

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO
FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

C&R

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Periodicidade: Trimestral

Direção: Paulo de Sousa Mendes • Miguel Sousa Ferro

Presidência do Conselho Científico: Eduardo Paz Ferreira • Margarida Matos Rosa

Presidência do Conselho de Redação: Catarina Anastácio

Conselho Consultivo: João E. Gata • Jorge Simões • Nuno Cunha Rodrigues

ANO VIII • NÚMERO 29
JANEIRO – MARÇO 2017



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO VII • NÚMERO 29
JANEIRO – MARÇO 2017

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção

PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

presidência do conselho científico

EDUARDO PAZ FERREIRA • MARGARIDA MATOS ROSA

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 29

janeiro – março 2017

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%)

JULHO 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

13 DOUTRINA

15 Doutrina geral

17 Isabel Andrade / Joaquim Miranda Sarmento – *Uma análise contratual às renegociações das PPP e concessões no setor das águas em Portugal*

71 Nuno Cunha Rodrigues / Rui Guerra da Fonseca – *O quadro da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro*

107 Tânia Luísa Faria – *Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspetivas*

139 Álvaro Silveira de Meneses – *Leading the way through: the role of the European Central Bank as pendulum, shield and supervisor of the euro area*

153 Dossier temático

Direito processual penal e probatório

155 Renzo Orlandi – *“Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional*

181 Antonieta Nóbrega – *O jornalista assistente no processo penal português*

213 Joana Geraldo Dias – *A consagração de um novo paradigma na ordem jurídica: a divisão bipartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas*

235 Sónia Cruz Lopes – *Interceção de comunicações para prova dos crimes de injúrias, ameaças, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego cometidos por meio diferente do telefone*

255 LEGISLAÇÃO

257 Legislação nacional

257 Legislação nacional de regulação – janeiro a março de 2017

359 JURISPRUDÊNCIA

261 Jurisprudência geral

261 Jurisprudência nacional de concorrência – janeiro a março de 2017

269 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – janeiro a março de 2017

273	BIBLIOGRAFIA
275	Novidades bibliográficas
277	EVENTOS
281	NOTAS CURRICULARES
287	ÍNDICE CONSOLIDADO POR TEMAS
307	Colaboração com a <i>Revista de Concorrência e Regulação</i>
309	Órgãos Sociais

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Paulo de Sousa Mendes

Miguel Sousa Ferro

Com a publicação do n.º 29 da C&R, a Revista marca, em simultâneo, vários eventos importantes.

Inicia-se o 8.º ano consecutivo da sua publicação.

2017 começa com uma nova composição da Presidência do Conselho Científico da C&R, que passa a ser coexercida pela Dr.ª Margarida Matos Rosa, que assumiu a Presidência da Autoridade da Concorrência em dezembro de 2016.

E verifica-se ainda o cumprimento do objetivo de recuperação do atraso de publicação da C&R que a nova Direção estabeleceu como um dos seus objetivos no início das suas funções no ano transato.

O n.º 29 reúne artigos relativos a um amplo leque de temáticas, com análises

With the publication of issue 29 of C&R, the Journal celebrates, simultaneously, several important events.

It is the beginning of the 8th consecutive year of its publication.

2017 starts with a new composition of the Presidency of the Scientific Council of C&R, which is now co-held by Margarida Matos Rosa, who became the new President of the Competition Authority in December 2016.

And we have attained the objective of recovering the delay in the publication of C&R, which the new Board had established as one of its objectives at the beginning of its functions in the previous year.

Issue 29 brings together papers relating to a broad range of topics, with in-depth

aprofundadas de questões controversas da nossa atualidade jurídica.

O primeiro artigo traz-nos uma análise interdisciplinar sobre a problemática da renegociação de parcerias público-privadas, focando-se especificamente no setor das águas. Isabel Andrade & Joaquim Miranda Sarmento aliam uma abordagem teórica a uma detalhada análise da realidade prática, baseada na sua experiência profissional e investigação realizada, para promover a reflexão da comunidade jurídico-política sobre a eventual necessidade de reponderação desta temática. Embora os Autores se mostrem favoráveis ao estabelecimento de Parcerias Público-Privadas (PPP), defendem que a longa duração e incompletude destes contratos pode justificar a sua renegociação para atender a modificações supervenientes de circunstâncias. Com base numa análise do historial de 31 concessões neste setor, em Portugal, os Autores concluem que há uma elevada taxa de renegociações (74%) e que a maioria destas não se fundou (apenas) na incapacidade de prever evoluções futuras, mas sim em modificações de opções de investimento, que, frequentemente, poderiam ter sido evitadas no planeamento inicial.

Nuno Cunha Rodrigues & Rui Guerra da Fonseca abordam a difícil questão da responsabilidade civil extra-contratual das entidades reguladoras

analysis of controversial issues currently debated in our legal community.

The first paper brings us an interdisciplinary analysis of the complex issue of the renegotiation of public-private partnerships, focusing specifically on the water sector. Isabel Andrade & Joaquim Miranda Sarmento bring together a theoretical approach and a detailed analysis of practical reality, based on their professional experience and investigation carried out, to foster the debate within our legal-political community on the possible need to rethink this issue. While the authors are favourable to the establishment of public-private partnerships (PPP), they hold that the long duration and the incomplete nature of these contracts may come to justify their renegotiation to take into account ulterior modifications of circumstances. On the basis of a historic dataset with 31 concession agreements in this sector, in Portugal, the authors conclude that there is a high rate of renegotiations (74%) and that the majority of these was not due (solely) to an incapacity to foresee future developments, but to changes in investment options, which could often be avoided in the initial planning.

Nuno Cunha Rodrigues & Rui Guerra da Fonseca approach the complex issue of the non-contractual liability (tort) of independent regulatory authorities, in the

independentes, na ordem jurídica portuguesa (com ligações ao ordenamento europeu), que tem vindo a ser discutida com crescente frequência perante os nossos tribunais. Com base numa análise geral da legislação e doutrina sobre a matéria, os Autores analisam os requisitos da responsabilidade civil para discutir eventuais especificidades do regime neste contexto, com destaque para o elemento da culpa.

Tânia Luísa Faria traz-nos uma das primeiras análises jurídicas em língua portuguesa da controvérsia instalada na Europa (e no Mundo) sobre a capacidade do direito da concorrência de responder, de modo adequado, aos desafios colocados pela realidade dos *big data*. Pode o direito da concorrência regular eficazmente as práticas anticoncorrenciais de empresas com serviços *online* que recolhem dados em massa e os usam para concorrer melhor ou os monetizam? Qual a fronteira do comportamento anti-concorrencial nestes casos? Será que alguns dos problemas que têm vindo a ser identificados não cairão fora do âmbito da concorrência, podendo e devendo ser resolvidos por outros ramos do Direito?

Álvaro Silveira de Meneses traz-nos uma descrição e análise da controversa mudança de paradigma na interpretação pelo Banco Central Europeu das suas funções na Zona Euro. A decisão de 2012 de passar a intervir ativamente

Portuguese legal order (with connections to the EU legal order), which has come to be raised before our national courts with increasing frequency. On the basis of a general analysis of legislation and literature on this issue, the two authors analyse the requisites for civil liability in order to discuss the possible existence of specificities of this regime when applied to this specific context, with special focus on the element of fault.

Tânia Luísa Faria brings us one the first legal analysis in the Portuguese language of the controversy which has raised its head in Europe (and all over the World) on whether Competition Law is capable of responding, in an adequate manner, to the challenges placed by the reality of big data. May competition law effectively regulate anticompetitive practices of companies with online services which collect mass data and use it to provide better services or monetize them? Where should we draw the border of anticompetitive behaviour in these cases? May it be that some of the problems which have been identified fall outside the scope of competition, and instead can and should be handled by other branches of the law?

Álvaro Silveira de Meneses provides us with a description and analysis of the controversial shift in paradigm of the European Central Bank's interpretation of its functions within the Euro Zone. The

para reagir à crise financeira e salvar a Zona Euro baseou-se numa interpretação discutível do Tratado, que foi validada pelo Tribunal de Justiça da UE. O Autor, que concorda com o delicado equilíbrio encontrado pelo BCE e pelo TJUE, debruça-se ainda sobre as medidas concretas que foram adotadas e seu impacto.

O dossier temático versa sobre algumas questões atuais de processo penal e direito probatório.

O artigo de Renzo Orlandi analisa o impacto devastador que a experiência judiciária conhecida por Operação Mãos Limpas (*Mani pulite*), decorrida nos anos de 1992 a 1994, em Milão, teve sobre o destino da classe governante italiana. O artigo explica também o contexto jurídico e processual em que a Operação Mãos Limpas amadureceu, dando conta das tendências que caracterizaram a evolução do direito processual penal italiano, em especial a partir da entrada em vigor do Código de Processo Penal ocorrida em 24 de outubro de 1989. É também abordada a técnica investigativa usada na Operação Mãos Limpas. O artigo refere ainda o conflito duro e áspero entre a magistratura e a advocacia criminal que derivou da marginalização substancial da defesa nos muitos processos que a Operação Mãos Limpas havia propiciado. Finalmente, o artigo medita sobre a experiência italiana, tirando algumas conclusões críticas

2012 decision of beginning to intervene actively to react to the financial crisis and save the Eurozone was based on an arguable interpretation of the Treaty, which was validated by the European Court of Justice. The author, who agrees with the delicate balance found by the ECB and ECJ, also tackles the specific measures which were adopted and their impact.

The special dossier focuses on some actual topics of criminal procedure and evidence law.

*The paper of Renzo Orlandi analyses the devastating impact that the judicial investigation known as Operation “Clean Hands” (*Mani pulite*), which occurred between 1992 and 1994 in Milan, had on the fate of the Italian ruling class. The article also explains the legal and procedural context in which the Clean Hands operation has matured, taking into account the trends that have characterized the evolution of Italian criminal procedural law, especially since the new Code of Criminal Procedure entered in force on October 24, 1989. Also discussed is the investigative technique used in Operation Clean Hands. The article also refers to the harsh conflict between the judiciary and the criminal lawyers that stemmed from the substantial marginalization of defence in the many processes that Clean Hands had brought. Finally, the article reflects on the Italian experience, drawing*

em relação ao comportamento de todas as categorias de sujeitos que se reuniram e confrontaram durante a Mãos Limpas: políticos, magistrados, jornalistas e advogados criminais.

O artigo de Antonieta Nóbrega tem pontos de contacto com a temática anterior, na medida em que analisa e discute, agora no contexto português atual, a legitimidade da intervenção dos jornalistas no próprio âmago do processo penal, considerando os casos em que se constituíram como assistentes no processo para obter informação sujeita a segredo de justiça e divulgá-la através dos órgãos de comunicação social.

Já no domínio da prova digital, que assume um protagonismo crescente no direito processual penal e probatório contemporâneo, Joana Geraldo Dias trata da divisão bipartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas como novo paradigma introduzido na ordem jurídica pela Lei do Cibercrime. Na verdade, o legislador considera separadamente os momentos de acesso aos dados telemáticos (dados armazenados e dados em transmissão), reforçando assim a tutela constitucional do direito da privacidade e da inviolabilidade das comunicações, independentemente do tipo de dados em causa.

Por fim, Sónia Raquel Lopes analisa a interceção de comunicações para prova dos crimes de injúrias, ameaças,

some critical conclusions regarding the behaviour of all categories of subjects gathered and confronted during the Clean Hands: politicians, magistrates, journalists, criminal lawyers.

Antonieta Nóbrega's article has some points of contact with the previous theme, insofar as it analyses and discusses, now in the current Portuguese context, the legitimacy of journalists' intervention in the very heart of the criminal process, considering the cases in which they constituted themselves as parts in criminal proceedings solely to obtain information subject to the secrecy of justice and to disseminate it through the media.

In the field of electronic evidence, which assumes a growing role in contemporary procedural criminal & evidence law, Joana Geraldo Dias deals with the bipartite division of electronic communications data as a new paradigm introduced in the legal system by the Cybercrime Act. In fact, the legislator considers separately the moments of access to electronic data (stored data and data in real time transmission), thus reinforcing the constitutional protection of the right to privacy and inviolability of communications, regardless of the type of data in question.

Lastly, Sónia Raquel Lopes analyses the interception of communications to prove the crimes of injuries, threats, coercion, deprivation of privacy and

coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego cometidos por meio diferente do telefone. Como método de investigação oculto, a interceção de comunicações é uma medida essencial para a investigação do chamado delito informático, uma vez que permite às autoridades competentes obter informações relevantes para a investigação e para punir o autor do crime.

disturbance of the peace and quiet committed by means other than the telephone. As an occult method of investigation, the interception of communications is an essential measure for the investigation of the so-called cybercrimes, since it allows the competent authorities to obtain information relevant to the investigation and to punish the perpetrator.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

DOCTRINA GERAL

UMA ANÁLISE CONTRATUAL ÀS RENEGOCIAÇÃO DAS PPP E CONCESSÕES NO SETOR DAS ÁGUAS EM PORTUGAL

Isabel Andrade / Joaquim Miranda Sarmiento***

ABSTRACT: In this paper we analyse the theoretical framework concerning concessions and Public-Private Partnerships, with a particular focus on renegotiations, using the Portuguese experience in the water sector. Concession contracts are incomplete by nature. Along with the fact that they are very-long contracts (over 20 years), with heavy investments and in a heavily regulated sector, they tend to be frequently renegotiated. Therefore, we consider the legal and economic literature to analyse the 41 renegotiations events that occurred in 31 concessions.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Revisão de literatura. 2.1. A delimitação do conceito de contratos em PPPs e concessões. 2.2. Caracterização do instrumento PPPs e concessões. 2.3. O conceito de renegociações nas PPPs e concessões. 2.4. As determinantes contratuais e institucionais das renegociações de contratos de PPPs e concessões. 2.5. As particularidades das concessões de serviços de águas. 3. O setor das águas em Portugal. 4. As renegociações no setor das águas em Portugal. 5. Síntese conclusiva.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, na construção, recuperação e manutenção de infraestruturas e serviços públicos, por todo o Mundo, tem-se recorrido progressivamente mais ao setor privado. Tradicionalmente, o Estado era responsável por todas as fases do processo, desde a conceção e planeamento até à prestação do serviço. O setor privado apenas participava, em regime de concurso de empreitada pública, na construção das infraestruturas. Contudo, as crescentes restrições

* Licenciada em Direito (Faculdade de Direito de Lisboa) e Mestre em Economia e Políticas Públicas (ISEG). Coordenadora do Departamento de Análise Jurídica da ERSAR.

** Professor Auxiliar de Finanças no ISEG; Ph.D in Finance (Tilburg University).

orçamentais criaram as condições ideais para alargar o campo de atuação do setor privado. Este passou a ser responsável por um conjunto maior de fases do processo, incluindo a conceção, planeamento, construção, financiamento, manutenção e a efetiva operação/prestação do serviço. Generalizou-se, assim, sobretudo na Europa, Austrália, Canadá e Nova Zelândia, o recurso à utilização das Parcerias Público-Privadas (PPPs).

A OCDE (2008) define as Parcerias Público Privadas (PPP) como “... um acordo entre o Setor Público e uma ou mais entidades privadas, no qual estas últimas prestam um serviço que corresponde aos requisitos definidos pelo Governo e que ao mesmo tempo gera lucro para os acionistas, dependendo estes dois requisitos dos riscos alocados a cada parte”¹.

