da Costa Cabral

BANCO DE PORTUGAL

Aviso n.º 7/2016, de 23 de agosto

Determina que os prestadores de serviços de pagamento devem prestar aos seus clientes, além dos demais elementos legal e contratualmente exigíveis, informação que expressamente refira o saldo disponível existente nas respetivas contas de pagamento.

Aviso n.º 8/2016, de 30 de setembro

Regula os deveres de registo e de comunicação ao Banco de Portugal previstos nos n.ºs 3 e 5 do artigo 118.º-A do RGICSF e no artigo 9.º-A do RJSPME, bem como as condições, mecanismos e procedimentos necessários ao seu cumprimento.

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

Decreto-Lei n.º 81/2016, de 28 de novembro

Cria, na estrutura orgânica da Polícia Judiciária, a Unidade Nacional de Combate ao Cibercrime e à Criminalidade Tecnológica (UNC3T). A UNC3T substitui a Unidade Nacional da Investigação da Criminalidade Informática, que é extinta.

AMT – AUTORIDADE DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES / IMT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E TRANSPORTES

GERAL

Decreto-Lei n.º 79/2016, de 23 de novembro

Altera a orgânica do Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I. P.

TRANSPORTE FERROVIÁRIO

Resolução do Conselho de Ministros n.º 47/2016, de 30 de agosto
Desclassifica da rede ferroviária nacional os seguintes troços da Linha do Tua: Troço entre a Estação Ferroviária do Tua e a base da Barragem e o Troço entre Brunheda e a Estação Ferroviária de Mirandela-Carvalhais.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

Decreto-Lei n.º 72/2016, de 4 de novembro
Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho, que define 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.

Decreto-Lei n.º 71/2016, de 4 de novembro
Procede à sétima alteração ao Decreto-Lei n.º 366-A/97, de 20 de dezembro, que estabelece os princípios e as normas aplicáveis ao sistema de gestão de embalagens e resíduos de embalagens.

Decreto Legislativo Regional n.º 19/2016/A, de 6 de outubro
Primeira alteração ao Decreto Legislativo Regional n.º 29/2011/A, de 16 de novembro, que estabelece o regime geral de prevenção e gestão de resíduos.

Lei n.º 31/2016, de 23 de agosto
Terceira alteração à Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, que estabelece a titularidade dos recursos hídricos.

Decreto Legislativo Regional n.º 38/2016/M, de 17 de agosto
Segunda alteração ao Decreto Legislativo Regional n.º 17/2014/M, de 16 de dezembro, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 6/2015/M, de 13 de agosto, que reestrutura o sector público empresarial regional na área da gestão das águas e dos resíduos, mediante a fusão das empresas concessionárias e cria um único sistema multimunicipal na Região Autónoma da Madeira.

Portaria n.º 313/2016, de 1 de dezembro
Aprova a delimitação do perímetro de proteção das captações de água subterrânea, localização.

Portaria n.º 312/2016, de 12 de dezembro
Aprova a delimitação dos perímetros de proteção das captações de água subterrânea que abastecem as localidades de Brunheira e Cercas, localizadas no concelho de Almodôvar.

Portaria n.º 306/2016, de 7 de dezembro
Fixa a estrutura, composição e funcionamento da Comissão de Acompanhamento da Gestão de Resíduos, designada por CAGER.

Portaria n.º 238/2016, de 31 de agosto
Segunda alteração à Portaria n.º 57-B/2015, de 27 de fevereiro, e ao Regulamento Específico Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos, aprovado em anexo à referida portaria.

Portaria n.º 202/2016, de 22 de julho
Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de diversas captações localizadas no concelho de Aguiar da Beira.

ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS
Decreto-Lei n.º 86-C/2016, de 29 de dezembro
O presente Decreto-Lei cria, na dependência do membro do Governo responsável pela área da Economia, o Fundo de Inovação, Tecnologia e Economia Circular, abreviadamente designado por Fundo.

Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto
Aprova o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, transpondo a Diretiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro, e a Diretiva 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de novembro.

Decreto-Lei n.º 42-A/2016, de 12 de agosto
Procede, entre outros: à criação do fundo ambiental; à 1.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 108/2007, de 12 de abril, que estabelece uma taxa ambiental sobre as lâmpadas de baixa eficiência energética; à 2.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 93/2010, de 27 de julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 195/2015, de 14 de setembro, que estabelece o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa das atividades da aviação; à 1.ª alteração ao Decreto-Lei

n.º 38/2013, de 15 de março, que regula o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa a partir de 2013, concluindo a transposição da Diretiva n.º 2009/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, a fim de melhorar e alargar o regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa; à extinção do Fundo Português de Carbono, do Fundo de Intervenção Ambiental, do Fundo de Proteção dos Recursos Hídricos e do Fundo para a Conservação da Natureza e da Biodiversidade.

Resolução da Assembleia da República n.º 240/2016, de 26 de dezembro
Recomenda ao Governo medidas que contribuam para a diminuição dos custos com os combustíveis.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 81-A/2016, de 9 de dezembro
Conclui os procedimentos de instalação de plataforma marítima de produção de eletricidade, ao largo de Viana do Castelo.

Portaria n.º 268-B/2016, de 13 de outubro
Aprova o dever de dedução pelo CUR do Sistema Elétrico Nacional da energia elétrica produzida em regime especial que beneficia de remuneração garantida, dos valores recebidos pelos centros eletroprodutores que beneficiaram cumulativamente de apoios à promoção e ao desenvolvimento das energias renováveis através de outros apoios públicos.

Portaria n.º 268-A/2016, de 13 de outubro
A presente Portaria procede à alteração da Portaria n.º 592/2010, de 29 de julho, com as alterações introduzidas pelas Portarias n.ºs 1308/2010, de 23 de dezembro, 71/2011, de 10 de fevereiro, 200/2012, de 2 de julho, 215-A/2013, de 1 de julho e 221/2015, de 24 de julho e define os critérios de elegibilidade para efeitos de remuneração da interruptibilidade.

Portaria n.º 262-A/2016, de 10 de outubro
Procede à alteração da Portaria n.º 279/2011, de 17 de outubro, com a redação dada pela Portaria n.º 146/2013, de 11 de abril, a partir do ano de 2017, e define os valores dos fatores a aplicar para efeitos da remuneração do alisamento quinquenal dos proveitos permitidos para o ano de 2017.

Portaria n.º 221/2016, de 10 de agosto
A presente portaria estabelece as regras aplicáveis à instalação e funcionamento dos pontos de carregamento de baterias de veículos elétricos, tal como definido no n.º 8 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril, alterado pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro e pelos Decretos-Leis n.ºs 170/2012, de 1 de agosto e 90/2014, de 11 de junho, em matéria técnica e de segurança.

Portaria n.º 220/2016, de 10 de agosto
Estabelece as potências mínimas e as regras técnicas a que devem satisfazer as instalações de carregamento de veículos elétricos em edifícios e outras operações urbanísticas, que disponham de locais de estacionamento abrangidos pelo disposto no artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 170/2012, de 1 de agosto e pelo Decreto-Lei n.º 90/2014, de 11 de junho.

Portaria n.º 178-C/2016, de 1 de julho
Estabelece os procedimentos, o modelo e as demais condições necessárias à aplicação das alterações ao artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 101/2011, de 30 de setembro, alterado pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, que cria um modelo único e automático de atribuição de tarifa social de fornecimento de gás natural a clientes economicamente vulneráveis, no território de Portugal continental.

Portaria n.º 178-B/2016, de 1 de julho
Estabelece os procedimentos, o modelo e as demais condições necessárias à aplicação das alterações ao artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 172/2014, de 14 de novembro, e pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, que cria um modelo único e automático de atribuição de tarifa social de fornecimento de energia elétrica a clientes economicamente vulneráveis.

ERC – ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Lei n.º 33/2016, de 24 de agosto
Alarga a oferta de serviços de programas na televisão digital terrestre (TDT), garantindo as condições técnicas adequadas e o controlo do preço.

ERS – ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

Decreto-Lei n.º 74/2016, de 8 de novembro

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 16/99, de 25 de janeiro, que regula o licenciamento, o funcionamento e a fiscalização do exercício da atividade das unidades privadas que atuem na área do tratamento ou da recuperação de toxicodependentes e define os requisitos a que devem obedecer as suas instalações, organização e funcionamento.

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência geral

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JULHO A DEZEMBRO DE 2016

elaborado por Ricardo Bayão Horta

Despacho do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 13.07.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 77/16.7YUSTR.
Recorrentes: *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.*
Sumário: Determina a suspensão da instância até à resolução das questões prejudiciais pelo TJUE.
Normas relevantes: Arts. 11.º, n.ºs 1 e 2, al. *c)*, 24.º, n.ºs 3, al. *b)* e 5, 83.º e 87.º, n.ºs 1 e 2 da LdC; arts. 102.º, al. *c)* e 267.º, al. *a)* do TFUE; art. 272.º, n.º 1 do CPC; art. 4.º do CPP; art. 41.º do RGCO; art. 23.º do Protocolo n.º 3 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da UE.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 15.07.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 1/16.7YUSTR.
Recorrentes: *Banco BPI, S.A.*
Sumário: Julga procedente o recurso de impugnação das medidas administrativas interposto pela Recorrente Banco BPI, S.A., e, em consequência, determina a anulação da decisão proferida pelo Conselho de Administração da AdC em 17 de Novembro de 2015, e dos demais termos do processado subsequente dependentes da decisão, na parte em que permite às demais visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos à ora recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como prova na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta.
Normas Relevantes: Arts. 4.º, 9.º, 18.º, n.º 1, al. *c)*, (19.º-21.º), 20.º, n.º 8, 24.º, n.º 3, al. *a)*, 30.º, n.ºs 1, 2, 3, 4 e 5, 31.º, n.ºs 1, 2 e 3, 32.º, n.º 2, 33.º, n.º 4, 83.º, 84.º, n.ºs 1, 2, 4 e 5 e 85.º, n.º 3 da LdC; art. 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 267.º, n.º 2 e 268.º, n.º 4 da CRP; art. 101.º do TFUE; art. 608.º,

n.º 2 do CPC; arts. 4.º, 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do CPP; arts. 41.º, n.º 1, 55.º e 62.º, n.º 1 do RGCO; art. 78.º, n.º 1 do RGICSF; arts. 6.º, 8.º, n.º 2 e 17.º, n.º 1 da Lei n.º 67/98, de 26.10; Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (2.º Juízo, 1.ª Secção), de 30.08.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 12488/15.
Recorrentes: Tabacos António Ribeiro, Lda.
Sumário: Julga improcedente o recurso e confirma a sentença proferida.
Normas Relevantes: Arts. 5.º, n.º 1, 7.º, n.ºs 1 e 2, 8.º, n.ºs 1, 2 e 4, (9.º-12.º), 17, n.º 1, 30.º, n.º 1, 100.º, n.º 1, al. *d)* e 101.º da LdC; arts. 14.º, 17.º, 22.º, 24.º, n.º 1 e 25.º, n.º 2 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 17.º, 18.º e 268.º, n.º 2 da CRP; arts. 615, n.º 1, al. *d)*, 662.º, n.º 1, 668.º, n.º 1, al. *e)*, 684.º, n.º 3, 684.º-A, n.º 2, 685.º-A, n.º 1 e 685.º-B, n.ºs 1, als. *a)* e *b)* e 5 do CPC; arts. 41.º, n.º 1 e 43.º do RGCO; arts. 1.º, 6.º, n.º 2, al. *a)*, 36.º e 45.º, n.º 1, als. *b)* e *c)* dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto; arts. 104.º, n.º 1 e 140.º do CPTA; arts. (61.º-65.º) e 101.º do CPA(91); art. 6.º, n.º 6 da Lei de acesso aos documentos da Administração (LADA) (2007).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (5.ª Secção), de 11.10.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 20/16.3YUSTR-D.L1 – Recurso Independente em Separado, n.º 20/16.3YUSTR-D do TCRS de Santarém – **Retificado** pelo Ac Rel. Lisboa de 15.12.2016.
Recorrentes: *Banco Comercial Português, S.A.; Banco Santander Totta, S.A.*
Sumário: (i) Nega provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público relativamente aos despachos proferidos pelo Sr. Juiz *a quo* a 3.03.2016 e 10.03.2016; (ii) Concede parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e total provimento ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência quanto ao despacho proferido a 30.03.2016 e, em consequência, revoga o mesmo na parte em que atribuiu aos recursos interpostos para o TCRS, a que respeitam os processos n.ºs 37/16.8YUSTR e 38/16.8YUSTR, efeito suspensivo, fixando a tais recursos efeitos meramente devolutivos.
Normas Relevantes: Arts. 29.º, n.º 4, 83.º, 84.º, n.º 4, 85.º, n.º 3 e 89.º, n.ºs 1 e 2, al. *a)* da LdC; art. 50.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 32.º, n.º 9 da CRP; arts. 24.º, n.º 2, 29.º, 400.º, n.º 1, al. *b)*, 408.º, n.º 3, 414.º,

n.º 3, 417.º, n.º 7, al. *a)* e 419., n.º 3, al. *b)* do CPP; arts. 41.º, 55.º, 64.º, 73.º e 74.º do RGCO.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 14.10.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 273/15.4YUSTR.
Recorrentes: *Peugeot Portugal, Automóveis, S.A.*
Sumário: (i) Condena a Arguido(a)/Recorrente Peugeot Portugal, Automóveis, S.A. pela prática, sob a forma dolosa, da contraordenação prevista e punida pelos artigos 68.º, n.º 1, al. *b)* e 69.º, n.ºs 1 e 3 da LdC, na coima de cento e cinquenta mil euros (€150.000.00); (ii) Condena a Arguido(a)/Recorrente em custas, fixando-se a taxa de justiça em 4UC, valor ao qual acrescem as custas fixadas pela entidade administrativa na decisão recorrida.
Normas Relevantes: Arts. 9.º, 15.º, n.º 1, als. *a)*, *b)* e *d)*, 18.º, n.º 1, al. *a)*, 68.º, n.º 1, al. *b)*, 69.º, n.ºs 1 e 3 e 88.º, n.º 1 da LdC; art. 101.º do TFUE; art. 51.º, n.º 1 do RGCO; arts. 6.º, n.º 2, 7.º, n.º 2 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 20.10.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 36/16.0YUSTR.
Recorrentes: *Associação Nacional das Farmácias; Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.; Farminveste – S.G.P.S., S. A.; HMR – Health Market Research, Lda.*
Sumário: Julga os recursos parcialmente procedentes nos seguintes termos: (i) Condena a Associação Nacional de Farmácias pela prática de uma contra-ordenação prevista e punida pelos art. 102.º, n.ºs 1 e 2, al. *a)*, do TFUE, e art. 68.º, n.º 1, al *b)*, da LdC, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de quatrocentos e nove mil, setecentos e quarenta e um euros e trinta cêntimos (€409.741,30); (ii) Condena a Farminveste S.G.P.S., S.A. pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos art. 102.º n.ºs 1 e 2, al. *a)*, do TFUE, e art. 68.º, n.º 1, al. *b)*, da LdC, entre os anos de 2010 e 2013, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de seis milhões, oitenta e dois mil e setecentos e quatro euros (€6.082.704,00); (iii) Condena a Faminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A. pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos art. 102.º, n.ºs 1º e 2º, al. *a)*, do TFUE, e art. 68.º, n.º 1, al. *b)*, da