A provisão dos serviços públicos de abastecimento de água e/ou de saneamento de águas residuais (também designados como serviços de águas) constitui uma responsabilidade pública, que em Portugal pertence, em primeira linha, aos municípios.

Numa das mais significativas reformas do setor das águas em Portugal, ocorrida no início dos anos 90, justificada pela necessidade de recuperar o atraso na infraestruturização do país, foi consagrada a possibilidade de os municípios concessionarem os respetivos serviços de águas a empresas de capitais privados (entre outros modelos organizativos). Desde então, cerca de quatro dezenas de municípios portugueses optaram por este modelo. Ainda que o número de concessões possa ser considerado reduzido, face ao número de municípios portugueses (cerca de 300), a população servida por concessionárias municipais ultrapassa os 2,5 milhões de habitantes (ou seja, ¼ da população total do país).

Mesmo tendo-se verificado uma relativa estabilidade do quadro legal destas concessões, o desenho dos contratos e o modelo de financiamento adotado foram evoluindo ao longo do tempo, assumindo algumas das características associadas ao mais recente conceito de parcerias público privadas (PPP).

1 “...an agreement between the government and one or more private partners (which may include the operators and the financiers) according to which the private partners deliver the service in such a manner that the service delivery objectives of the government are aligned with the profit objectives of the private partners and where the effectiveness of the alignment depends on a sufficient transfer of risk to the private partners” (OCDE, 2008: 17).

A atribuição das concessões é, por regra, feita por procedimento concursal, que pretende assegurar a escolha do operador que oferece mais *value for money*². O contrato é, em regra, celebrado por um período longo, normalmente, entre 25 a 30 anos, por forma a garantir o retorno do investimento do ente privado, o pagamento da dívida bancária e a responsabilização daquele pelo serviço. A empresa fica responsável pela construção da infraestrutura e/ou prestação do serviço, mas também pelo financiamento necessário. Este financiamento é concretizado, na maioria das vezes, através de dívida bancária sem qualquer tipo de garantia, que não os “*cash-flows*” do projeto. Pelo que o *nível de risco* quer-se baixo, sob pena de a banca emprestar a taxas de juro altas, ou mesmo recusar-se a financiar o projeto.

Para além do *value for money*, isto é, se estes contratos de facto geraram uma maior *eficiência* nos gastos públicos, tem-se discutido bastante a *questão da contabilização* destes projetos em termos públicos³, sempre que estejam em causa PPPs e concessões em que as receitas dos privados vêm quase exclusivamente de pagamentos efetuados pelo setor público (seja por disponibilidade, seja por pagamentos em função da produção/utilização pelos utentes), ainda que possa haver receitas comerciais (designadas por “*third part revenues*”), mas tendencialmente reduzidas.

Como regra geral, na fase de investimento as PPP não contam para efeitos do défice e da dívida pública. Dito de outro modo, durante a fase de construção

2 Utilidade retirada de cada compra ou gasto público. O *value for money* baseia-se não no menor custo de aquisição/produção, mas sim na máxima eficiência dos gastos públicos (Grimsey & Lewis, 2002 e 2005; Shaoul, 2002, 2005 e 2009). O maior custo de financiamento do privado face ao público é uma crítica apontada às PPP. Tal diferença no custo de financiamento do projeto pode fazer com que os ganhos de eficiência não sejam suficientes para que a PPP gere *value for money*.

3 Tornou-se assim necessário a clarificação da forma de contabilização, no âmbito do setor público, como do setor privado envolvido neste tipo de operações. Pese embora o tratamento orçamental varie de país para país (uma vez que cada país apresenta o seu orçamento de forma diferente), o tratamento em contas nacionais tem um processo definido, quer pelas regras mais genéricas do FMI, quer pelas instruções, mais concretas, do Eurostat. Para uma análise das regras do Eurostat sobre a contabilização das PPP sugere-se: section 4.2, “*Long term contracts between government units and non-government partners* (p. 19); Azevedo, 2008 e Sarmento, 2011.

Em termos contabilísticos puros, as características orçamentais de uma PPP traduzem-se: (i) na “saída” temporária do Orçamento do Estado de despesas de capital, melhorando, *ceteris paribus*, o nível do saldo orçamental; (ii) e no registo do financiamento de infraestruturas de uso público fora do balanço do Estado (*off-balance sheet*), não aumentando, dessa forma, a dívida pública. Num contexto de limites internacionais (ao nível da União Europeia) ao défice orçamental e à dívida pública, as apontadas características abrem opções, designadamente a de permitir atenuar eventuais restrições financeiras sobre o investimento público. As PPP, de um ponto de vista estritamente orçamental, distinguem-se do investimento público tradicional por permitirem uma “diluição” no tempo da despesa de capital inicial associada à aquisição das infraestruturas públicas.

do ativo não existe qualquer impacto orçamental. Apenas quando se iniciam os pagamentos é que se contabilizada essa despesa. Este procedimento tem levantado uma indiscutível polémica, uma vez que, por um lado, trata-se de um risco de *desorçamentação* que não é despiciendo, e por outro, permite lançar muitos projetos sem que haja um critério de escolha apurado, realizando-se projetos não viáveis. Além disso, pode gerar graves restrições orçamentais a médio prazo, se o volume de pagamentos de todas as PPP for significativo.

A somar-se à situação que decorre dos elevados encargos futuros das PPP, temos o facto de aqueles valores serem somente uma projeção dos encargos já assumidos. Ou seja, os valores que os Orçamentos de Estado apresentam anualmente para os próximos 30/40 anos, ao nível dos encargos com PPP, são apenas o que contratualmente está assumido. Sucede, como a experiência dos últimos anos o tem demonstrado, que esses valores são normalmente inferiores aos valores reais que são pagos. Isto porque durante o decorrer das concessões, tem-se verificado processos de renegociação e de reequilíbrio financeiro que, na maioria dos casos, tem levado a um aumento dos encargos públicos com as PPP. Desta forma, as renegociações e os reequilíbrios financeiros contribuem de forma significativa, não apenas para o aumento dos encargos (e consequentemente para a deterioração das contas públicas), mas também para um nível elevado de incerteza no planeamento orçamental e financeiro do Estado no médio e longo prazo.

No caso do setor das águas, não existe, em regra, um encargo público direto para o município concedente, dado que a concessionária é remunerada pelas tarifas pagas pelos utilizadores do serviço (estabelecendo-se ainda, em muitos casos, a obrigação de pagamento pela concessionária de uma retribuição/renda a favor do concedente). Nestes casos, os encargos destas concessões (para efeitos de avaliação e comparação de projetos) devem, portanto, ser analisados na ótica dos utilizadores e para todo o período da concessão, nomeadamente pelo valor atualizado líquido dos proveitos tarifários para todo o período da concessão.

Por outro lado, todos estes contratos acabam por ser muitas vezes renegociados num ambiente que já não é concorrencial, o que leva a questionar se os ganhos de eficiência obtidos naquele primeiro momento se perdem. A percepção pública acerca destas renegociações é negativa, prevalecendo a visão de que se tornaram uma prática recorrente que beneficia o concessionário em prejuízo do interesse público, o que poderá ter contribuído para a tendência, dos últimos anos, de redução significativa da atribuição de novas concessões.

O tema das renegociações de PPPs e concessões tem merecido alguma atenção por parte da literatura, tanto de uma perspectiva mais teórica, analisando e discutindo de que forma contratos de longo prazo e, por natureza, incompletos, podem lidar com a incerteza, como empírica, embora, no que respeite ao setor das águas, não exista ainda um estudo exaustivo do efeito de todos os potenciais determinantes das renegociações.

O Tribunal de Contas (TC) identificou, nos diferentes trabalhos realizados, duas grandes deficiências das PPPs a nível central:

- Estrutura e gestão das PPPs, desde a conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e monitorização dos processos;
- Processo orçamental, quanto à transparência e fiabilidade da informação, e à falta de informação plurianual detalhada.

As principais críticas do TC têm-se centrado em: (i) um controlo orçamental fraco, em parte devido à dispersão e indiferenciação dos encargos com as PPPs em face de outros encargos; (ii) a ausência de identificação de custos adicionais, como sejam os decorrentes de expropriações e de alterações legislativas, nomeadamente os custos decorrentes de processos de reequilíbrio financeiro; (iii) a falta de quantificação prévia das implicações financeiras para o Estado pela introdução, por parte deste, de modificações unilaterais aos contratos de PPPs; (iv) a não inscrição no Orçamento de Estado (OE) – desde o ano em que são lançadas as parcerias – dos encargos futuros; (v) a existência de montantes de potenciais encargos adicionais de valor muito elevado, devido sobretudo a importâncias reclamadas pelos parceiros privados a título de reequilíbrios financeiros.

Adicionalmente os encargos com as PPPs do Estado central são registados em várias rubricas do OE e da Conta Geral do Estado, o que objetivamente dificulta o apuramento dos encargos do Estado com as PPPs.

No que respeita às concessões municipais de serviços de águas, o TC aponta igualmente deficiências aos processos de preparação dos concursos e desenho dos contratos, devido à ausência de uma prévia análise de risco e de sustentabilidade dos potenciais impactos financeiros associados à evolução de eventuais cenários adversos das concessões. Considera ainda que as cláusulas de reequilíbrio constantes na generalidade dos contratos limitam o risco assumido pelos operadores privados. Estas circunstâncias, aliadas a uma menor capacidade técnica e negocial dos municípios são responsáveis, segundo o TC, pelo facto

de os processos de renegociação ocorridos não se terem em regra revelado benéficos para o interesse público.

Refira-se que a experiência de reequilíbrios e renegociações em Portugal tem-se revelado o “calcanhar de Aquiles” deste tipo de projetos, uma vez que a assimetria de informação e posição coloca os privados em termos vantajosos. Contudo, e apesar da relevância do tema, é limitada a prestação pública de contas sobre estes processos. Com efeito, não existe do lado público uma lista dos processos de reequilíbrio/renegociação, que permitisse sistematizar a informação (embora desde 2013 a UTAP apresente os processos de renegociação iniciados em cada ano). Como decorre de tal facto, também não são públicos quaisquer avaliações dos processos de reequilíbrio financeiro por parte do Estado ou dos municípios, com exceção dos relatórios do Tribunal de contas sobre a Fertagus, sobre a Lusoponte ou sobre a regulação de PPP no setor das águas (sistemas em baixa)⁴, ou dos pareceres da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos⁵.

Este artigo está assim organizado: a revisão de literatura é apresentada no capítulo 2; o caso português do setor das águas é descrito no capítulo 3 e os resultados no capítulo 4. O capítulo 5 apresenta uma síntese do artigo.

4 Os relatórios do Tribunal relativos a PPP são: (i) em 2003, o relatório de auditoria às concessões rodoviárias em regime de portagem SCUT (Relatório de Auditoria n.º 14/03 – 2.ª Seção); (ii) em 2004, o Título 3 do Volume I do Parecer do TC sobre a Conta Geral do Estado de 2004; (iii) em 2005, o relatório de auditoria às concessões rodoviárias em regime de portagem SCUT – follow-up (Relatório de Auditoria n.º 34/2005 – 2.ª Seção); (iv) em 2005, o relatório de auditoria aos encargos do Estado com PPP: concessões rodoviárias e ferroviárias (Relatório de Auditoria n.º 33/05 – 2.ª Seção); (v) em 2007, o relatório de auditoria aos encargos do Estado com PPP: concessões rodoviárias e ferroviárias – follow-up (Relatório de Auditoria n.º 04/07 – 2.ª Seção); (vi) em 2009, o relatório de auditoria ao Programa de Parcerias Público-Privadas da Saúde (Relatório n.º 15/2009); (vii) em 2012, o Relatório de auditoria ao modelo de gestão, financiamento e regulação do setor rodoviário (Relatório n.º 15/2012); (viii) em 2014, o Relatório de auditoria à Regulação de PPP no Setor das Águas (sistemas em baixa) (Relatório n.º 3/2014 – 2.ª Seção). Adicionalmente temos o relatório do TC sobre PPPs individuais, tais como os dois relatórios sobre a Lusoponte (Relatório n.º 31/2000 e Relatório n.º 47/2011), os dois relatórios sobre a Fertagus (Relatório n.º 31/2005 e Relatório n.º 11/2012), os dois relatórios sobre o Hospital de Cascais (Relatório n.º 6/2008 e Relatório n.º 11/2014), ou o relatório sobre a Indaqua Feira (Relatório n.º 34/2004). Todas as auditorias do TC desde 1999 podem ser consultadas em: <http://www.tcontas.pt>.

5 Nos termos dos respetivos Estatutos (aprovados pela Lei n.º 10/2014, de 6 de março), os pareceres da ERSAR sobre a celebração e modificação de contratos de concessão são objeto de publicitação na página da internet desta entidade reguladora.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1. A delimitação do conceito de contratos em PPPs e concessões

O Estado (central e local) é responsável por assegurar a prestação de serviços essenciais para responder a necessidades básicas dos cidadãos, que o setor privado não satisfaria por sua iniciativa através do simples funcionamento do mercado (ou, pelo menos, não da forma mais eficiente). Tradicionalmente, entre as várias funções que são atribuídas ao Estado, compete-lhe o fornecimento aos cidadãos de um conjunto de serviços públicos (como a saúde, educação, assistência social, etc.), bem como a construção de infraestruturas básicas (estradas, pontes, caminhos de ferro, entre outras). O motivo pelo qual o Estado providencia esses serviços reside naquilo a que se designa por “falhas de mercado”. Ou seja, entre as diferentes razões, encontramos o facto de apesar de, muitas vezes, estes projetos não serem rentáveis do ponto de vista financeiro, as externalidades positivas fazerem com que o projeto deva ser executado. Ou seja, os projetos públicos têm outro tipo de vantagem que não é medida pelo lucro ou pelo valor financeiro que geram. Trata-se de benefícios de ordem social, como a redução do analfabetismo, a melhoria das condições de saúde da população ou a redução da sinistralidade. Embora tudo isto tenha um valor económico, nem sempre esse valor pode ser expresso em euros, e nem sempre se traduz por receitas diretamente associadas ao projeto. Uma estrada que reduza o tempo de deslocação de pessoas e mercadorias e, simultaneamente, permita a redução da sinistralidade, terá um impacto positivo no nível e qualidade de vida das pessoas que utilizam essa via. Mas este benefício não tem um impacto financeiro direto na estrada, que possa ser medido.

Adicionalmente, compete ao Estado garantir o acesso universal a certo tipo de bens e serviços, como a saúde e a educação. De outra forma, onerando diretamente os cidadãos por esses custos, resultaria na exclusão de uma parte da população. No caso de infraestruturas apresenta-se ainda o motivo que, tratando-se de um investimento elevado, a sua rentabilidade pode ser apenas de longo prazo, e, como tal, de difícil execução pelo setor privado. Além do mais, o investimento e prestação deste tipo de serviços é crucial para o desenvolvimento económico, o bem-estar e a qualidade de vida, assim como para a correção de desigualdades e assimetrias, quer sociais, quer regionais.