LdC, entre os anos de 2010 e 2013, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de duzentos e trinta e três mil, quinhentos e trinta euros e oitenta cêntimos (€233.530,80); (iv) Condena a HMR – Health Market Research, Lda. pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos art. 102.º, n.ºs 1º e 2º, al. *a)*, do TFUE, e art. 68.º, n.º 1, al. *b)*, da LdC, entre os anos de 2010 e 2013, por ter empreendido, nos anos de 2010 a 2013 inclusive, conjuntamente com as demais recorrentes uma prática de compressão de margens, numa coima no montante de cento e setenta e um mil, setecentos e sessenta e sete euros e vinte cêntimos (€171.767,20); (v) Condena todas as recorrentes na sanção acessória de publicação no Diário da República e num dos jornais de maior circulação nacional a suas expensas, de extrato da presente decisão ou, pelo menos, da parte decisória da presente decisão, no prazo de trinta dias após o trânsito em julgado; (vi) Condena as recorrentes nas custas do processo.
Normas relevantes: Arts. 3.º, n.ºs 1 e 2, al. *a)*, 11.º, n.ºs 1 e 2, al. *a)*, 13.º, n.ºs 1 e 2, 68.º, n.º 1, als. *a)* e *b)*, 69.º, n.ºs 1, 2 e 8, 71.º, n.º 1, al. *a)*, 73.º, n.ºs 2 e 3, 99.º, n.º 1, 100.º, n.º 1, al. *a)* e 101.º da LdC; arts. 17.º, n.º 1, al. *b)*, 19.º, n.º 2 e 26.º, n.º 5 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 1.º, 2.º, 18.º, n.ºs 1 e 2, 20.º, n.º 4, 25.º, 29.º, n.ºs 1 e 3, 30.º, n.º 1, 32.º, n.ºs 1, 2 e 10, 165.º, n.º 1, al. *d)*, 204.º e 266.º, n.º 2 da CRP; art. 102.º, n.ºs 1 e 2, al. *a)* do TFUE; arts. 118.º, n.º 1, 119.º (a contrario), 120.º, n.º 2, al. *d)* (primeira parte), 121.º, n.º 1, al. *a)*, 123.º, 127.º, 283.º, n.º 3, 358.º, n.ºs 1 e 3, 374.º, n.º 2 e 379.º do CPP; arts. 30.º, n.º 1, 71.º, n.º 2 e 90.º-A, n.º 1 do CP; arts. 7.º, 16.º, n.º 1, 17.º, n.ºs 1 e 2, 18.º, n.º 1, 32.º, 41.º, n.ºs 1 e 2, 42.º e 58.º do RGCO; art. 125.º do CPA (2015); arts. 35.º e 376.º, n.º 1, al. *c)* do CSC; art. 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30.12; art. 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4.07; Portaria n.º 137-A/2012, de 11.05; Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002; 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; Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.° e 82.° do Tratado; Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Aplicar na Determinação de Coimas.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (9.ª Secção), de 27.10.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 90/16.4YUSTR-A.L1 – Recurso Independente em Separado, n.º 90/16.4YUSTR-A do TCRS de Santarém.

Recorrente: *Autoridade da Concorrência.*
Sumário: (i) Concede provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, declarando nula a decisão proferida pelo tribunal "*a quo*" a fls. 1407-A e sgs. dos autos principais (fls. 3 e ss. dos presentes), ao ordenar o prosseguimento autónomo dos mesmos, quando deveriam ser apensados ao processo n.º 225/15.4YUSTR, formando, assim, um único processo judicial, bem como todos os atos e decisões subsequentes ao mesmo despacho, designadamente aquele que fixou ao recurso o efeito suspensivo, nulidade esta que se afirma à luz do, disposto nos arts. 119.º, al. *e)* e 122.º, n.º 1, do C.P.P.; (ii) Mais acordam em considerar prejudicado o conhecimento dos demais fundamentos invocados, quer no recurso do Ministério Público, quer no interposto pela Autoridade da Concorrência.
Normas Relevantes: Arts. 84.º, n.ºs 1 e 4, 85.º, n.º 3 e 87.º, n.ºs 3,4 e 5 e 89.º, n.º 3 da LdC; arts. 119.º, al. *e)*, 122.º, n.º 1, 407.º e 408.º do CPP; art. 9.º, n.º 3 do CC.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.10.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 223/06.9TYLSB.
Recorrentes: *Barraqueiro, SGPS, S.A., Arriva Investimentos SGPS, S.A.*
Sumário: (i) Julga totalmente improcedente a presente ação especial administrativa e, em consequência, absolve a Ré Autoridade da Concorrência do pedido de anulação da Decisão de proibição à operação de concentração notificada pela Autoras Barraqueiro SGPS, S.A. e Arriva Investimentos SGPS, S.A., ou à operação tal qual resultou das alterações introduzidas pelos autores da notificação, por não ser a mesma operação suscetível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste; (ii) Julga totalmente improcedente o pedido de condenação das Autoras como litigantes de má-fé, absolvendo-as do pedido.
Normas relevantes: Arts. 8.º, n.º 2 e 100.º, n.º 1 da LdC; arts. (8.º-12.º, 30.º-41.º) 9.º, n.º 1, 12.º, n.ºs 2, 3 e 4, 35.º, n.ºs 2 e 3, 37.º, n.ºs 1, al. *a)* e 2 e 39.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 13.º e 266.º, n.º 2 da CRP; arts. 266.º, n.º 1, 266.º-A, 456.˚, n.ºs 1 e 2, als. *a)*, *b)* e *c)* e 485.º do CPC (95); arts. 7.º, 8.º, 9.º e 542.º do CPC (2013); arts. 6.º, n.º 4 e 9.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (2003); arts. 1.º e 91.º, n.º 1 do CPTA; arts. 3.º, 5.º, 6.º-A, 62.º, 65.º, 100.º 101.º, n.º 2, 124.º, 125.º, 133.º, n.ºs 1 e 2, 134.º, n.ºs 1, 2 e 3 e 135.º do CPA (91); arts. 5.º-8.º e 15.º da LADA (2007) art. 2.º da Lei n.º 4/2004, de

15.01; Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12.12; Decreto-Lei n.º 296/94, de 17.11; Decreto-Lei n.º 287/97, de 22.10; Decreto-Lei n.º 409/87, de 31.12; Decreto-Lei n.º 124/91, de 21.03; Decreto-Lei n.º 299-B/98, de 29.09; Decreto-Lei n.º 8/93 de 11.01; Decreto-Lei n.º 270/2003 de 28.10; Decreto-lei n.º 37.242/48 de 31.10; Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante.

Despacho de admissão de Recursos e Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.10.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 195/16.1YUSTR.
Recorrentes: *Banco Santander Totta, S.A., Banco Santander Consumer Portugal, S.A.*
Sumário: Julga totalmente improcedentes os recursos de impugnação de medidas administrativas interpostos pelas visadas/recorrentes Banco Santander Totta, S.A. e Banco Santander Consumer Portugal, S.A., absolvendo a AdC do pedido de anulação da decisão proferida em 14 de Junho de 2016 no âmbito do PRC n.º 9/2015; Julga totalmente improcedente o recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pela visada/recorrente Banco Santander Totta, S.A., absolvendo a AdC do pedido de anulação da decisão proferida em 7 de Julho de 2016 no âmbito do PRC n.º 9/2015.
Normas relevantes: Arts. 7.º, n.ºs 1 e 2, 13.º, 17.º, 18.º, n.ºs 1, al. *c)* e 2, (19.º-21.º), 20.º, n.º 8, 24.º, 30.º, n.ºs 1-5, 31.º, n.º 3, 32.º, 33.º, n.º 4, 83.º, 85.º, n.ºs 1, 2 e 3 e 89.º, n.º 1, al. *b)* da LdC; arts. 18.º, 61.º, 62.º e 266.º, n.ºs 1 e 2 da CRP; art. 101.º do TFUE; arts. 272.º, n.º 1 e 608.º, n.º 2 do CPC; arts. 4.º, 124.º, 186.º, 188.º, n.º 12, 263.º, n.º 1, 399.º, 401.º, n.º 1, al. *b)*, 406.º, n.º 1 (parte final), 407.º, n.ºs 1, 2 e 3, 408.º, n.ºs 1, 2 e 3, 411.º, n.ºs 1, al. *a)* e 6, 412.º e 414.º, n.ºs 1 e 2 do CPP; arts. 41.º, 55.º, 62.º, n.º 1, 73.º, n.º 1, al. *a)* e 74.º, n.º 4 do RGCO; art. 1.º, n.º 3 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto; art. 3.º do CPA(2015); art. 78.º, n.º 1 do RGICSF; arts. 6.º, 8.º, n.º 2 e 17.º, n.º 1 da Lei n.º 67/98, de 26.10; Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (6.ª Secção), de 24.11.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 5.15.7YQSTR-C.L1.
Recorrentes: *CITRI – Centro Integrado de Tratamento de Resíduos Industriais, S.A.; Ferrovial Serviços, S.A.; Fomentinvest Ambiente SGPS, S.A.; Hidurbe – Gestão de Resíduos, S.A.; Recivalongo – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda.;*

Recolte – Serviços e Meio Ambiente, S.A.; Retria – Gestão e Tratamento de Resíduos, Lda.; Semural – Waste & Energy, S.A.
Sumário: Julga improcedentes os recursos, assim se confirmando a sentença recorrida.
Normas relevantes: Arts. 40.º, n.º 4, al. *a)*, 41.º, n.ºs 2, 3 e 4, 53.º e 93.º, n.º 4 da LdC; arts. 373.º, n.º 3, 608.º, n.º 2, 615.º, n.º 1, als. *b), c), d)*, 635.º, n.º 2, 639.º n.ºs 1 e 2 e 641.º, n.º 2 (*a contrario*) do CPC; arts. 3.º, n.º 1, 112.º, n.º 1, 120º, n.º 1, als. *a), b)* e *c)* e n.º 3, 140.º e 147.º, n.º 1 do CPTA; arts. 124.º, 125.º, 163, n.º 1 e 168.º, n.º 1 do CPA (2015); Decreto-Lei n.º 45/2014, de 20.03; Decreto-Lei n° 214-G/2015, de 02.10; Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25.06; Resolução do Conselho de Ministros n.º 55-B/2014, de 19.09; Orientações sobre as concentrações não horizontais.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.ª Secção), de 7.12.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 225/15.4YUSTR-A.L1 – Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas, n.º 1/16.7YUSTR do TCRS de Santarém.
Recorrente: *Autoridade da Concorrência.*
Sumário: Nega provimento ao recurso, em manter a decisão recorrida nos seus precisos termos.
Normas Relevantes: Arts. 9.º, 224.º, n.º 3, al. *a)*, 30.º, n.ºs 1, 2 e 4, 32.º, n.º 2, 33.º, n.º 4 e (77.º e ss) da LdC; art. 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 101.º do TFUE; art. 412.º, n.º 1 do CPP; Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Acórdão n.º 674/2016 do Tribunal Constitucional (1.ª Secção), de 13.12.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 383/15 (Recurso vindo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão no âmbito do Processo n.º 352/15.8YUSTR).
Recorrentes: *Ministério Público*; *Autoridade da Concorrência* **Recorrido:** *Ford Lusitana, S.A.*
Sumário: (i) Julga inconstitucional a norma que estabelece que a impugnação judicial de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coima tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução, em sua substituição, no prazo fixado pelo tribunal, independentemente da sua disponibilidade económica, interpretativamente extraível dos n.ºs 4 e

5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio; (ii) Em consequência, nega provimento ao recurso.
Normas relevantes: Arts. 34.º, 67.º, 68.º, n.º 1, al *i)*, 69.º, n.º 3, 84.º, n.ºs 4 e 5 e 88.º, n.º 1 da LdC; arts. 2.º, 18.º, n.º 2, 20.º, n.ºs 1 e 5, 32.º, n.ºs 2 e 10, 81.º, al. *f)*, 99.º, al. *a)* e 268.º, n.º 4 da CRP; art. 278.º, do TFUE; art. 623.º, n.ºs 1 e 3 do CC; arts. 59.º ss, do RGCO; art. 70.º, n.º 1, al *a)* da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (1982); art. 15.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 21/85, de 30.07; art. 31.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002; arts. (160.º ss) e 162.º, n.º 2 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça arts. (156.º ss) e 158.º, n.º 2 do Regulamento de processo do Tribunal Geral.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (5.ª Secção), de 15.12.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 20/16.3YUSTR-D.L1 – Recurso Independente em Separado, n.º 20/16.3YUSTR-D do TCRS de Santarém.
Recorrentes: *Autoridade da Concorrência.*
Sumário*: (i)* 1. No parágrafo quarto da página 21 onde se lê "Quer isto dizer, no nosso entender, que a regra prevista no n.º 3 do art.º 85.º do NRC, à semelhança do que acontece no processo penal para a competência por conexão (cf. art.º 24.º,n.º 2 do CPP) não pode deixar de comportar, pelo menos, a exceção resultante do facto de os recursos para o tribunal da 1.ª instância de decisões interlocutórias se encontrarem todos pendentes de decisão e, portanto, não se encontrarem na mesma fase processual. Nesse mesmo sentido se pronunciam os comentadores da Lei da Concorrência Anotada, (coord. Carlos Botelho Moniz p.755, Almedina,2016)" passará a constar e a ler-se: – Quer isto dizer, no nosso entender, que a regra prevista no n.º 3 do art.º 85.º do NRC, à semelhança do que acontece no processo penal para a competência por conexão (cf. art.º 24.º,n.º 2 do CPP) não pode deixar de comportar, pelo menos, a exceção resultante do facto de os recursos para o tribunal da 1.ª instância de decisões interlocutórias **não** se encontrarem todos pendentes de decisão e, portanto, não se encontrarem na mesma fase processual. Nesse mesmo sentido se pronunciam os comentadores da Lei da Concorrência Anotada, (coord. Carlos Botelho Moniz p.755, Almedina,2016); (ii) 2. No parágrafo oitavo da página 25 onde se lê «Ora, nos recursos que foram admitidos através do despacho recorrido, respeitantes aos processos n.ºs 37/16.8YUSTR e 38/16.6YUSTR, não está em causa nenhuma das situações excecionais previstas na lei que permite a atribuição do efeito suspensivo aos recursos» passará a constar e a