Contudo, desde os anos 90 que se popularizou, não apenas no Reino Unido (pioneiro nesta alteração) e em Portugal, mas a nível mundial, a participação do setor privado na prestação destes serviços e na construção, financiamento

e manutenção destas infraestruturas. Em grande parte, esta mudança está associada à emergência da “new public management”, enquanto nova conceção de governação. Desta forma, o Estado redefine as suas funções e tarefas administrativas, mas, simultaneamente, reforça o seu poder público ao nível das funções de soberania (sobretudo justiça), assim como também ao nível da regulação e supervisão dos mercados. Trata-se assim de uma separação das funções de “definição de políticas” (“steering”) e das funções de prestação de serviços (“rowing”), ficando estas últimas não só na esfera pública, mas também privada, com um acréscimo de concorrência, essencial para uma maior eficácia e eficiência.

Tal objetivo pode ser alcançado através de vários modelos organizativos, com maior ou menor intervenção do Estado e de operadores privados: desde a sua provisão por meios exclusivamente públicos, até à prestação por operadores privados em mercados liberalizados, mas sujeitos a obrigações de serviço público definidas pelo Estado (como é, por exemplo, o caso da comercialização de energia elétrica ou das telecomunicações em Portugal e vários outros países).

No modelo da concessão, o operador privado é encarregue de gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público. O direito comunitário admite várias cambiantes no desenho dos contratos de concessão em função das tarefas que são confiadas ao concessionário (construção e exploração de uma infraestrutura, prestação e gestão de serviços, ou ambos), do tipo de risco transferido (nomeadamente a procura ou a disponibilidade) e da forma de remuneração do concessionário (pelos utilizadores da obra ou serviço concessionado e/ou pelo concedente), embora sempre sem garantia de recuperação total dos investimentos realizados, por força do risco assumido⁶.

6 Comissão Europeia, 2003.

Condições	Contratação tradicional	PPP
Investimento	<ul style="list-style-type: none"> ■ Responsabilidade do Estado ■ Contrato de empreitada com uma empresa construção ■ Risco de derrapagem geralmente é do Estado 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Responsabilidade do privado ■ O contrato de construção é celebrado entre o privado e outras empresas ■ Risco de derrapagem é assumido pelo privado
Financiamento	<ul style="list-style-type: none"> ■ Exclusivamente público 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Privado (Dívida bancária e capitais dos donos da empresa). ■ Em alguns setores, existe a possibilidade do investimento ser cofinanciado por fundos Europeus
Custos para o Estado	<ul style="list-style-type: none"> ■ Custo inicial do investimento ■ Custo anual da manutenção do ativo 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pagamento anuais, após a conclusão da construção, pelo período do contrato (20-30 anos) ■ Nota: Não se aplica às concessões dos serviços de águas.
Riscos	<ul style="list-style-type: none"> ■ Totalmente alocados ao setor público 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Repartidos entre o setor público e a empresa privada

Fonte: Autores, com base na literatura

O conceito de Parcerias Público-Privadas (PPP) generalizou-se a partir dos anos 90, mas o seu significado nem sempre é considerado claro, ou sequer admitida a sua autonomia face aos demais modelos de contratação. Como nota Hodge (2007), para além de poderem ser entendidas como uma forma de classificar um universo muito variado de arranjos institucionais ou instrumentos de governança, as PPP têm também sido acusadas de ser um mero artifício de linguagem, usado com o objetivo de evitar as expressões de contratação e privatização, mas sem delas verdadeiramente se distinguir.

De entre as diferentes definições de PPP utilizadas para designar novos arranjos institucionais, é possível identificar, como traços comuns⁷, a colaboração,

7 Vide CE, 2003, Grimsey & Lewis, 2004, OCDE, 2008 e Yescombe, 2007.

por via de um complexo contratual, entre um parceiro público e um ou mais parceiros privados, através da qual estes últimos asseguram a provisão de um serviço público, por um prazo relevante, de acordo com requisitos definidos pelo parceiro público e assumindo riscos associados a essa atividade. As PPP assentam, em regra, no financiamento a cargo do operador privado e no estabelecimento de montagens contratuais complexas, utilizadas para gerir e transferir os riscos associados à provisão do serviço.

As Parcerias Público-Privadas⁸ constituem contratos assinados entre uma entidade pública – administração central ou empresa pública – e uma entidade privada, para a construção de uma obra perspectivada como um investimento de interesse público.

Apesar de reconhecer muitas similitudes entre concessões e PPP, a OCDE distingue estas figuras em função de dois critérios: nas concessões existe uma maior transferência de risco do que nas PPP, especialmente o de procura, e a remuneração dos concessionários depende mais dos preços cobrados aos utilizadores do serviço, podendo eventualmente não receber sequer qualquer pagamento do parceiro público (OCDE, 2008). Assim, e voltando à ideia da gradação dos diferentes modelos contratuais de colaboração entre as entidades públicas e os operadores privados, a OCDE coloca as concessões entre as PPP e a privatização.

A Comissão Europeia⁹ adota, porém, um conceito mais amplo de PPP, que inclui as concessões como um dos modelos contratuais que aquelas podem assumir.

De todo o modo, as concessões também não se limitam a um subconjunto dos instrumentos em que as PPP podem ser corporizadas. Com efeito, as concessões de serviço puras, também designadas de *affermage* no modelo francês, nas

8 Entende-se por *Parceria Público-Privada* o contrato ou a união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado (artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de julho – republicação do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril). Na definição de Leitão Marques, Santos & Gonçalves, 2013: 171: “Uma *parceria público-privada* consiste numa relação por um prazo determinado entre duas ou mais organizações – uma ou mais de natureza pública e uma ou mais de natureza privada ou social – baseada em expectativas e valores mútuos, com o objetivo de alcançar objetivos negociais específicos, através da maximização da eficácia dos recursos de ambas as partes. As PPP são, portanto, caracterizadas por partilharem investimento, risco, responsabilidade e resultados”.

9 Assim como o legislador português (artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de julho, que define as regras aplicáveis às PPP do Estado).

quais o privado opera infraestruturas já existentes, não poderão ser consideradas PPP, na medida em que não implicam financiamento privado na construção ou remodelação de ativos, traço característico das mesmas (Yescombe, 2007).

França será dos países com mais longa tradição no recurso à concessão para a provisão dos serviços de águas, mas este modelo tem sido ainda adotado em muitos outros países em várias regiões do mundo. Os estudos que adiante se analisarão abrangem as concessões de águas da América Latina, assim como as portuguesas.

2.2. Caracterização do instrumento PPPs e concessões

Tanto as concessões e como a generalidade das PPP distinguem-se da chamada contratação tradicional por se traduzirem em contratos de longo prazo (em regra associado à necessidade de permitir a recuperação do investimento de que o operador privado é encarregue¹⁰), implicarem a responsabilização do privado pela gestão global de um projeto (serviço público) e envolverem a transferência de risco para este (de procura, de construção, etc.).

O risco está associado à probabilidade de um determinado evento ou resultado se vir a desviar do esperado, o que se pode traduzir num retorno inferior ou superior ao esperado. A assunção de riscos pelo parceiro privado significa, por isso, que o mesmo assume os custos e os benefícios decorrentes da eventual verificação de certos eventos associados à prestação do serviço que lhe foi confiado¹¹. A transferência de riscos para o operador privado constitui o principal mecanismo de incentivo à eficiência do privado, porque essa será a forma de maximizar o retorno que pode obter, constituindo assim o meio de a entidade pública criar *value for money*¹². Existe *value for money* quando o privado consegue prestar o serviço com a mesma qualidade do que a entidade pública a um preço inferior ou quando, pelo mesmo preço, consegue prestar um serviço melhor, sendo que qualquer destas situações deriva de uma maior eficiência¹³. Assim, o principal elemento de decisão económica numa PPP deve

10 A transferência da responsabilidade pela execução e financiamento de grandes investimentos para os operadores privados é apontada como um dos motivos para a generalização do recurso às PPP, por permitir um diferimento da despesa pública (a autoridade pública remunera o parceiro privado apenas na fase da operação), bem como a substituição de despesas de investimento (com impacto na dívida e no défice) por despesas correntes.

11 Grimsey & Lewis, 2005.

12 Sarmento & Renneboog, 2014.

13 Ball *et al.*, 2007, Quiggin, 2005.

basear-se na sua eficiência microeconómica, nos benefícios identificados ao nível da melhor gestão de recursos e não no aumento da margem de manobra da decisão orçamental, que a mesma pode proporcionar no curto prazo. A análise do *value for money* é realizada normalmente através da utilização de um comparador do setor público (CSP)¹⁴. A opção PPP apenas é benéfica se não exceder o custo de o projeto ser realizado através de uma forma tradicional de “*procurement* público”.

Como a alocação de riscos faz com que a empresa privada seja responsável por vários riscos, duas combinações são utilizadas por estas para reduzir, ao máximo, o risco do projeto: o primeiro é a principal estratégia de PPP, e consiste em a empresa privada transferir os riscos que lhe foram alocados (tanto quanto é possível) para terceiros partes a um preço razoável, através de contratos de construção, seguros ou de operação e manutenção, nos termos dos quais cada um desses terceiros assume parte dos riscos inicialmente transferidos para o parceiro privado. Isso permite baixar substancialmente o nível de risco da PPP. A segunda estratégia para ter um baixo nível de risco consiste na atribuição de garantias do governo e incentivos financeiros¹⁵. Estas duas estratégias permitem um elevado nível de alavancagem e, por conseguinte, um custo médio ponderado do capital relativamente baixo. Desta forma, o custo do financiamento não será muito maior do que a taxa de juro sem risco. E isso é um passo crucial para a PPP alcançar *Value for Money*, uma vez que uma maior eficiência do setor privado é capaz de superar a diferença no custo de financiamento.

No entanto, perante os modelos existentes na prática, diversos autores têm levantado dúvidas sobre a eficiência dos dinheiros públicos (*Value for Money*)¹⁶, assim como sobre a sustentabilidade orçamental dos encargos futuros destes contratos¹⁷.

A discussão sobre as vantagens e desvantagens das PPP é seguramente um dos aspetos mais polémicos nesta temática. No entanto, em nossa opinião existem três vantagens principais, e cinco desvantagens principais. As vantagens são:

14 Os motivos de utilização preferencial de um CSP antes da negociação, os pré-requisitos necessários para uma utilização eficiente e as taxas de desconto possíveis são descritos em Sarmento (2010).

15 Alonso-Conde, Brown & Rojo-Suarez, 2007.

16 E.g.: Froud & Shaoul, 2001; Shaoul, 2002; Shaoul, 2005; Ng & Loosemore, 2007; Broadbent, Gill & Laughlin, 2008; Shaoul, 2009.

17 Grimsey & Lewis, 2002; Grimsey & Lewis, 2005.

1) trazer para um projeto público as competências e a eficiência privadas; 2) a partilha dos riscos e 3) a construção de infraestruturas que de outra forma não seriam realizáveis dados os constrangimentos orçamentais. As desvantagens são: 1) a tentação de desorçamentar; 2) o custo de financiamento do privado ser superior ao do público; 3) risco de perdas de qualidade; 4) a complexidade dos contratos e 5) a questão da “accountability”¹⁸. A principal vantagem apontada a uma PPP consiste em trazer para o projeto público as competências do setor privado. Assume-se assim que, em princípio, a gestão privada será mais eficiente que a gestão pública. Desta forma, procura-se reduzir custos, mantendo o mesmo nível de serviço e qualidade. Essa redução de custos passa pela melhor qualidade dos projetos, níveis superiores de eficiência, maior inovação, redução de custos e prazos e menor propensão para desvios na construção das infraestruturas. Ou seja, gerar *value for money* para o Estado. De facto, como o privado assume a responsabilidade pela construção e manutenção do ativo por um período longo de tempo, procurará mitigar erros e falhas no planeamento. Isto porque esses erros podem significar custos maiores de manutenção no futuro ou dificuldade em prestar o serviço, com consequente perda de receitas e/ou penalizações.

Ou seja, o privado olhará não apenas para o custo inicial mas para o custo ao longo de toda a vida do projeto, integrando as suas várias fases do mesmo. No setor público tende a ocorrer o contrário. Como o decisor público está em funções por um período limitado de tempo, tende a procurar mitigar os custos na fase de investimento (até pelas restrições orçamentais). Tal pode acarretar custos maiores de manutenção ou de grandes reparações durante a vida útil do ativo. Adicionalmente, na construção de infraestruturas em contratação tradicional, possíveis defeitos/falhas podem só ser detetados mais tarde, já após o período de garantia, desresponsabilizando o privado.

Adicionalmente, uma PPP permite partilhar com o privado um conjunto de riscos que de outra forma estariam todos sob a responsabilidade do Estado. Outra vantagem frequentemente apontada é facto de o recurso a PPP ter permitido a construção de infraestruturas que, de outra forma, provavelmente não teriam sido construídas, dadas as restrições orçamentais. Contudo, esta vantagem leva-nos à discussão da principal desvantagem, que é a desorçamentação destes investimentos.

18 Sobre as vantagens e desvantagens, ver Kwak, 2009 e Sarmiento & Renneboog, 2014.

São ainda invocados outros argumentos a favor das PPP, nomeadamente o facto de permitirem a redução de custos e desvios de tempos na construção de infraestruturas, de na maioria dos contratos se verificar o cumprimento do que está acordado entre o público e o privado e de PPP se tornarem mais eficientes com base na experiência adquirida.

A principal crítica apontada a este mecanismo decorre de os governos se poderem sentir tentados a utilizar PPP para evitar restrições orçamentais. Isto é particularmente verdade em países como Portugal, onde desde há mais de 10 anos que o défice orçamental se tornou uma preocupação fundamental. Esta desorçamentação pode gerar, como ocorreu entre nós, dois tipos de problemas (embora não nas concessões, e apenas nas PPPs): primeiro, um elevado volume de encargos futuros, que oneram o Orçamento no médio prazo e constituem um problema para a sustentabilidade das finanças públicas. Segundo, não havendo impacto no défice orçamental no imediato, existe o risco de um excesso de investimento nomeadamente em infraestruturas que, por não terem racionalidade económica, podemos classificar como não necessárias. A inexistência de uma perceção de custos (porque eles só vão ocorrer dentro de alguns anos) pode resultar em decisões de investimento erradas.

Outra crítica apontada prende-se com o facto de em muitos destes serviços se assistir a uma redução da qualidade, pela pouca ou nenhuma concorrência a que o privado fica sujeito. Nem sempre o Estado consegue cumprir o seu papel de regulador ou a sua função de monitorização destes contratos.

Também a falta de flexibilidade de alguns contratos¹⁹, aliada à sua longa duração, tem sido objeto de crítica. O potencial de futuras renegociações ou reequilíbrios financeiros (abordados mais à frente neste livro) é significativo. Tal acarreta incerteza sobre os pagamentos futuros ao privado, podendo traduzir-se em custos para o Estado bastante superiores ao inicialmente estimado, o que, no final do dia, pode resultar numa decisão desvantajosa para os contribuintes.

Por último, têm-se levantado questões relativas à “accountability” das PPP, uma vez que envolvem diferentes agentes económicos, que, naturalmente, têm diferentes objetivos e interesses, os quais têm de ser compatibilizados. Isto porque o privado, tendo uma grande responsabilidade na prestação do serviço público, responde aos seus acionistas privados, e não aos eleitores ou

19 No caso das concessões dos serviços de águas a generalidade dos contratos tem cláusulas de reequilíbrio, que permitem a renegociação quando ocorram determinados eventos e, por isso, se enquadram na categoria de contratos flexíveis

aos cidadãos, como faz o Governo. Tal obriga a que nas PPP, para além do controlo e da monitorização por parte da Administração Pública, exista um escrutínio político. É um equilíbrio entre o privado e o público, uma vez que este último tem dois papéis distintos. É parceiro/cliente mas também autoridade/regulador. Isso obriga a que as PPP tenham uma maior transparência e responsabilidade. Os elevados investimentos e encargos gerados por estes projetos obrigam a um consenso alargado entre as diferentes partes (os diferentes *stakeholders*).