ler-se: Ora, nos recursos que foram admitidos através do despacho recorrido, respeitantes aos processos n.ºs 20/16.3YUSTR, 21/16.1YUSTR, 37/16.8YUSTR e 38/16.6YUSTR, não está em causa nenhuma das situações excecionais previstas na lei que permite a atribuição do efeito suspensivo aos recursos; (iii) 3. Na alínea *b)* do dispositivo, página 26, onde consta "Conceder parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e total provimento ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência quanto ao despacho proferido a 30.03.2016 e, em consequência, revogar o mesmo na parte em que atribuiu aos recursos interpostos para o TRCS, a que respeitam os processos n.ºs 37/16.8YUSTR e 38/166.6YUSTR, efeito suspensivo, fixando a tais recursos efeitos meramente devolutivo", passará a constar e a ler-se: b) Conceder parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público e total provimento ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência quanto ao despacho proferido a 30.03.2016 e, em consequência, revogar o mesmo na parte em que atribuiu aos recursos interpostos para o TRCS, a que respeitam os processos n.ºs 20/16.3YUSTR, 21/16.1YUSTR, 37/16.8YUSTR e 38/16.6YUSTR, efeito suspensivo, fixando a tais recursos efeitos meramente devolutivo.
Normas Relevantes: Arts. 380, n.º 1, al. *b)* e 425.º, n.º 4 do CPP.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 20.12.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 195/16.1YUSTR-B.
Recorrentes: *Banco Santander Totta, S.A., Banco Santander Consumer Portugal, S.A.*
Sumário: Julga totalmente improcedentes os recursos de impugnação de medidas administrativas interpostos pelas visadas/recorrentes Banco Santander Totta, S.A. e Banco Santander Consumer Portugal, S.A., absolvendo a AdC do pedido de anulação da decisão proferida em 14 de Junho de 2016 no **âmbito** do PRC n.º 9/2015.
Normas relevantes: Arts. 7.º, n.ºs 1 e 2, 9.º, 18.º, n.º 1, al. *c)*, (19.º-21.º), 30.º, n.ºs 1, 2, 3, 4 e 5, 31.º, n.º 3, 32.º, 33.º, n.º 4, 83.º e 85.º, n.ºs 1 e 2 da LdC; arts. 18.º, 61.º, 62.º e 266.º, n.ºs 1 e 2 da CRP; art. 101.º, do TFUE; art. 608.º, n.º 2 do CPC; arts. 4.º, 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do CPP; art. 8.º, n.º 3 do CC; arts. 41.º, 55.º e 62.º, n.º 1 do RGCO; art. 1.º, n.º 3 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto; art. 3.º do CPA (2015); Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Acórdão n.º 674/2016 do Tribunal Constitucional (2.ª Secção), de 21.12.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 931/16 (Recurso vindo do Tribunal da Relação de Lisboa no âmbito do Processo n.º 90/16.4YUSTR-A.L1).
Recorrentes: *Banco Comercial Português.*
Sumário: (i) Não conhece do recurso interposto para este Tribunal Constitucional pelo recorrente Banco Comercial Português, S.A.; (ii) Condena o recorrente nas custas, que se fixam, atendendo à dimensão e complexidade do recurso, em 7 (sete) UCS.
Normas relevantes: Arts. 84.º, n.º 4 e 85.º, n.º 3 da LdC; arts. 119.º, al. e) e 122.º, n.º 1 do CPP; art. 70.º, n.º 1, al *b)* da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (1982); arts. 76.º, n.º 3 e 78.º-A, n.º 1 da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (1998).

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA — JULHO A DEZEMBRO DE 2016

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abusos de posição dominante

Acórdão do Tribunal Geral de 30 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-70/15.
Partes: *Trajektna luka Split*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-76/14.
Partes: *Morningstar*/Comissão.

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de dezembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-762/14.
Partes: *Philips e Philips France*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de dezembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-758/14.
Partes: *Infineon Technologies*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de dezembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-421/09 RENV.
Partes: *DEI*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de dezembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-169/08 RENV.
Partes: *DEI*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-519/15 P.
Partes: *Trafilerie Meridionali*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-490/15 P.
Partes: *Ori Martin*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13 de dezembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-95/15.
Partes: *Printeos e o.*/Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-472/13.
Partes: *Lundbeck*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-471/13.
Partes: *Xellia Pharmaceuticals e Alpharma*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-470/13.
Partes: *Merck*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-469/13.
Partes: *Generics* (UK)/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-467/13.
Partes: *Arrow Group e Arrow Generics*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-460/13.
Partes: *Sun Pharmaceutical Industries e Ranbaxy* (UK)/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 8 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-54/14.
Partes: *Goldfish* e o./Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-101/15 P.
Partes: *Pilkington Group* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de julho de 2016, proferido no âmbito do Processo C-542/14 (a título prejudicial).
Partes: *VM Remonts e o. /*Konkurences padome.

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de julho de 2016, proferido no âmbito do Processo T-146/09 RENV.
Partes: *Parker Hannifin Manufacturing e Parker-Hannifin*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de julho de 2016, proferido no âmbito do Processo C-567/14.
Partes: *Genentech /*Hoechst GmbH.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-164/15 P.
Partes: Comissão/*Aer Lingus.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-131/15 P.
Partes: *Club Hotel Loutraki e o./*Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-20/15 P.
Partes: Comissão/*World Duty Free Group.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-524/14 P.
Partes: Comissão/*Hansestadt Lübeck.*

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de dezembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-808/14.
Partes: Espanha/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de dezembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-37/15.
Partes: *Abertis Telecom Terrestre*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de novembro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-486/15 P.
Partes: Comissão/França *e Orange*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-449/14 P.
Partes: *DTS Distribuidora de Televisión Digital*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-590/14 P.
Partes: *DEI* e Comissão/*Alouminion tis Ellados*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-211/15 P.
Partes: *Orange*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de outubro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-242/15 P.
Partes: *Land Hessen/Pollmeier Massivholz*.

Acórdão do Tribunal Geral de 11 de outubro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-167/14.
Partes: *Søndagsavisen*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo C-574/14.
Partes: *PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A./Prezes Urzędu Regulacji Energetyki*.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-386/14.
Partes: *FIH Holding e FIH Erhvervsbank*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-220/13.
Partes: *Scuola Elementare Maria Montessori*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-219/13.
Partes: *Ferracci*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de setembro de 2016, proferido no âmbito do Processo T-57/15.
Partes: *Trajektna luka Split*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de julho de 2016, proferido no âmbito do Processo C-493/14.
Partes: *Dilly's Wellnesshotel/Finanzamt Linz.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de julho de 2016, proferido no âmbito do Processo C-546/14.
Partes: *Kotnik e o. /Državni zbor Republike Slovenije.*

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de julho de 2016, proferido no âmbito do Processo T-143/12.
Partes: Alemanha/Comissão.

BIBLIOGRAFIA

Novidades bibliográficas

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

Andrew Gavil/William Kovacic/Jonathan Baker/Joshua Wright – *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, 3.ª ed., West Academic Publishing, 2016.