Desta forma, a não divulgação de toda a informação respeitante a estes contratos (como sucede em Portugal) é uma clara violação do princípio de transparência e responsabilidade na gestão dos dinheiros públicos. Sobre este aspeto, cita-se a UTAO (Unidade Técnica de Apoio Orçamental) na sua análise ao parecer do Tribunal de Contas sobre as SCUTS: “Os contratos entre o Estado e o setor privado, nomeadamente os associados às PPP, devem ser claros e acessíveis de forma pública, incluindo quanto às suas eventuais renegociações. O Estado deve promover a publicação e a informação quanto ao nível e composição da sua dívida e dos seus ativos financeiros, bem como de outras responsabilidades não representadas sob a forma de dívida pública (incluindo garantias e avales concedidos, ou outras responsabilidades contratuais assumidas no âmbito de PPP) que possam ter implicações para a sustentabilidade orçamental. A informação deve também ser apresentada de forma a facilitar a análise das políticas e a promover a sua “accountability”²⁰.

Outro argumento contra é que a eficiência e o *value for money* assenta unicamente na transferência de riscos para o privado, sendo que muitas vezes essa transferência revela-se reduzida ou inadequada. Isto leva a que, em muitos casos, o setor público possa estar a pagar mais do que devia. Adicionalmente, é referido que os estudos e avaliações existentes são em número reduzido, de âmbito limitado e com falta de dados²¹.

As principais críticas às PPP, no que concerne ao *value for money* têm-se focado em quatro aspetos principais: 1) O setor privado assume poucos riscos, tendo assim poucos incentivos a ser mais eficiente; 2) A própria complexidade da análise, avaliação e alocação dos riscos, torna difícil a avaliação da eficiência das PPP; 3) Quando se compara os custos da contratação tradicional com os

20 UTAO, relatório de julho de 2007.

21 Ver Hodge & Greve, 2007 e Sarmiento & Renneboog, 2014, para uma revisão de literatura sobre *Value for Money* e riscos nas PPP.

custos da PPP, as PPP apresentam muitas vezes um custo mais elevado. Esse custo apenas se torna mais barato que o da contratação tradicional quando se inclui o valor financeiro dos riscos transferidos para o privado. Contudo, o cálculo desse valor é muito incerto e subjetivo. Isto faz com que o preço menor das PPPs levante muitas dúvidas; 4) A não utilização, ou a utilização incorreta do Comparador do Setor Público, aliado à própria complexidade da metodologia.

De todo o modo, tendo presente que a assunção de riscos pelo privado tem como contrapartida o pagamento de um prémio (que se reflete no custo do serviço para os utilizadores [tarifas] ou para o parceiro público [no caso de remuneração estar a seu cargo]) e que quanto maior for a probabilidade de verificação de um certo evento, maior será o prémio associado exigido pelo parceiro privado, a partilha de riscos mais adequada, que maximiza o *value for money*, é aquela que obedece ao princípio de atribuição dos riscos à parte melhor capaz de os gerir (ou seja, de prevenir a verificação do evento ou de mitigar os seus efeitos).

A otimização do *value for Money* resulta ainda da promoção da concorrência na atribuição do serviço, que, no caso de serviços prestados em regime de monopólio, pretende compensar a sua ausência durante a execução do contrato. A atribuição do serviço através de um procedimento concursal pretende levar os concorrentes a maximizar a sua eficiência e a revelar os seus custos marginais.

Por outro lado, e ainda que os contratos de concessão sejam uma forma de regulação mais exaustiva do que outros modelos de atribuição de serviços públicos, como a licença²² (), o longo prazo dos contratos torna difícil, senão impossível, prever ou antecipar todos os cenários que podem vir a ocorrer durante a sua vigência. Cruz *et al.* (2013c) destacam algumas características das PPP que as tornam especialmente vulneráveis à incerteza inerente ao longo prazo destes contratos: (i) o elevado valor de investimentos que representam custos afundados²³, (ii) a grande sensibilidade a variações face às estimativas da procura, especialmente no caso de *greenfield projects* (construção de uma nova infraestrutura), (iii) a grande exposição aos mercados financeiros (devido ao elevado valor da dívida) e (iv) a vulnerabilidade a instabilidade política. Ainda que alguns riscos associados aos potenciais cenários possam ser alocados ao parceiro privado, o princípio acima enunciado da partilha eficiente de riscos desaconselha uma total transferência de todos os riscos, seja porque alguns são

22 Spiller, 2008.

23 Investimentos específicos e que não podem ser recuperados se a atividade for abandonada.

melhor geridos pelo setor público (como por exemplo o risco político), seja porque o prémio de risco exigido pelo privado se torna tão alto que supera os ganhos de eficiência.

A acrescer às dificuldades de previsão da procura a longo prazo, vários autores apontam uma tendência para a sua sobrestimação que atribuem a um comportamento estratégico das autoridades públicas com o objetivo de demonstrar a viabilidade das concessões ou PPP que pretendem contratar²⁴. (Este *optimism bias* aumenta a incerteza dos pressupostos do contrato.

Sendo difícil ou demasiado oneroso redigir contratos que prevejam todas as eventuais circunstâncias que podem vir a ocorrer e as respetivas consequências, estes contratos são, em regra, incompletos^{25 26}. Existe assim um “*trade-off*” entre a extensão das contingências previstas e o custo do contrato. Os custos de transação (“*transaction costs*”) de um contrato completo seriam de tal maneira exorbitantes que simplesmente não são exequíveis. Adicionalmente, existem sempre contingências imprevisíveis à data do contrato. Coloca-se, ainda assim, a questão de saber se a forma como os contratos incompletos são redigidos pode prevenir, limitar ou condicionar a forma como as renegociações podem ocorrer.

Athias *et al* (2010) discutem os *trade-offs* entre uma maior rigidez ou flexibilidade dos contratos, defendendo, porém, que, em qualquer dos casos, a renegociação pode ser inevitável. Os contratos rígidos (cujas regras, nomeadamente em termos de preço, se pretende que sejam aplicadas para todo o contrato²⁷) implicam maiores custos de *enforcement* (para garantir o cumprimento das suas regras) e correm o risco de se revelar desadequados face à realidade, inviabilizando a sua execução e exigindo, por esse motivo, a sua renegociação. Com contratos rígidos os operadores privados podem ser induzidos a subinvestir, pelo receio de que os contratos se revelem desadequados. Os contratos flexíveis (que assumem a disponibilidade das partes para renegociar quando situações incertas se verificarem, ainda que definindo alguns limites para essa renegociação) resolvem o problema da desadequação, mas introduzem a questão dos custos de renegociação e o risco de comportamentos estratégicos

24 Domingues *et al*, 2014.

25 Incomplete contract is defined as one that imposes one or more ad hoc restrictions on the set of feasible contracts in a given model (Tirole 1999). Sobre “*incomplete contracts*”, ver Grossman & Hart, 1986; Hart, Shleifer & Vishny, 1997; Hart, 2003; mas sobretudo Williamson, 1989 e Williamson, 1996.

26 Athias *et al*, 2010, Domingues *et al*, 2014, Hart, 1995.

27 O preço pode ficar sujeito a ajustamentos automáticos, nomeadamente em função da inflação ou de índices de custos relevantes para o serviço concessionado.

dos concorrentes no momento do concurso: acreditando na possibilidade de melhorar a sua posição através de uma futura renegociação, os concorrentes apresentam propostas mais baixas apenas para conseguirem ser selecionados, mas sem verdadeira intenção de as cumprir (frustrando assim o propósito do concurso).

Estes autores defendem assim que a escolha por maior rigidez ou flexibilidade está associada a diversas circunstâncias, não existindo um modelo contratual ideal. Com base numa avaliação empírica de 71 concessões de autoestradas de diferentes países, demonstram que os contratos flexíveis são mais usados quando a incerteza é mais elevada (nomeadamente no que respeita à procura), tornando mais provável a futura desadequação de um contrato rígido. Confirmando a tese de que a reputação e o conhecimento mútuo das partes reduz a probabilidade dos custos de renegociação, o estudo revela que o aumento do número de interações entre as partes reduz a rigidez das cláusulas de definição de preços.

2.3. O conceito de renegociações nas PPPs e concessões

Previamente à análise dos determinantes das renegociações importa delinear este conceito. Os termos iniciais dos contratos em que assentam as PPP, nomeadamente os contratos de concessão podem ser revistos. No entanto, os ajustes que sejam introduzidos no preço do serviço decorrentes do previsto no próprio contrato, nomeadamente de uma fórmula de atualização do preço indexada a um qualquer índice, como a inflação, não constituem uma renegociação. Com este termo pretende-se abranger apenas as alterações que são introduzidas no contrato em termos que não se encontram expressamente previstos no mesmo, modificando as obrigações iniciais, ainda que com o objetivo de manter os pressupostos e equilíbrio económico-financeiro inicial²⁸.

As renegociações podem corresponder a um desenvolvimento natural do contrato (porque não prevê a resposta para todas as circunstâncias) e permitir uma melhor adaptação das obrigações das partes a novas condições, conduzindo assim a um aumento do bem-estar, ou decorrer de comportamentos estratégicos ou oportunistas das partes, que procuram maximizar apenas o seu próprio bem-estar, aproveitando ou ultrapassando os mecanismos legais e contratuais para a renegociação²⁹.

28 Domingues & Sarmiento, 2016.

29 Spiller, 2008.

O quadro jurídico comunitário e nacional admite a revisão destes contratos desde que respeitadas certas condições e limites. Porque se trata de contratos públicos, que visam prosseguir fins públicos, o concedente pode determinar unilateralmente a alteração do seu conteúdo, de modo a melhor ajustá-lo às necessidades do interesse público (designadamente face a alterações supervenientes das circunstâncias). A renegociação do contrato, por acordo entre as partes, pode ainda resultar dos próprios termos do contrato.

Com efeito, dado que estes contratos assentam numa partilha de riscos, apenas a verificação dos eventos associados aos riscos retidos pela entidade pública deve originar uma renegociação (o privado terá de suportar o impacto dos eventos associados aos riscos que assumiu, sem qualquer alteração do contrato). Na categoria dos riscos retidos pelo parceiro público incluem-se as alterações legislativas de carácter específico (dirigidas particularmente ao setor concessionado), decisões administrativas (nomeadamente a modificação unilateral do contrato por razões de interesse público³⁰) ou regulatórias, ou ainda casos de força maior que alterem as condições de exploração do serviço³¹. Os impactos de tais riscos devem ser neutralizados de forma a não afetarem as condições económico-financeiras de que aquele beneficiaria se os mesmos não tivessem ocorrido. A regularização destes impactos corresponde ao que tradicionalmente se designa por reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato³².

Por outro lado, os impactos dos eventos que constituam um risco transferido para o privado devem ser assimilados por este, ou seja, não dão lugar a qualquer alteração dos pressupostos do contrato. Estes impactos tantos se podem traduzir em perdas, como em ganhos face às projeções iniciais. Se o privado conseguir minimizar os custos do financiamento bancário, as poupanças obtidas traduzem-se em ganhos seus (e respetivos acionistas), da mesma forma que se houver um agravamento das taxas de juro, esse custo adicional será também suportado exclusivamente por ele.

Outro princípio base deve ser o de que pequenos eventos não controláveis, desde que tenham impactos não significativos na rentabilidade dos acionistas,

30 Tipicamente a introdução de novos investimentos.

31 Grimsey & Lewis, 2005.

32 A literatura económica tem-se debruçado sobre as renegociações e reequilíbrios financeiros, considerando aspetos como “principal-agent problem”, “moral hazard”, “agency costs”, “information asymmetry” e “opportunistic problem”, que contudo não serão objeto de estudo nesta análise.

não devem dar origem a reequilíbrios financeiros ou mesmo a ajustamentos. Tal apenas deve ocorrer em eventos com impacto significativo na rentabilidade dos privados, ou seja, quando as condições iniciais mudem significativa e negativamente, tais como procura, preços, custos ou outras condições de mercado.

Apesar de os contratos de concessão serem sempre “contratos incompletos”, isso não significa que não prevejam, da forma mais clara possível, cláusulas que delimitam as situações que, a verificar-se, justificam a renegociação com vista à neutralização do seu impacto e reposição do equilíbrio financeiro inicial. Estas cláusulas de reequilíbrio, ainda que possam fixar alguns limites ou referenciais para a renegociação, deixam, de todo o modo, às partes a definição dos exatos termos em que a alteração será feita, os quais podem passar pela alteração do prazo do contrato, dos preços cobrados pelo concessionário, etc.

As renegociações podem assim ser divididas nos seguintes tipos:

- Modificação unilateral ou renegociação por iniciativa do Estado, por mudança dos objetivos e prioridades da política do governo, resultando, em contrapartida a necessidade de repor o equilíbrio económico-financeiro do contrato
- Reequilíbrio financeiro assente no contrato de concessão, por falha por verificação de um risco que não foi transferido para o privado, que afetam a rentabilidade mínima do acionista.
- Renegociação “oportunista” do privado, aproveitando quer a assimetria de informação, quer o facto de já não se estar perante um concurso competitivo, mas sim uma negociação a dois. Trata-se muitas vezes de um problema de “*regulatory capture*”^{33 34}.

Os reequilíbrios financeiros são também chamados na literatura académica como “*bad refinance*”, por oposição aos refinanciamentos, que ocorrem alguns anos após o início do projeto, e quando as circunstâncias favoráveis e um menor

33 Sobre este ponto específico, trata-se de uma situação abundantemente descrita na literatura económica como “*problem of regulatory capture*” (ver Fourier & Burger, 2000; Irwin, 2007; e Maskin, & Tirole, 2007.

34 “...*regulatory capture* is said to occur when a government regulator bends to the interests of those it regulates. But a “private partner may also capture the procurement process by side-contracting (colluding) with the government” (Maskin & Tirole 2007); “...*problem of regulatory capture* also stems from the information asymmetry, and this risk is higher if the regulator (or Concedent) is constrained in terms of management and analytical capacity.” (Fourier & Burger, 2000). FALTAM UMAS ASPAS

risco do projeto, permite refinar a dívida, em condições mais favoráveis (chamados na literatura como “good refinance”).

As PPP possuem características específicas que as tornam mais propensas à necessidade de reequilíbrios financeiros, pois trata-se de contratos complexos e de longo prazo, em setores muitas vezes sensíveis do ponto de vista político, e com uma forte presença reguladora por parte do Estado, estando assim mais vulnerável a alterações e à incerteza.

Dado que o concurso constitui a forma de assegurar a transparência e concorrência na atribuição do contrato (e, como acima referido, de maximizar o *alue for oney*), as subsequentes alterações não podem ser de tal forma substanciais que desvirtuem as condições do procedimento competitivo de seleção que o precedeu, pois tal equivaleria a uma nova adjudicação que não pode deixar de se basear em novo processo público, transparente e aberto à concorrência. Estes limites visam proteger o interesse dos operadores económicos que se apresentaram ou poderiam ter apresentado ao procedimento inicial ou que poderiam estar interessados em apresentar-se a um novo procedimento, assim como o interesse da entidade adjudicante em maximizar as alternativas disponíveis e selecionar a melhor proposta possível.

De forma a garantir o respeito por estes limites e evitar ou mitigar os efeitos das renegociações oportunistas os procedimentos de renegociação devem ser transparentes, claros e, na medida do possível, conduzidos por uma comissão independente de peritos.

Guash (2004) descreve os processos de renegociação de PPP como sendo de uma maior complexidade e dificuldade que os processos originais, tendo uma maior probabilidade de resultar em condições menos favoráveis para as entidades públicas que as inicialmente acordadas. Já Ping Ho (2006), entende que o concedente deve, desde o início prever essa possibilidade de renegociações, considerando que poderão existir comportamentos oportunistas da parte do concessionário (potenciados por assimetrias de informação, experiência e conhecimentos), sobretudo em situações onde é sabido que o serviço não pode deixar de ser prestado. Este autor (Ping Ho), também defende que o setor público deve procurar preparar bem os processos de negociação, estabelecer medidas preventivas (na situação de o caso-base não se verificar), procurar ter acesso a informação credível e diversificada (por forma a evitar/minimizar a assimetria de informação) e manter os custos de cumprimento (“enforcement”) baixos.

2.4. As determinantes contratuais e institucionais das renegociações de contratos de PPPs e concessões

O longo prazo e a natureza incompleta dos contratos de concessão tornam expectável a existência de renegociações. No entanto, Guasch *et al.* (2003, 2007) notam que, num universo de 307 concessões nos setores das águas e transportes celebradas em 5 países da América Latina³⁵ entre 1989 e 2000, mais de metade (52,8%) foram renegociadas, sendo que o tempo médio decorrido entre a celebração do contrato e a primeira renegociação foi de 3,5 anos (em contratos cuja duração se situa entre os 20 e 30 anos), ou seja, bem antes de se entrar no horizonte temporal que pode ser considerado de alguma incerteza. Interessa referir que as negociações ocorridas se concentraram em 4 daqueles 5 países – no período observado das 25 concessões existentes no Chile (que representam 15% da amostra) apenas uma foi renegociada (1% das renegociações), o que, aceitando a robustez do modelo, significará uma menor incidência neste país das circunstâncias que se previu tornarem as renegociações mais prováveis.

Numa análise de 87 PPP e concessões celebradas em Portugal entre 1984 e 2008, nos setores dos transportes, saúde, água e energia Cruz *et al.* (2013b) chegam a uma taxa superior de contratos renegociados (67%), mas um prazo médio até à primeira renegociação também superior (6,3 anos). Importa, de todo o modo notar que este último resultado é explicado por um comportamento particular observado apenas em dois setores – nos portos e energia o prazo médio até à primeira renegociação foi de 7 e 15 anos respetivamente, enquanto para todos os demais setores foi sempre inferior a 4 anos. Outros estudos empíricos obtiveram resultados semelhantes³⁶.

A frequência observada nas renegociações de concessões e outras PPP, assim como a rapidez com que ocorrem após o contrato, justificam a procura de mais causas, para além do que pode ser explicado pela teoria dos contratos incompletos. Estes determinantes podem ser encontrados nas características dos próprios contratos, mas também no ambiente económico, político e regulatório em que se desenvolvem. Os (diferentes) objetivos e motivações do operador privado e da entidade pública desempenham um papel importante na compreensão da forma como aqueles determinantes podem ou não tornar mais provável a renegociação, podendo por isso ser relevante distinguir entre renegociações iniciadas por uma ou outra parte.

35 Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e México.

36 Engel *et al.*, 2009, Sarmento, 2014.

Que determinantes contratuais são apontadas como tendo impacto na ocorrência de renegociações?

O desenho do contrato começa com a metodologia de seleção do contraente privado. A adoção de um critério baseado em mais fatores do que apenas o preço permite prosseguir diferentes objetivos da política pública, nomeadamente valorizar potenciais ganhos de eficiência, melhoria na qualidade de serviço ou aumento na cobertura do serviço. Dir-se-ia, portanto, que um critério de seleção multidimensional permite uma escolha mais robusta do operador privado. Numa avaliação de concessões de estradas e ferrovias na América Latina, Estache *et al.* (2009) concluem que o uso de critérios multidimensionais está associado a uma maior incidência de renegociações, o que atribuem à menor transparência e maior vulnerabilidade à corrupção desta metodologia de seleção dos concorrentes. Defendem, de todo o modo, que um reforço do quadro institucional e regulatório poderá mitigar aquela tendência e assegurar o sucesso da aplicação de critérios multidimensionais.

Como já foi referido, o propósito da existência de procedimentos competitivos para a atribuição de concessão é o de levar os concorrentes a maximizar a sua eficiência e revelar os seus custos marginais. No entanto, se existir uma grande pressão competitiva e os concorrentes acreditarem na sua capacidade de vir a renegociar posteriormente o contrato, poderão ser incentivados a adotar um comportamento estratégico, fazendo uma proposta mais baixa ou melhor apenas para ganhar o concurso, esperando recuperar mais tarde as perdas decorrentes da proposta mais agressiva (“*winner’s curse*”). A análise de Sarmiento & Renneboog (2016b) a 35 PPP das autoestradas, ferrovia, saúde e segurança confirma a existência de uma correlação positiva entre o número de concorrentes e a probabilidade de ocorrência de renegociações. No estudo de Cruz *et al.* (2013b), apesar de se encontrar também uma correlação positiva, a mesma não foi considerada estatisticamente significativa. Estes autores assinalam, porém, a existência de um estudo com resultados opostos realizado por Artana, Navajas e Urbitztondo na Argentina. Ainda que se aceite o efeito acima apontado, sempre se dirá que num cenário de ausência de concorrência na atribuição da concessão, seria provável que a apropriação de rendas pelo parceiro privado se verificasse desde o momento da própria celebração do contrato, pelo que a dispensa do procedimento concursal não parece ser uma alternativa desejável.

A inclusão de elevados níveis de investimento no contrato, assim como a transferência para o privado da responsabilidade pela totalidade do financiamento

umenta a vulnerabilidade da concessão a erros de previsão da procura ou choques externos, o que explicará a correlação positiva destes fatores com a incidência de renegociações a pedido dos operadores privados, encontrada por Guasch *et al.* (2003, 2008). No caso inverso de renegociações iniciadas pela entidade pública estes determinantes apresentam uma correlação de sinal negativo³⁷, o que se entende na medida em que a parte pública não tem interesse em reduzir o investimento ou financiamento privado.

Alguns contratos estabelecem uma garantia de receitas mínimas. Apesar deste mecanismo contratual proteger o operador face a choques externos ou outras circunstâncias imprevistas, ou mesmo a erro na estimativa da procura, a análise empírica revela que aumentam a probabilidade de renegociação por reduzirem incentivos à eficiência e proporcionarem comportamentos estratégicos no concurso³⁸.

No caso das concessões na América Latina, Guasch *et al.* (2003, 2008) analisaram ainda o efeito da escolha de diferentes modelos para a definição dos preços, concluindo que a opção por modelos de *price-cap* (com revisões quinquenais de preços pelo regulador) leva a uma probabilidade maior de renegociação do que no caso da escolha de modelos de *rate of return*, o que pode ser atribuído ao maior risco que aquele primeiro modelo introduz.

Que determinantes institucionais são apontadas como tendo impacto na ocorrência de renegociações?

Quanto melhor a qualidade do Estado de Direito, em termos da existência de um quadro legal claro e de instituições eficazes para fazer cumprir as leis e contratos, tanto menor se espera que seja a probabilidade de renegociação oportunista³⁹.

A existência de uma agência reguladora setorial, independente da entidade pública concedente, pode assumir particular relevância no quadro institucional. Com efeito, para além da fiscalização do cumprimento dos contratos, a possibilidade de o regulador intervir no momento prévio à atribuição da concessão, contribuindo para um melhor desenho do contrato, com base na sua experiência e conhecimento especializado, limitando o espaço para comportamentos estratégicos dos concorrentes, será uma forma de evitar renegociações resultantes

37 Guasch *et al.*, 2007.

38 Guasch *et al.*, 2003.

39 Guasch *et al.*, 2006.

de problemas associados ao contrato. Esta proposição obteve confirmação empírica nos estudos de Guasch *et al.* (2008) e de Cruz *et al.* (2013b).

As renegociações iniciadas pela entidade pública, que tipicamente correspondem a alterações unilaterais do contrato (decidindo não aumentar ou mesmo reduzir as tarifas, alterar o investimento, etc.), serão maioritariamente explicadas pelos ciclos políticos, tendo presente o objetivo de assegurar a reeleição dos respetivos titulares (e assumindo que se trata de cargos eletivos, no governo central ou local). Engel *et al.* (2006) sustentam que a renegociação para antecipar investimentos pode constituir uma forma de aumentar a possibilidade de reeleição (porque os votantes valorizam mais os investimentos feitos no presente), diferindo a realização de despesas para um momento posterior (e assim escapando às limitações orçamentais). Assinalam ainda que este comportamento estratégico pode ser contrariado pela existência de um regulador independente e da alteração das regras de contabilização dos investimentos.

Guasch *et al.* (2007), por outro lado, consideram que um governo recém-eleito se sente menos comprometido a manter contratos celebrados por uma administração anterior (enquanto em caso de reeleição haveria o compromisso de manter o contrato) e que tentará renegociar os contratos com vista a aumentar o seu nível de produção e obter uma melhoria de Pareto. A evidência empírica recolhida por estes autores aponta para uma forte incidência de renegociações iniciadas pela entidade pública após a primeira eleição (79% do total analisado), ao contrário das renegociações solicitadas pelo parceiro privado que se apresentam mais uniformemente distribuídas no tempo. No entanto, na análise de Sarmiento (2014) as 35 PPP portuguesas da administração central não foi possível identificar uma correlação entre a probabilidade de renegociação e a ocorrência de eleições ou alterações no governo. Este estudo revelou, ainda assim, uma maior tendência para renegociar por parte de governos de direita e com maioria parlamentar, o que pode estar associado a um melhor entendimento dos partidos de direita com o setor privado (por comparação com os partidos de esquerda, tendencialmente mais reticentes à participação de privados na prestação de serviços públicos).

O comportamento estratégico das entidades públicas pode ainda ser responsável pela definição de pressupostos demasiado otimistas para as concessões (“*optimism bias*”), que mais tarde conduzem a renegociações. Com efeito, o objetivo de realizar investimento escapando às restrições orçamentais públicas (por transformar despesas de investimento presentes em despesas correntes num período posterior) constitui um dos principais incentivos à atribuição

de concessões e PPP e pode incentivar o comportamento estratégico acima descrito, com o propósito de justificar a viabilidade do projeto.

É expectável que a adoção destes comportamentos por parte das entidades públicas tenha impacto na definição das estratégias dos parceiros privados. Antecipando estes cenários o privado apresentará a concurso uma proposta com menos investimento (na expectativa que venha a ser aumentado por iniciativa do governo) ou pedirá um prémio de risco adicional⁴⁰. Novamente será de referir que a existência de uma agência reguladora independente pode prevenir a ocorrência ou mitigar o efeito de comportamentos indesejáveis por ambas as partes do contrato.

No que respeita à existência de corrupção, um indicador mais geral da qualidade do Estado de Direito, Guasch *et al.* (2007) apontam para efeitos distintos consoante a iniciativa da renegociação – enquanto aumenta a probabilidade de renegociações a pedido do parceiro privado, reduz essa mesma probabilidade para renegociações por iniciativa do governo. Uma explicação para este fenómeno poderá ser que um governo corrupto tenderá a extrair proveitos do próprio contrato, no momento da sua celebração, não tendo, por esse motivo necessidade ou incentivo a renegociá-lo. Não distinguindo a iniciativa da renegociação, Sarmiento (2014) conclui pela existência de uma correlação positiva entre o nível de corrupção e a probabilidade de ocorrência de renegociações nas 35 PPP portuguesas analisadas⁴¹. Este resultado pode traduzir um diferente comportamento nas PPP analisadas, ou explicar-se por uma predominância de renegociações iniciadas pelo parceiro privado.

Finalmente, e sem prejuízo da transferência de riscos de exploração para o operador privado, as concessões não são imunes à evolução do quadro macroeconómico, particularmente no caso de choques económicos. A hipótese é a de estes choques aumentarem a probabilidade de renegociações se forem negativos (redução da procura ou choque nos custos), reduzindo-a se forem positivos (aumento da procura ou alteração favorável nos preços relativos dos inputs ou outputs) e não existirem cláusulas de partilha de benefícios. Na amostra utilizada por Guasch *et al.* (2003) é possível identificar picos de renegociação coincidentes com fenómenos de hiperinflação e recessão (Argentina, 1990), desvalorização da moeda (Brasil, 1999) ou de recessão (Colômbia, 2000).

40 Guasch *et al.*, 2007.

41 Existe uma correlação negativa com o índice de corrupção, cujo valor é mais elevado para menores níveis de corrupção.

2.5. As particularidades das concessões de serviços de águas

Um dos traços que distingue as concessões dos serviços de águas face às demais analisadas nos estudos acima referidos é o facto de serem, na generalidade dos países, uma responsabilidade dos governos locais e não da administração central, existindo, portanto, uma maior proximidade aos eleitores, mas potencialmente também uma maior vulnerabilidade à captura pelos operadores privados. Por outro lado, enquanto o governo central, ao concessionar vários serviços no mesmo ou em diferentes setores (estradas, ferrovias, hospitais, etc.) pode acumular algum capital de experiência e conhecimento, podendo com isso melhorar o desenho dos contratos, os governos locais mais dificilmente conseguirão beneficiar de uma tal aprendizagem (em regra para além das águas, o elenco de serviços locais passíveis de concessão pode incluir os transportes locais e a distribuição de eletricidade). Esta constatação pode justificar uma investigação de possíveis diferenças nos comportamentos (estratégicos) do concedente.

Os estudos de Guasch *et al.* (2003) e de Cruz *et al.* (2013b) que incluem a análise de concessões de água na América Latina e em Portugal fornecem alguma informação específica para este setor, mas não para todos os determinantes das renegociações.

Por se tratar de serviços de base local, a dimensão do respetivo investimento e financiamento tende a ser significativamente inferior à dos projetos da administração central, o que poderia conduzir a uma menor probabilidade de renegociação, atenta a análise acima feita.

Em ambos os estudos acima referidos a incidência de renegociações nas concessões de águas é, porém, superior ao valor observado para o universo estudado (70,8% *vs.* 52,8% em Guasch *et al.*, 2003, e 100% *vs.* 67% em Cruz *et al.*, 2013b). Uma vez que em ambos os estudos se confirma que as exigências em termos de investimento são menores no setor das águas por comparação com os demais (seja em termos de (in)existência de tais exigências, no caso de Guasch *et al.*, 2003, ou de valor médio do investimento, no caso de Cruz *et al.*, 2013b), a maior incidência de renegociações terá de ser explicada por outros determinantes. Da comparação dos dados apresentados para as concessões de transportes e de águas da América Latina (que inclui apenas a frequência com que os principais determinantes das renegociações estão presentes nas concessões de cada um dos setores), uma eventual explicação poderá corresponder a uma menor sujeição das concessões de águas à intervenção de uma agência reguladora (só 13,5% das concessões de águas se encontravam sujeitas

a regulação, ao passo que nos transportes 77,1% das concessões eram reguladas). Esta explicação já não será aplicável ao caso português, dado que existe uma agência reguladora desde 1998 (operacional desde 2000). Atendendo à apresentação das causas das renegociações por setor feita por Cruz *et al.*, 2013b, constata-se que o setor das águas se distingue dos demais por uma elevada proporção de renegociações provocadas pela ocorrência de uma procura inferior à prevista. Por outro lado, o tempo médio até à primeira renegociação é de 1,5 anos, pelo que em muitas situações não estará em causa um erro nas projeções a longo prazo. Assim, e porque se trata de serviços sem concorrência e com uma procura rígida (ao contrário do que se passa com as concessões das autoestradas em que a procura é bem mais volátil) pode equacionar-se a incidência de um *optimism bias* por parte dos municípios como fator explicativo das renegociações ocorridas.