Andrew Macnab – *Bellamy & Child: Materials on European Union Law of Competition: 2016 Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

Anne C. Witt – *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, London: Hart Publishing, 2016.

Antonio Bavasso/Louise Tolley (eds.) – *Butterworths Competition Law,* 22.ª ed., Lexis Nexis: Butterworths, 2016.

Ariel Ezrachi – *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 5.ª ed., London: Hart Publishing, 2016.

Bernardine Adkins/Sam Beighton (eds.) – Private Antitrust Litigation: Global Guide, 2.ª ed., The European Lawyer, 2016.

Csongor Istvan Nagy (ed.) – *The Procedural Aspects of the Application of Competition Law: European Frameworks – Central European Perspectives*, Europa Law Publishing, 2016.

Damiano Canapa – *Trademarks and Brands in Merger Control*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

Franz Jurgen Sacker/Frank Montag (eds.) – *European State Aid Law: A Commentary*, C. H. Beck/Hart/Nomos, 2016.

Herbert Hovenkamp – *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, 3.ª ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

Helen Yu – *Achieving Proof of Concept in Drug Discovery and Development: The Role of Competition Law in Collaborations Between Public Research Organizations and Industry*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016.

Herwig C. H. Hofmann/Claire Micheau (eds.) – *State Aid Law of the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

Howard Langer, *Competition Law in the United States*, 3.ª ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

Inge Graef – *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility,* Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

Jonathan Parker/Adrian Majumdar – *UK Merger Control*, 2.ª ed., London: Hart Publishing, 2016.

Lahcen Achy/Susan Joekes (eds.) – *Competition Policies and Consumer Welfare: Corporate Strategies and Consumer Prices in Developing Countries*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016.

Laura Elizabeth John/Jon Turner (eds.) – *Bellamy & Child European Union Law of Competition: Third Cumulative Supplement to the Seventh Edition*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

Leigh Hancher/Tom Ottervanger/Piet Jan Slot – *EU State AIDS,* 5.ª ed., London: Sweet & Maxwell, 2016.

Marcelo den Toom – *Competition Law in Argentina*, 2.ª ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

Maurice Stucke/Allen Grunes – *Big Data and Competition Policy*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

Pernille Wegener Jessen/Bent Ole Gram Mortensen/Michael Steinicke/Karsten Engsig Sorensen – *Regulating Competition in the EU,* Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

Peter C. Ward – *Federal Trade Commission: Law, Practice and Procedure*, Law Journal Press, 2016.

Phillip E. Areeda/Herbert Hovencamp – *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 4.ª ed., Aspen Publishing, 2016.

Philipp Werner/Vincent Verouden – *EU State Aid Control: Law and Economics*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

Renato Nazzini – *Concurrent Proceedings in Competition Law: Procedure, Evidence and Remedies*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2016.

Richard A. Givens – *Antitrust: An Economic Approach*, Law Journal Press, 2016.

Thomas V. Vakerics – *Antitrust Basics*, Law Journal Press, 2016.

Vasiliki Brisimi – *The Interface between Competition and the Internal Market: Market Separation under Article 102 TFEU*, reimpr., London: Hart Publishing, 2016.

William T. Lifland – *State Antitrust Law,* Law Journal Press, 2016.

EVENTOS

elaborado por Nazaré da Costa Cabral e Raquel Santos

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Campanha "Combate ao Conluio na Contratação Pública"

Porto, 23 de setembro de 2016

A Campanha "Combate ao Conluio na Contratação Pública", lançada pela Autoridade da Concorrência (AdC) em junho de 2016, foi apresentada no Porto a decisores da Administração Pública, responsáveis pelo aprovisionamento e compras das entidades públicas adjudicantes, bem como gestores das empresas fornecedoras de bens e serviços ao Estado.

Perante uma audiência de cerca de uma centena de participantes, a vogal do conselho de administração da AdC, Maria João Melícias, fez uma intervenção sobre concorrência e eficiência na contratação pública, enquanto a economista-chefe da AdC, Ana Sofia Rodrigues, sublinhou o papel das entidades adjudicantes, formas de deteção e de prevenção de conluio na contratação pública. O Diretor-Geral de Investigação, Pedro Marques Bom, abordou o papel da Autoridade da Concorrência na investigação e sanção deste tipo de práticas.

A sessão contou ainda com as intervenções de César Pestana, Vice-Presidente da eSPap, e de João Barroso, Diretor de Compras Públicas da mesma entidade, parceira da AdC nesta campanha.

Esta iniciativa alerta para indícios de conluio na contratação pública, formas de deteção e de prevenção e dá a conhecer o papel da AdC na investigação e sanção deste tipo de práticas. A concertação de propostas com o objetivo de eliminar a concorrência entre empresas nos contratos públicos é uma prática que compromete seriamente a eficiência na afetação dos recursos públicos e é punível nos termos da Lei da Concorrência. Ao longo de 2016 e 2017, a AdC leva a Campanha de Combate ao Conluio na Contratação Pública a diversas cidades do país.

Projeto de Avaliação de Impacto Concorrencial da Legislação em vigor no setor dos transportes e nas profissões liberais

Lisboa, 18 de outubro de 2016

A Autoridade da Concorrência lançou o Projeto de Avaliação de Impacto Concorrencial da Legislação em vigor no setor dos transportes e nas profissões liberais, em parceria com a OCDE.

A apresentação decorreu durante uma conferência que contou com a participação de membros do Governo de áreas relevantes para o projeto em causa. O Ministro da Saúde, o Ministro da Economia, a Ministra do Mar, o Secretário de Estado da Presidência do Conselho de Ministros, o Secretário de Estado Adjunto, do Tesouro e das Finanças, a Secretária de Estado da Justiça, o Secretário de Estado das Infraestruturas e o Secretário de Estado do Ambiente foram alguns dos participantes que contribuíram para o debate.

A sessão contou igualmente com intervenções de representantes da OCDE, nomeadamente do Secretário-Geral Adjunto Rintaro Tamaki, do Diretor Interino da Divisão de Concorrência Sean Ennis, da Chefe de Relações Globais da Divisão de Concorrência Ania Thiemann, e do Representante Permanente de Portugal junto da OCDE, Paulo Vizeu Pinheiro.

A primeira parte do encontro consistiu numa reunião do grupo de alto nível que contou ainda com a participação do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, do Secretário de Estado das Pescas, do Presidente do Conselho Diretivo do IMT e do Presidente do Conselho Diretivo do IMPIC.

Ainda que de modo não intencional, o Estado pode introduzir restrições à concorrência. Neste sentido, com vista à promoção de um ambiente regulatório pró-concorrencial em Portugal e à identificação de eventuais restrições, este estudo visa analisar o impacto concorrencial do quadro legal e regulatório aplicável em dois setores com um papel central na competitividade da economia nacional. Ao longo da sua execução, decorrerão outros encontros.

Seminário na Faculdade de Economia da Universidade do Porto (FEUP)

Porto, 27 de outubro de 2016

O Presidente da Autoridade da Concorrência, António Ferreira Gomes, foi recebido no Porto num seminário sobre "Defesa e promoção da concorrência em Portugal", no âmbito do Mestrado em Economia da FEUP.

Colóquio "A Transposição da Diretiva Private Enforcement"
Lisboa, 28 de outubro de 2016
A Diretiva 2014/104/UE sobre as ações de indemnização por violação do Direito da Concorrência e o projeto de diploma preparado pela Autoridade da Concorrência foram o ponto de partida para esta iniciativa da Comissão de Concorrência da ICC Portugal (International Chamber of Commerce), do CAPDC (Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência) e da União dos Advogados Portugueses.
Este colóquio juntou vários interessados, entre magistrados, advogados e empresas, que puderam debater uma matéria com eventuais implicações ao nível da aplicação do Direito da Concorrência nos tribunais portugueses. Contou com oradores de diversos organismos, nacionais e internacionais, nomeadamente do Tribunal de Justiça da União Europeia, do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão, da Direção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia, de advogados especialistas em Direito da Concorrência, da Autoridade da Concorrência e professores.
A vogal do conselho de administração da AdC, Maria João Melícias, moderou o painel "Impacto da Diretiva 2014/104/EU no Direito da Concorrência da UE e na Política de Concorrência".

Conferência Internacional "Private Enforcement of Competition Law"
Porto, 5 de novembro de 2016
"Private Enforcement of Competition Law" foi o tema da conferência internacional que teve lugar na Universidade Católica do Porto e contou com um amplo espetro de oradores, nacionais e internacionais.
O Presidente da Autoridade da Concorrência, António Ferreira Gomes, participou na sessão de boas-vindas e a vogal do conselho de administração, Maria João Melícias, foi uma das oradoras no painel "Portuguese Proposal for a law transposing the Private Enforcement Directive" com uma apresentação denominada "Practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal".

INSTITUTO DE DIREITO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (IDEFF)

Conferência "Concorrência e clemência: experiência e lições"
Lisboa, 16 de novembro de 2016
O primeiro painel, intitulado "A aplicação do regime da clemência em Portugal: experiência e lições", constou com as seguintes intervenções: Miguel Moura e Silva (AdC/FDUL) – *Moderador*; Mário Marques Mendes (Advogado) – *O regime de clemência em Portugal da perspetiva das empresas*; Joaquim Vieira Peres (Advogado) – *A tutela dos clementes: direitos de defesa e o acesso à prova*; e Carlos Pinto Correia (Advogado) – *O procedimento de transação e o programa de clemência*.
No segundo painel, intitulado "Perspetivas ibéricas sobre o regime de clemência", estiveram Nuno Cunha Rodrigues (FDUL) – *Moderador*; Pedro Marques Bom (AdC) – *Os programas de clemência em Portugal: passado e presente*; Evelyne Ameye (Advogada) – *O regime da clemência em Espanha*; e Miguel Sousa Ferro (FDUL) – *Clemência e private enforcement: conciliação de interesses públicos e privados*.

NOTAS CURRICULARES

ANA CATARINA MARTINS
Advogada-Estagiária na Vieira Fonseca & Associados – Sociedade de Advogados RL. É licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2014). Frequenta atualmente o Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da mesma Faculdade, encontrando-se a redigir a dissertação final.

Trainee-Lawyer at Vieira Fonseca & Associados – Sociedade de Advogados RL. Graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2014). She is currently attending the Master's Degree in Legal Forensic Sciences at the same Law School, drafting her final dissertation.

BRUNO MIGUEL FERNANDES
Licenciado em Direito (2012) e Mestre em Ciências Jurídico-Financeiras (2016) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É Advogado na Nascimento Catarino & Associados – Sociedade de Advogados RL.

Graduated in Law (2012) and Master in Law and Economics (2016) from the University of Lisbon Law School. He is a lawyer at Nascimento Catarino & Associados – Sociedade de Advogados RL.

EDMILSON CONDE
Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2014). Exerceu advocacia na qualidade de advogado-estagiário na Morais Leitão Galvão Teles & Associados (2014-2015) e na ACE Advogados (2016). Atualmente, frequenta o Mestrado em Direito Administrativo na Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa.

Graduated in Law from the Faculty of Law of the University of Lisbon (2014). He was a trainee-lawyer in Morais Leitão Galvão Teles & Associados (2014-2015) and ACE Advogados (2016). Currently doing a Masters in Administrative Law in Catholic University of Portugal – Lisbon School.

JOANA GATO
Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2015). Frequenta atualmente o Mestrado em Ciências Jurídico Forenses da mesma Faculdade, encontrando-se a redigir a dissertação final.

Graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2015). Is currently attending the Master's Degree in Legal Forensic Sciences at the same Law School, drafting her final dissertation.

JOÃO NUNO ALVES MONTEIRO CASQUINHO
Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2015). Frequenta atualmente o Mestrado em Ciências Jurídico Forenses da mesma Faculdade, encontrando-se a redigir a dissertação final.

Graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2015). Is currently attending the Master's Degree in Legal Forensic Sciences at the same Law School, drafting his final dissertation.

JOÃO PEDRO NEVES RODRIGUES
Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2015). Frequenta atualmente o Mestrado em Ciências Jurídico Forenses da mesma Faculdade, encontrando-se a redigir a dissertação final.

Graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2015). He is currently attending the Master's Degree in Legal Forensic Sciences at the same Law School, drafting his final dissertation.

LUÍS FILIPE MOTA ALMEIDA
Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2015) e Mestrando em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2015). He *is currently undertaking a Master's Degree in Administrative Law at University of Lisbon Law School.*

LUÍS SEINFERT GUINCHO
Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2014) e pós-graduado em Estudos Europeus pela mesma Faculdade (2014). Concluiu o LL.M. in Competition Law and Regulation na Universidade de Amesterdão (2015), tendo também participado no curso intensivo de Direito

Europeu no Instituto Universitário Europeu em Florença (2016). Atualmente, é advogado-estagiário no Departamento de Direito da Concorrência & Europeu na SRS Advogados e frequenta o Curso de Pós-Graduação em Economics for Competition Law no King's College London.

Graduated in Law from the Faculty of Law of the University of Coimbra (2014), where he also concluded a post-graduate course in European Studies (2014). He holds an LL.M. in Competition Law and Regulation from the Amsterdam Law School (2015) and participated in an intensive summer course in European Law at the European University Institute in Florence (2016). He is currently a trainee-lawyer at the Competition & EU law department at SRS Advogados and is enrolled in a Post-graduate Diploma in Economics for Competition Law at King's College London.

MARIA ELISABETE RAMOS

Licenciada e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (respetivamente, 1991 e 1997). Doutorada pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área das Ciências Jurídico-Empresariais (2010). Professora Auxiliar da Faculdade de Economia de Coimbra, desde 2005. É docente do MBA para Executivos/FEUC, onde tem lecionado Direito das Empresas e Direito da Concorrência. É autora e coautora de livros e de artigos publicados em revistas jurídicas nacionais e internacionais, especialmente em matérias de direito societário e direito da concorrência. Membro do Observatório da Concorrência. É membro do Conselho Científico da AIDA – Association Internationale de Droit des Assurances (Portugal). Investigadora do Centre for Business and Economics Research (CeBER) da Universidade de Coimbra.

Graduated in Law from the from the University of Coimbra Lae School (1991). She gained a Master's degree in law from the same university in May 1997. PhD in Law – Faculty of Law of Coimbra, specialization in Legal Corporate Sciences (2010). Assistant Professor at the Faculty of Economics of the University of Coimbra, since 2005. Teacher of Corporate Law and Competition Law at the Executive MBA Program of the Faculty of Economics, University of Coimbra. Author and co-author of several publications, mainly in the areas of corporate law and competition law. Member of the Portuguese Competition Law Observatory. Member of the Scientific Board of AIDA – Association Internationale de Droit des Assurances (Portuguese section). Researcher at the Center for Business and Economics Research (CeBER), University of Coimbra.