Já no que respeita à iniciativa das renegociações das concessões de águas, os resultados dos dois estudos são divergentes: enquanto nas concessões da América Latina foi o governo local que tomou a iniciativa na maioria das renegociações (94%), no caso português 90% das renegociações resultaram de um pedido do operador privado, o que, novamente, pode estar associado aos erros de previsão da procura que tenham levado a um desvio superior ao limite do risco da procura assumido pelos concessionários (em regra, nos contratos de concessão dos serviços de águas o risco da procura é definido através de bandas de variação dos caudais faturados, as quais, uma vez ultrapassadas, conferem o direito ao reequilíbrio).

3. O SETOR DAS ÁGUAS EM PORTUGAL

Os serviços públicos de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais (adiante abreviadamente designados serviços de águas) são essenciais não apenas para o dia-a-dia dos cidadãos, como para as atividades económicas e a proteção do ambiente.

As políticas públicas adotadas em Portugal nos últimos 20 anos no setor das águas visaram recuperar o atraso que existia em termos de infraestruturacção do país e assim assegurar uma cobertura tendencialmente universal, assim como o cumprimento de objetivos ambientais (no que respeita ao tratamento de águas residuais).

Com este propósito e sem que tenha havido liberalização de atividades, como noutros setores com indústrias de rede, foi aberta a possibilidade de intervenção de diferentes agentes, com diferentes papéis.

Mantendo-se o princípio de que os serviços de águas são uma responsabilidade dos municípios, em 1993 foi criada a figura dos sistemas multimunicipais, que se refere a sistemas criados pelo Estado para servir dois ou mais municípios, nas situações em que se considerou necessário um investimento do Estado em infraestruturas que promovam economias de escala. Estes sistemas são geridos em modelo de concessão, que só pode ser atribuída por ato legislativo a uma empresa de capitais maioritariamente públicos (do Estado e/ou dos municípios servidos). O Estado é ainda responsável pelo sistema de captação, tratamento, adução e distribuição de água para consumo humano na cidade de Lisboa e adução a 25 concelhos limítrofes, gerido pela EPAL – Empresa Pública das Águas Livres, empresa pública integralmente controlada pelo Estado⁴².

Uma vez que a gestão dos serviços de águas e resíduos sempre foi considerada como uma atribuição municipal, a intervenção do Estado, para além de casuística, limita-se aos serviços em alta, que correspondem à fase grossista da cadeia de valor dos serviços – captação, tratamento e adução de água, e/ou transporte, tratamento e rejeição de águas residuais urbanas e tratamento (a EPAL constitui um caso excecional por incluir, para a cidade de Lisboa toda a cadeia de valor, desde a captação até à distribuição aos utilizadores finais). Sempre que não existe intervenção do Estado, a provisão dos serviços de águas é assegurada dos municípios (abrangendo apenas a atividade retalhista, quando são servidos por sistemas estatais, ou toda a cadeia de valor quando tal não suceda).

A gestão pelos municípios pode ser realizada diretamente pelas suas unidades orgânicas (serviços municipais ou municipalizados), por empresas detidas pelos municípios ou detidas por estes e pelo Estado (parceria pública) e ainda por concessionárias privadas.

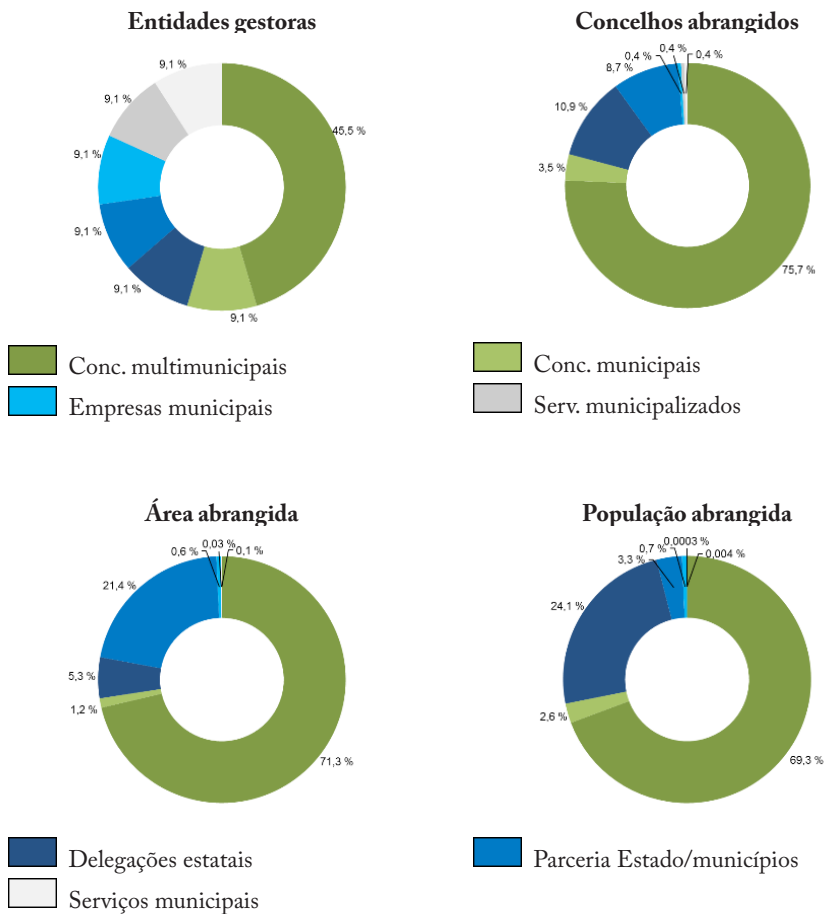
O setor das águas em Portugal caracteriza-se assim por uma grande diversidade de modelos de gestão e heterogeneidade na natureza e dimensão das entidades gestoras.

Os serviços em alta correspondem essencialmente aos sistemas multimunicipais, de grande dimensão. No final de 2015, e na sequência da agregação de vários sistemas pré-existentes, 5 sistemas multimunicipais eram responsáveis pelo serviço de abastecimento de água em alta a 174 concelhos, abrangendo

42 Esta empresa era originariamente uma concessionária privada (Companhia das Águas de Lisboa, SARL), tendo, no final do respetivo contrato de concessão, em 1974, sido transformada em empresa pública. Não dispondo de um contrato de concessão ou de um prazo limite para gestão do respetivo sistema, é considerada como um modelo de gestão delegada (equivalente ao das empresas municipais).

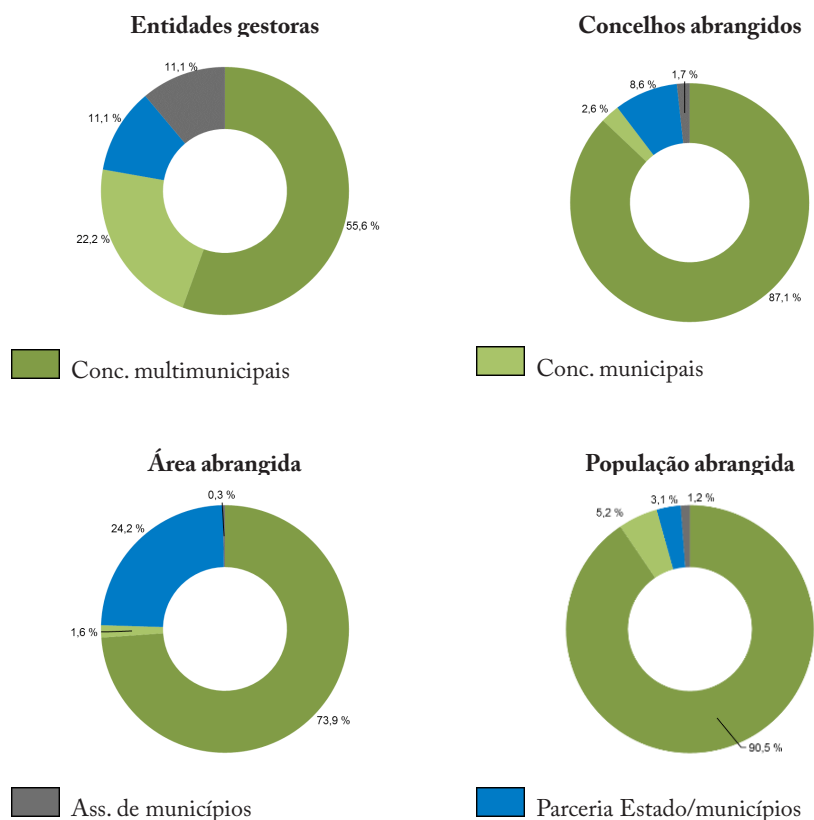
cerca de 5 milhões de habitantes, bem como pelo serviço de saneamento de águas residuais a 202 concelhos, abrangendo cerca de 7 milhões de habitantes, tal como representado nas figuras 1 e 2.

FIGURA 1 – Indicadores gerais do setor de abastecimento de água em alta, por submodelo de gestão



Fonte: ERSAR

FIGURA 2 – Indicadores gerais do setor de saneamento de águas residuais urbanas em alta, por submodelo

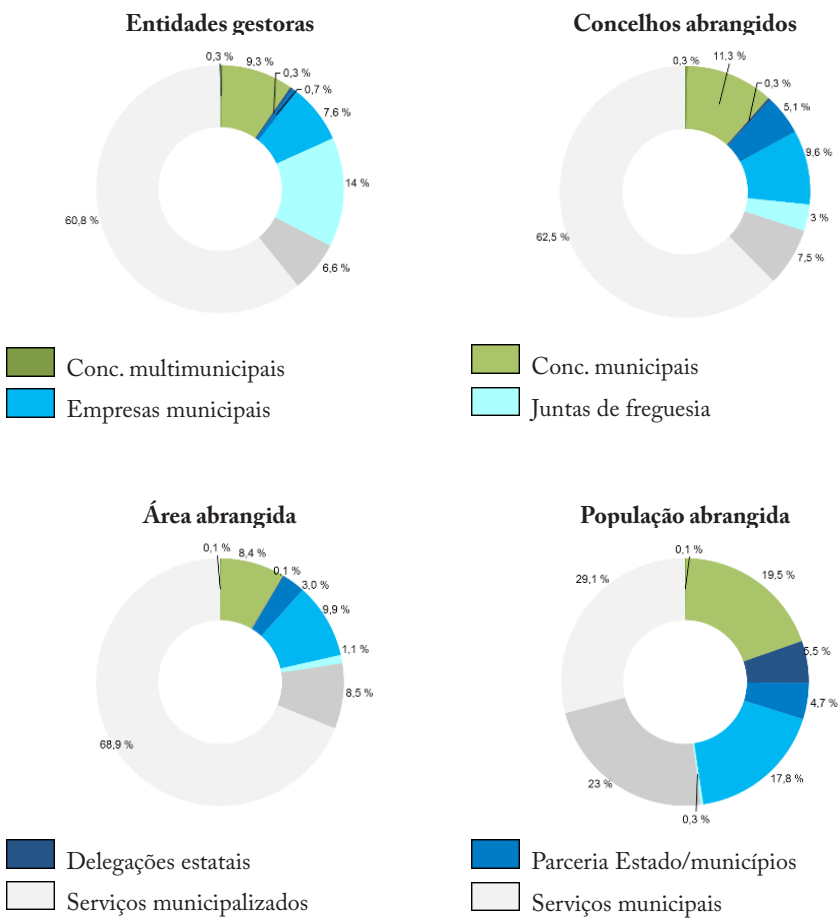


Fonte: ERSAR

Nos serviços em baixa (prestados aos utilizadores finais) a integração territorial é muito reduzida (pouco mais de 10% dos concelhos são servidos por sistemas que abrangem mais de um município, subsistindo ainda cerca de meia centena de pequenos sistemas de geridos por freguesias). O modelo mais representativo no final de 2015 continuava a ser o de gestão direta dos serviços pelas unidades orgânicas dos próprios municípios, tanto em termos de número de entidades gestoras (183 no serviço de abastecimento e 191 no serviço de saneamento) como de população total abrangida (2,9 milhões no serviço de abastecimento

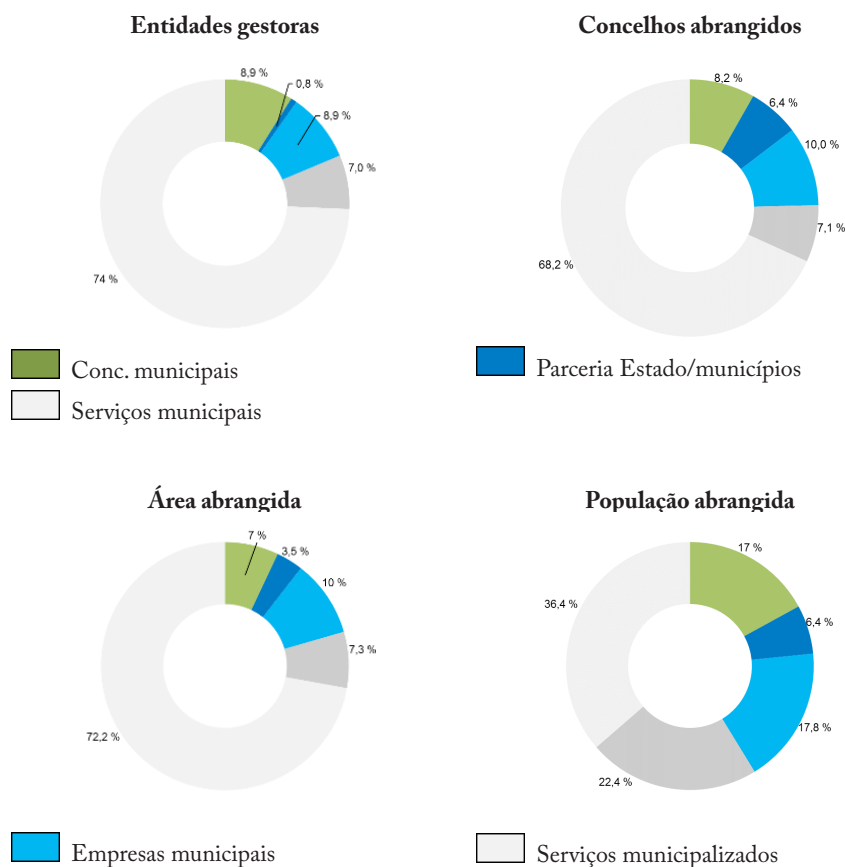
e 3,6 milhões no serviço de saneamento), como resulta das figuras 3 e 4. São, todavia, essencialmente sistemas de pequena dimensão e localizados em zonas rurais e de menor densidade populacional. Nos concelhos do litoral e de maior densidade populacional os municípios tendem a optar por modelos de gestão empresarial (empresas municipais ou concessões) ou semiempresarial (serviços municipalizados).

FIGURA 3 – Indicadores gerais do setor de abastecimento de água em baixa, por submodelo de gestão



Fonte: ERSAR

FIGURA 4 – Indicadores gerais do setor de saneamento de águas residuais urbanas em baixa, por submodelo de gestão



Fonte: ERSAR

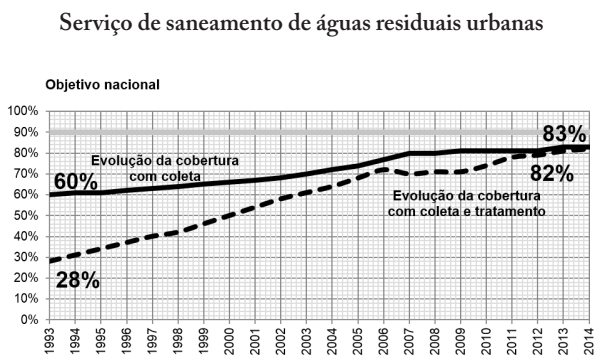
A concentração de todas as fases da cadeia de valor na mesma entidade gestora abrange um universo de 120 municípios e um total de 3 milhões de habitantes, concentrando-se sobretudo no Centro e Norte do País.

Na sequência desta reorganização do setor, assistiu-se a uma franca melhoria do desempenho dos serviços de águas em termos de cobertura do serviço, apesar de não ter sido ainda alcançado o objetivo fixado na estratégia nacional no que respeita ao serviço de saneamento, conforme ilustrado pela Figura 5.

FIGURA 5 – Evolução da cobertura dos serviços de águas (% de população servida)



(a)



(b)

Fonte: ERSAR

Embora os sistemas multimunicipais sejam geridos através de um contrato designado de concessão, trata-se de uma contratação “*in house*”, ou seja, o Estado recorre a empresas por si criadas e sujeitas à sua influência dominante⁴³. Por se

43 A jurisprudência comunitária desenvolveu o conceito da contratação “*in house*”, no sentido de identificar os contratos públicos cuja adjudicação pode ser dispensada de um prévio procedimento aberto à concorrência. De acordo com esta jurisprudência, que acabou por ser acolhida nas mais recentes diretivas sobre contratos públicos, considera-se haver uma relação “*in house*” quando a entidade adjudicante exerça um controlo sobre a entidade com a qual pretenda celebrar o contrato análogo àquele que exerce sobre os seus próprios serviços, a entidade adjudicatária realize o essencial da sua atividade em benefício da entidade adjudicante e a eventual existência de capital privado na entidade adjudicatária não ponha em

tratar da entrega do serviço a uma entidade que é instrumental do Estado, este modelo não se pode, portanto, incluir no conceito de parcerias público-privadas.

O mesmo não se passa com as concessões de sistemas municipais, geridas por operadores privados⁴⁴. A primeira geração de contratos de concessão celebrados enquadrava-se no modelo de *affermage*, sendo que os contratos celebrados a partir do final da década de 90, passaram a incluir como responsabilidade do privado a realização de investimentos significativos nos sistemas. Por outro lado, e para assegurar o financiamento desses planos de investimento vários operadores recorreram ao *project finance*, nos moldes que geralmente se associam ao conceito de PPP.

De acordo com o desenho legal estabelecido para as concessões municipais de águas, a concessionária deve ser selecionada através de um procedimento de contratação pública⁴⁵. Embora alterada em 2009, a lei sempre impôs a adoção de um critério multidimensional (em que a tarifa proposta pelos concorrentes assume especial relevância), pelo que, apesar de a literatura apontar esta variável como potencial determinante de renegociações (por oposição a critérios unidimensionais), não se justifica a sua análise no caso português.

O regime inicial das concessões municipais de serviços de águas⁴⁶ permitia que fossem contratadas por um prazo entre 5 e 50 anos. Em 2009⁴⁷, e no sentido de maximizar os momentos de concorrência no acesso ao mercado, o limite máximo foi reduzido para 30 ou 15 anos consoante haja ou não investimento significativo de expansão, modernização ou reabilitação a cargo da concessionária.

causa a influência dominante por parte da entidade adjudicante (vd. Processo n.º C-107/98, Acórdão Teckal v Comune di Viano e Azienda Gás-Acqua Consorziata (AGAC), de 18 de novembro de 1999 e Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014).

44 Até à privatização da Aquapor, em 2009, algumas concessões eram geridas por empresas públicas. No entanto, não se tratava de empresas sujeitas ao controlo ou influência dominante do município concedente, na medida em que o acionista público era o Estado. A Aquapor apresentava-se aos concursos para atribuição das concessões em concorrência como os demais operadores que atuavam no mercado. Eram, portanto, situações bem distintas das concessões de sistemas multimunicipais, em que o Estado é simultaneamente concedente e acionista maioritário. Os sistemas multimunicipais aproximam-se mais da gestão de sistemas municipais por empresas integradas no setor empresarial local (também designado por gestão delegada).

45 Neste ponto o legislador português sempre foi mais exigente do que o comunitário, na medida em que apenas em 2014 foi aprovada uma diretiva relativa à adjudicação de contratos de concessão (Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014) que, ainda assim, exclui do seu âmbito de aplicação as concessões de obras e de serviços de abastecimento de água através de rede.

46 Decreto-Lei n.º 379/93, de 5 de novembro.

47 Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto.

A concessionária é remunerada através das tarifas que cobra aos utilizadores do serviço concessionado (por vezes complementadas com subsídios ao investimento, essencialmente provenientes dos fundos comunitários). As tarifas a praticar são as que resultam da proposta vencedora, sujeita a eventuais restrições impostas pelo município (em termos de estrutura ou valor máximo). Os contratos de concessão incluem uma fórmula de atualização tarifária, que pretende refletir a variação dos custos mais relevantes para a exploração do serviço concessionado (designadamente a energia, mão-de-obra ou os custos do serviço em alta), ou apenas da inflação (como indicador geral), e determina, de forma automática, a evolução anual do valor das tarifas. Porque este modelo de determinação das tarifas se impõe a todas as concessões, não é possível avaliar o efeito de diferentes modelos de definição de preços na probabilidade de renegociações, como foi feito pela literatura na América Latina.

A matriz de alocação de riscos nas concessões é refletida, em regra, numa cláusula que identifica os eventos que são passíveis de motivar uma renegociação do contrato para repor o equilíbrio da concessão (por corresponderem a riscos não transferidos para a concessionária). Embora a transferência do risco da procura seja característica das concessões, no caso dos serviços de águas em Portugal, este risco é, em regra, partilhado, estipulando-se no contrato uma banda de variação de caudais que é assumida pela concessionária e que, uma vez ultrapassada justifica a reposição do equilíbrio da concessão. Note-se que, sendo o município a impor as projeções de procura aos concorrentes (para garantir a comparabilidade das propostas), uma transferência integral do risco da procura, poderia levar os concorrentes a exigir um prémio de risco mais elevado, especialmente quando considerassem demasiado otimistas as projeções impostas. Em 2009 o legislador veio estabelecer um novo mecanismo de partilha de risco da procura (aplicável às concessões atribuídas a partir de 2010), que consiste na definição, em processo competitivo⁴⁸, de proveitos mínimos que o concedente deve assegurar à concessionária na eventualidade de os proveitos tarifários serem inferiores.

48 Um dos fatores de avaliação das propostas corresponde ao valor atualizado, à taxa de juro sem risco, dos proveitos mínimos a que os concorrentes pretendem ter direito durante o período da concessão na eventualidade dos proveitos tarifários reais serem inferiores àqueles mínimos (cabe ao concedente assegurar o pagamento da diferença entre os proveitos tarifários e aqueles mínimos). Dado que as tarifas resultam do definido no contrato, a eventual redução de proveitos resultará de variações da procura. Na medida em que as propostas serão tão mais valorizadas quanto mais baixos forem os proveitos mínimos exigidos pelos concorrentes, é expectável que os concorrentes sejam incentivados a maximizar o risco da procura que estão dispostos a assumir. Nos anteriores contratos que funcionavam por bandas de variação de caudais, o limiar, por regra, era definido pelo município no caderno de encargos.

Para além dos motivos para a renegociação, estas cláusulas identificam ainda os instrumentos que as partes podem utilizar para repor o equilíbrio (alteração do prazo, das tarifas, compensação direta entre as partes, uma combinação destas ou ainda outras medidas), e, nalgumas situações, o referencial a ser usado para que se possa considerar reposto o equilíbrio da concessão (taxa interna de rentabilidade e/ou outros rácios financeiros). Permitem, de todo o modo, uma ampla margem de negociação às partes quanto às condições contratuais que podem ser alteradas, podendo, portanto, ser incluídas na categoria de contratos flexíveis.

Sendo um contrato administrativo, ou seja que visa a prossecução de fins públicos e no qual a entidade pública goza de algumas prerrogativas de autoridade, a lei admite⁴⁹ ainda que seja alterado por imposição unilateral do concedente, quando existam razões de interesse público para tal, sem prejuízo de o concedente ficar obrigado a repor o equilíbrio da concessão. Pode ainda ser alterado por acordo das partes, por entenderem necessário reajustar as obrigações inicialmente estabelecidas.

Independentemente da iniciativa ou causa da alteração ao contrato, mas por estarmos perante contratos celebrados na sequência de procedimentos de contratação pública a lei impõe limites ao alcance das modificações que podem ser introduzidas. Assim, estes contratos não podem ser modificados de forma tal que sejam desvirtuadas as condições dos procedimentos competitivos de seleção que os precederam, pois tal equivaleria a uma nova adjudicação que não pode deixar de se basear em novo processo aberto à concorrência. Estes limites visam proteger o interesse dos operadores económicos que se apresentaram ou poderiam ter apresentado ao procedimento inicial ou que poderiam estar interessados em apresentar-se a um novo procedimento, assim como o interesse da entidade adjudicante em maximizar as alternativas disponíveis e selecionar a melhor proposta possível. Se o Código dos Contratos Públicos estabelece esta regra apenas em termos relativamente abstratos e de difícil operacionalização⁵⁰, o atual regime jurídico dos serviços municipais de abas-

49 Constitui uma regra geral do direito administrativo, consagrada no Código de Procedimento Administrativo de 1991 (artigo 180.º), posteriormente substituído pelo Código dos Contratos Públicos (artigo 302.º), reconhecida também no regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos (artigo 45.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto).

50 Nos termos do artigo 313.º “a modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato”. Acrescenta

tecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos impõe limites objetivos às alterações admissíveis em termos do seu impacto no volume proveitos tarifários ou de investimento, ou no prazo da concessão⁵¹.

A regulação dos serviços de águas em Portugal surgiu exatamente quando a lei abriu a possibilidade de atribuição de concessões. A entidade reguladora começou por ser um instituto público (Instituto Regulador das Águas e Resíduos), sujeito a tutela e superintendência do governo e com um âmbito de intervenção limitado ao universo das entidades gestoras concessionárias, mas, desde 2009, assume a natureza de entidade reguladora independente (tendo a sua designação sido alterada para Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos, abreviadamente ERSAR) e regula todo o setor.

A entidade reguladora é responsável por acompanhar o ciclo de vida dos contratos de concessão, emitindo parecer sobre as peças do procedimento de contratação pública destinado à atribuição da concessão, sobre a minuta do respetivo contrato e ainda sobre as propostas de alteração dos mesmos (pareceres que são obrigatórios, mas não vinculativos). No sentido de promover a maior transparência e “*accountability*” destes processos, os estatutos da ERSAR exigem a publicitação destes pareceres da ERSAR no respetivo sítio da Internet, assim como das decisões que sejam tomadas pelos seus destinatários (no caso, os municípios), as quais devem incluir uma fundamentação das opções tomadas contra o sentido das recomendações do regulador⁵².

A ERSAR acompanha ainda, através da emissão de parecer, as atualizações anuais das tarifas. Na medida em que as tarifas resultam da proposta vencedora e a sua evolução obedece à fórmula estabelecida no contrato, a regulação económica das concessões é, essencialmente, uma regulação por contrato, sendo limitada a capacidade de intervenção do regulador (que avalia essencialmente

o n.º 2 desta disposição que “salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem, a modificação só é permitida quando seja objetivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos contemplado essa modificação”

51 O artigo 54.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, não admite a revisão do contrato de concessão que respeite, nomeadamente, ao conteúdo da concessão e conduza a um aumento dos proveitos tarifários da concessão superior a 30 %, ao âmbito territorial da concessão e conduza a um aumento dos proveitos tarifários da concessão superior a 50 %, ao plano de investimentos a cargo do concessionário quando o valor acumulado das novas obras exceder em 25% o montante dos investimentos inicialmente previsto, ou ao prazo da concessão para além do limite previsto no artigo 34.º.

52 Artigo 24.º dos Estatutos da ERSAR, aprovados pela Lei n.º 10/2014, de 6 de março.

o cumprimento do estabelecido contratualmente). Os estatutos da ERSAR atribuem a esta entidade competência para aprovar regulamentos tarifários, o que poderá vir a implicar alterações na lógica de funcionamento das concessões.

Na medida em que os contratos de concessão, por regra, não estabelecem encargos para os municípios concedentes (a concessionária é remunerada pelas tarifas e apenas na eventualidade de um reequilíbrio poderá haver lugar ao pagamento de uma compensação direta por parte do concedente), o Tribunal de Contas entende que os mesmos não estão sujeitos a fiscalização prévia⁵³. Não obstante, este órgão exerce controlo sobre a atividade das concessionárias, através da possibilidade de realização de auditorias enquadradas na fiscalização sucessiva⁵⁴. De todo o modo, a introdução de eventuais correções no contrato na sequência de uma fiscalização sucessiva não deixa de colocar problemas face aos princípios acima identificados da contratação pública.

4. AS RENEGOCIAÇÕES NO SETOR DAS ÁGUAS EM PORTUGAL

Para a realização deste trabalho de investigação, foi construída uma base de dados com informação sobre as 31 concessões de serviços de abastecimento de água e/ou de saneamento de águas residuais contratadas por municípios portugueses⁵⁵ desde 1995, na qual se incluiu a informação que se considerou poder ser mais relevante para responder àquelas questões para cada um dos anos de cada concessão até 2015.

Os dados de caracterização das concessões e das renegociações foram recolhidos através da consulta de informação disponível na ERSAR, nomeadamente os contratos de concessão e respetivos aditamentos, assim como relatórios e contas das concessionárias e ainda nos Relatórios Anuais dos Serviços de Águas e Resíduos em Portugal (RASARP) publicados pela ERSAR. Para melhor compreensão dos contornos de cada renegociação foram consultados os pareceres emitidos pela ERSAR sobre as propostas de revisão contratual apresentadas pelas partes. No sentido de completar esta informação, recorreu-se

53 Nos termos do artigo 44.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Lei n.º 98/97, de 26 de agosto) estão sujeitos a visto prévio os contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras diretas ou indiretas. A fiscalização prévia visa avaliar se os contratos estão conformes às leis em vigor e se os respetivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria

54 A fiscalização sucessiva visa apreciar a legalidade, economia, eficiência e eficácia da gestão financeira das entidades a ela sujeitas.

55 Algumas concessões respeitam a sistemas intermunicipais, pelo que são 43 os municípios abrangidos por concessões de serviços de águas.