MARIA JOÃO SEMEDO
Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2015), e em Gestão pelo Instituto Superior de Economia e Gestão (2009). Concluiu recentemente a parte escolar do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2016). Entre 2010 e 2014 exerceu funções no departamento financeiro de uma empresa de tecnologias de informação. Atualmente, prepara a tese de Mestrado subordinada ao tema da responsabilidade penal das pessoas coletivas.

Graduated in Law by the University of Lisbon Law School (2015), and in Management by the Higher Institute of Economy and Management (2009). Recently concluded the first part of the Master's in Legal Forensic Sciences at the University of Lisbon Law School (2016). Between 2010 and 2014 worked in the financial department of an IT company. Is currently preparing her Master's thesis on the criminal liability of legal persons.

MARIANA MEDEIROS ESTEVES
Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto e mestre em Direito Público, Internacional e Europeu pela Universidade Católica do Porto. Em 2016 frequentou e concluiu a Pós-Graduação em Fiscalidade, com especialização em fiscalidade avançada das transações internacionais, pela Universidade Católica de Lisboa. Exerce atualmente funções como consultora assistente de fiscalidade na PricewaterhouseCoopers, em Lisboa.

Graduated in Law from the University of Porto Law School and has completed a master's degree in Public, European and International Law at the Portuguese Catholic University, in Porto. In 2016 completed a Post-Graduation in Taxation, with specialization in advanced taxation of international transactions, ate the Portuguese Catholic University, in Lisbon. Currently, she is working as assistant tax consultant at PricewaterhouseCoopers, in Lisbon.

PEDRO MATIAS PEREIRA
Licenciado (2007) e mestre (2010) em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde também iniciou o Doutoramento em Direito Público, tendo sido admitido à preparação da tese de doutoramento (2015). É advogado desde 2011 e Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra desde 2010 (Ciências Jurídico-Económicas). É autor de vários artigos científicos no âmbito do Direito Público e tem lecionado em várias instituições, públicas e privadas. É membro do Instituto

Jurídico da Universidade de Coimbra, do Grupo de Contratação Pública do Centro de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) e árbitro do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD).

Graduated in Law (2007) and Master in Public Law (2010) both from the University of Coimbra Law School. He has started his PhD in Public Law at the same institution, where he was admitted to the preparation of his doctoral thesis. He started his career as a lawyer in 2011 and he is also a Teaching Assistant at the Faculty of Law mentioned above, since 2010 (Business Law). He is the author of several scientific articles in the field of public law and has been teaching on related subjects in both public and private institutions. He is a member of the University of Coimbra Institute for Legal Research, a member of the Public Procurement Group of the Centre for Studies in Public Law and Regulation (CEDIPRE) and he is also an arbitrator of the Administrative Arbitration Centre (CAAD).

RICARDO QUINTAS

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015) e mestrando do Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Civilísticas da mesma faculdade. Recebeu, no curso de Licenciatura, o Prémio Wolters Kluwers (2014/2015) e o Prémio Doutor Luiz Cabral de Moncada (2014/2015). Foi incluído na lista dos 3% melhores estudantes da Universidade de Coimbra (2011/2012; 2012/2013; 2013/2014; 2014/2015).

Graduated in Law from the University of Coimbra Law Faculty (2015). He is currently carrying out work for the Masters' degree in Civil Law from the same Faculty. He is recipient of the Wolters Kluwers (2014/2015) and Doutor Luiz Cabral de Moncada (2014/2015) Awards. Was included in the Top 3% Students of University of Coimbra (2011/2012; 2012/2013; 2013/2014; 2014/2015).

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 carateres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.

6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrencia.pt.

7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrencia.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.

8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.

2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.

3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.

4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.

5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.

6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting revista@concorrencia.pt.

7. Contributions must be sent in digital format to the email address 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
Paulo de Sousa Mendes/Miguel Sousa Ferro

CONSELHO CIENTÍFICO
Presidentes: António Ferreira Gomes/Eduardo Paz Ferreira

Membros:
António Avelãs Nunes
António Menezes Cordeiro
Augusto Silva Dias
Barry Hawk
Bernardo Feijóo Sánchez
Bo Vesterdorf
Carlos Pinto Correia
David Gerber
Diogo Rosenthal Coutinho
Donald Baker
Douglas Rosenthal
Eleanor Fox
Fernando Borges Araújo
Fernando Herren Aguillar
Francisco Marcos
Floriano Marques
François Souty
Frederic Jenny
Geraldo Prado
Gerhard Dannecker
Germano Marques da Silva
Giorgio Monti
Harry First
Heike Schweitzer
Ioannis Kokkoris
João Ferreira do Amaral
Jorge Braga de Macedo
Jorge de Figueiredo Dias
José António Veloso
José Danilo Lobato
José Luís da Cruz Vilaça
José de Faria Costa
José de Oliveira Ascensão
José Lobo Moutinho
José Manuel Sérvulo Correia
Jürgen Wolter
Keiichi Yamanaka
Klaus Rogall
Laurence Idot
Luís Cabral
Luís Greco
Manuel da Costa Andrade
Manuel Lopes Porto
Marco Bronckers
Maria Fernanda Palma
Mark Zöller
Miguel Moura e Silva
Miguel Nogueira de Brito
Miguel Poiares Maduro
Nicolas Charbit
Oswald Jansen
Patrick Rey
Paulo Câmara
Paulo de Pitta e Cunha
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/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO REDATORIAL
Presidente: Catarina Anastácio

Comissão Coordenadora:
Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves
Luís Vale Lima
Nazaré da Costa Cabral
Ricardo Bayão Horta
Vítor Miguel Lourenço

Editores:
Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado
Carlos Pinto Correia/João E. Gata

Concorrência – Práticas restritivas
Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

Concorrência – Auxílios de Estado
Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

Concorrência – Concentrações
Margarida Rosado da Fonseca

Autoridades reguladoras
João Miranda

Direito contraordenacional e processual penal
Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Economia
António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

Água e resíduos
João Miranda

Ambiente
Carla Amado Gomes

Aviação civil
António Moura Portugal

Comércio, consumo e concorrência desleal
Teresa Moreira

Contratação pública
Nuno Cunha Rodrigues

Energia
Gonçalo Anastácio

Financeiro
Luís Máximo dos Santos/Rute Saraiva

Transportes terrestres e marítimos
Tânia Cardoso Simões

Saúde
Nuno Castro Marques

Secretariado Executivo:
Manuela Oliveira
Natália Leite

ALMEDINA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

DIREÇÃO:
LUÍS SILVA MORAIS
PAULO DE SOUSA MENDES

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME

MORADA

CÓD. POSTAL – LOCALIDADE

TELEFONE Nº CONTRIBUINTE

PROFISSÃO

EMAIL

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 2 0

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

ALMEDINA

MULTIBANCO
movimenta a vida

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRECTO (ADC)

ENTIDADE | 1 | 0 | 6 | 4 | 4 | 4 | NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO | | | | | | | | | | | | |

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRECTOS

NOME

EMAIL

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50

CONTRIBUINTE FISCAL

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

DATA – –

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE[1]	INICIA A MÊS	INICIA A ANO	TERMINA A MÊS	TERMINA A ANO

[1] REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

· Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
· Remeter a ADC para:
EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net.
· Qualquer alteração que pretenda efectuar a esta autorização bastará contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita
· Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
· Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)
· Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efectuar as seguintes operações:
· Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
· Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
· Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net