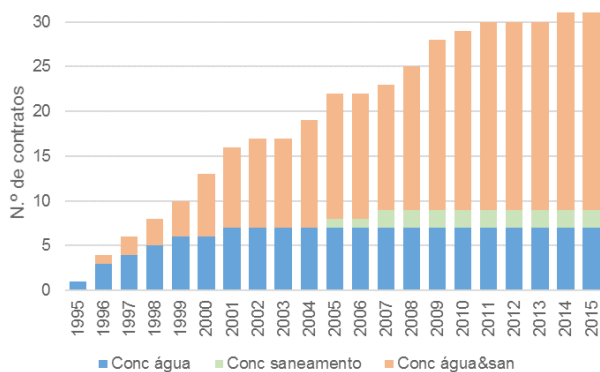
ainda ao relatório da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas à “Regulação de PPP no Setor das Águas (sistemas em baixa)” (Relatório n.º 03/2014 – 2.ª secção).

Embora se trate de informação pública, não se encontra integralmente publicitada e, acima de tudo, a maioria dos dados usados no presente trabalho para caracterização das concessões e das renegociações não se encontrava sistematizada em nenhuma base de dados existente. Foi assim necessária a leitura de cada contrato para identificar, obter e tratar os dados pretendidos, circunstância que tornou o processo de construção da base de dados mais moroso.

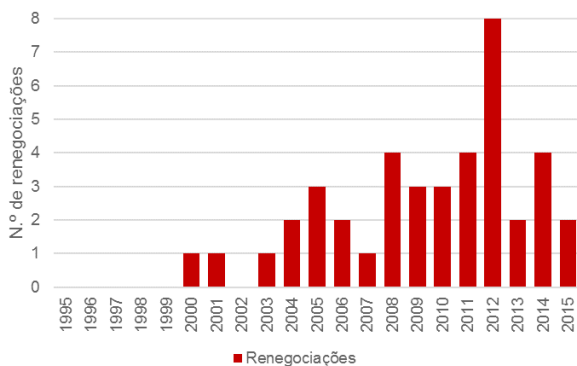
Não se pode deixar de ressaltar algumas limitações associadas a estes dados, na medida em que, para algumas concessões, não foi possível encontrar toda a informação pretendida. A ERSAR apenas tem de ser consultada (para efeitos de emissão de parecer) quando já exista um projeto de revisão do contrato e, por esse motivo, a informação disponível nesta entidade não permitiu identificar para vários eventos, de que parte (município ou concessionária) surgiu a iniciativa da renegociação ou em que data o pedido de renegociação foi apresentado. Por outro lado, nem todos os contratos apresentam a informação relativa aos investimentos associados à concessão com o grau de detalhe desejado para o presente trabalho, nomeadamente estimativas de valores anuais. Para alguns contratos ou renegociações não se encontravam disponíveis na ERSAR todos os anexos, impossibilitando a recolha de alguns dados. Detetaram-se ainda algumas inconsistências entre a informação sobre investimentos constantes dos diferentes anexos de um mesmo contrato (plano de investimentos e modelo económico), situações em que se procurou selecionar a informação mais credível, com base na consulta de outras fontes, como os pareceres da ERSAR ou o relatório de auditoria do Tribunal de Contas.

Num universo total de 31 concessões de serviços de águas contratadas a partir de 1995 (Figura 6 a e Tabela 3), 23 (74%) foram objeto de uma ou mais renegociações até ao final de 2015 (Figura 6 b), tendo-se observado um total de 41 eventos de renegociação.

FIGURA 6 – Evolução das concessões e renegociações



(a)



(b)

Fonte: Autores, com base nos dados recolhidos

As primeiras concessões tinham por objeto exclusivamente o serviço de abastecimento de água, mas a maioria das concessões existentes abrange o serviço de abastecimento e de saneamento (22 de 31 concessões), atentas as economias de gama na exploração conjunta destas atividades. Estas são também estas as concessões com maior dimensão (mais investimento em termos percentuais) de duração mais longa (25 a 40 anos, contra 15 a 30 anos nas concessões

TABELA 3 – Análise das renegociações em função das características das concessões

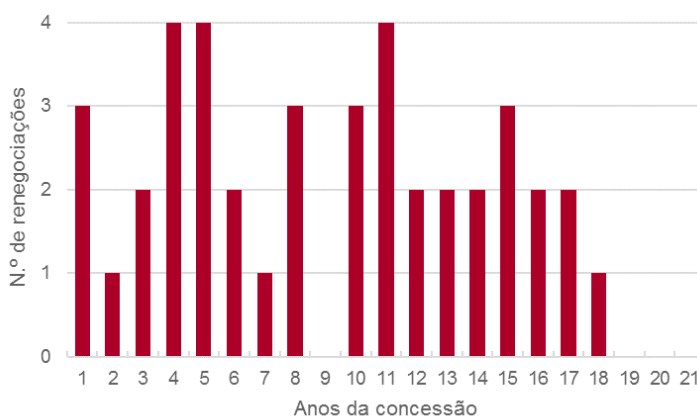
	Serviço concessionado			Total
	Abastecimento de água	Saneamento de águas residuais	Abastecimento e saneamento	
N.º de concessões	7	2	22	31
Investimento total (M€ a preços de 2015)				
– Previsto no CC inicial	59,38	29,35	1.038,25	1.126,99
– 2015 (após renegociações)	70,93	32,14	1.197,92	1.300,98
Retribuição ao concedente (M€ a preços de 2015)				
– Previsto no CC inicial	81,50	0,54	381,36	463,41
– 2015 (após renegociações)	83,45	0,06	355,56	438,87
Nº renegociações	8	1	32	41
Nº concessões renegociadas	6	1	16	23
Nº renegociações em concessões servidas em alta	5	0	25	30
Nº renegociações em concessões com obrigação investimento	5	1	30	36
N.º de renegociações em concessões com obrigação de investimento físico	3	1	13	17
Nº renegociações em concessões com risco procura	5	1	30	36

de apenas um serviço) e, simultaneamente, com mais renegociações e onde estas ocorrem, em média, mais cedo. Com efeito, o tempo médio decorrido até à primeira renegociação foi de 11 anos nas concessões só com um serviço (abastecimento ou saneamento), mas de apenas 5,8 anos nas concessões de abastecimento e saneamento.

Analisando todos os 41 eventos de renegociação (e já não apenas a primeira renegociação), como apresentado na Figura 7, verifica-se ainda que cerca de

um terço das renegociações foi concluída nos primeiros 5 anos da respetiva concessão. Para as 18 renegociações em que foi possível recolher dados sobre a data de início e fim do processo de renegociação, observou-se uma duração média para estes processos de mais de 3 anos, pelo que a percentagem de renegociações iniciada nesse período será ainda maior.

FIGURA 7 – Distribuição das renegociações ao longo do período de vigência das concessões



Fonte: Autores, com base nos dados recolhidos

Nota: este gráfico representa o n.º de renegociações ocorridas em todos os contratos observados, em função do n.º de anos decorridos desde o início de cada contrato.

Duas das renegociações ocorridas no primeiro ano do contrato decorreram do facto de se ter verificado um lapso de tempo significativo entre a abertura do concurso e a adjudicação da concessão e ter havido alteração relevante das condições iniciais (como por exemplo o município ter sido integrado num sistema multimunicipal, ou o município ter realizado uma parte do investimento que caberia à concessionária).

Atuam no mercado das concessões de água em Portugal cinco operadores, que, algumas concessões, se apresentaram em consórcio e criaram empresas mistas (com iguais partes sociais) na sequência da adjudicação do contrato. Embora os dois operadores nacionais (Aquapor e Indaqua), dominem em termos

de concessões geridas⁵⁶, a maior taxa de renegociações (por comparação com os contratos detidos) é observada para as concessões geridas pelo consórcio Aquapor/AGS, seguido da Indaqua e da BWater, tal como resulta da Tabela 4. Nas concessões que gere sem consórcio a Aquapor apresenta a menor taxa de renegociação. Embora fosse necessário distinguir as renegociações realizadas por iniciativa do operador e pelo município, estes dados não permitem confirmar a proposição de que os operadores nacionais dispõem de maior poder negocial por melhor conhecerem o setor.

TABELA 4 – Distribuição das concessões e renegociações em função do acionista

Acionista maioritário	Concessões	Renegociações	Taxa de renegociação ⁽¹⁾
Aquapor (PT)/AGS (PT>ES)	4	10	250%
Indaqua (PT)	6	10	167%
Bewater (FR>CN)	4	6	150%
AGS (PT>ES)	5	5	100%
Aqualia (ES)	5	5	100%
Aquapor (PT)	7	5	71%

⁽¹⁾ Número renegociações/número de contratos geridos por cada operador

No que respeita aos motivos invocados para a renegociação, apresentados na Tabela 5, assumem especial relevância a variação da procura para além do limiar do risco assumido pela concessionária (presente em 15 renegociações⁵⁷) e a decisão de introdução de novos investimentos (levou a 13 renegociações).

56 As demais concessões são detidas pela AGS que pertencia ao grupo SOMAGUE e foi integrada, em 2004, no grupo espanhol Sacyr; pela Aqualia pertencente ao grupo espanhol FCC e pela BWater integrada no Beijing Enterprises Water Group que adquiriu as concessões anteriormente exploradas pela francesa Compagnie General des Eaux.

57 Conforme resulta da Tabela 3, 36 das renegociações observadas ocorreram em contratos em que existe partilha do risco da procura, o que significa este risco não assumiu uma expressão tão significativa como poderia acontecer como causa das renegociações.

Nas concessões em que o risco da procura não é integralmente assumido pela concessionária, existem contratos que preveem o direito a reequilíbrio por qualquer variação dos caudais faturados enquanto outros definem diferentes bandas que vão desde 5% até 40% (só a partir de uma variação superior a esse limiar dos caudais inicialmente previstos se justifica a reposição do equilíbrio). As renegociações observadas por variação dos caudais faturados ocorreram nas concessões cuja banda de variação ia apenas até 20%. Embora pudesse ser de esperar que, dentro deste grupo, incidissem mais nos contratos com bandas mais reduzidas, 7 das 15 renegociações com este motivo respeitam a contratos com bandas de 20%. A variação da procura como motivo da primeira renegociação do contrato incidiu especialmente nas concessões em que a procura havia sido definida pelo município (5 em 7 eventos), resultado que, porém, pode não ser forçosamente indiciador de um particular *optimism bias* por parte dos municípios, na medida em que a procura foi definida pelos municípios na maioria dos contratos observados (o que assegura a comparabilidade das propostas).

Relativamente às renegociações motivadas por alterações ao plano de investimentos, e tendo presente que a sua redução ou recalendarização também originou renegociações, verifica-se que o valor total dos investimentos previstos para as 31 concessões passou de 1,1 mil milhões de euros, na redação inicial dos contratos, para 1,3 mil milhões de euros após as renegociações observadas até 2015 (vide Tabela 3). Em cerca de metade das concessões as obrigações de investimento não estão definidas em termos puramente financeiros (transferindo, portanto, o risco do custo da obra para a concessionária), mas sim em termos físicos (identificando infraestruturas a realizar ou, menos frequentemente, objetivos a alcançar). A frequência com que os contratos são revistos para alterar o plano de investimentos, pode assim decorrer do desenho contratual (por desadequação do valor previsto face aos investimentos necessários) ou de alterações da estratégia do município, o que eventualmente poderia ser mitigado pela definição, no contrato, apenas de *outputs*, reconhecendo-se à concessionária margem de decisão quanto à forma de os assegurar.

Para repor o equilíbrio da concessão, na sequência da alteração das condições iniciais, as partes recorreram, em regra, a uma combinação de instrumentos, tal como descrito na Tabela 6. A alteração das tarifas foi mais frequentemente adotada (em 33 renegociações), seguida da alteração da retribuição (em 16 eventos) e da prorrogação do prazo (12 concessões viram o prazo alargado, numa duração adicional média de 8 anos). Ainda assim, comparando a evolução dos proveitos anuais médios por concessão (a preços de 2015 e para as concessões

onde foi possível recolher esse dado), com a ocorrência de renegociações, tal como apresentado na Figura 8, não se deteta uma tendência evidente de aumento dos proveitos na sequência da renegociação dos contratos (a variação dos proveitos médios estará mais relacionada com o número de observações e heterogeneidade das concessões incluídas nas observações).

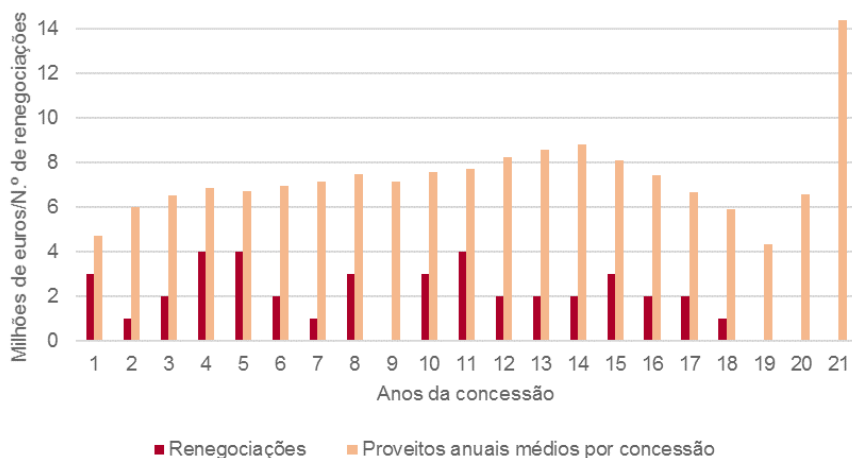
TABELA 5 – Análise dos motivos das renegociações

Motivos	Serviço concessionado			Total
	Abastecimento de água	Saneamento de águas residuais	Abastecimento e saneamento	
Novo investimento	4	1	8	13
Redução do investimento	1	0	8	9
Recalendarização do investimento	1	0	8	9
Variação da procura	3	0	12	15
Alteração unilateral do contrato	0	0	2	2
Outros	4	1	18	23

TABELA 6 – Análises dos instrumentos utilizados para a reposição do equilíbrio da concessão

Instrumentos de reequilíbrio	Serviço concessionado			Total
	Abastecimento de água	Saneamento de águas residuais	Abastecimento e saneamento	
Reequilíbrio tarifário	8	1	24	33
Prazo	5	1	6	12
Retribuição	5	1	10	16
Outros	0	0	2	2

FIGURA 8 – Evolução dos proveitos anuais médios e distribuição das renegociações ao longo da vigência das concessões



Fonte: Autores, com base nos dados recolhidos

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

As concessões e parcerias público-privadas podem constituir uma forma de assegurar a prestação de serviços públicos e a construção das respetivas infraestruturas com maior qualidade e/ou menor custo do que recorrendo aos meios públicos e formatos de contratação tradicional, assegurados que estejam os incentivos adequados à promoção da eficiência do parceiro privado.

No entanto, porque se trata de contratos complexos, de longa duração e, por esse motivo, incompletos, são objeto de críticas recorrentes, por não serem evidentes as suas mais-valias.

Para além da questão da contabilização (e diferimento) dos encargos com as PPP, a renegociação destes contratos é um dos aspetos que merece mais atenção no que respeita à sua capacidade de gerar *value for money*.

As renegociações dos contratos de concessões e de parcerias público-privadas (PPP, podem corresponder a uma forma destes contratos, incompletos e de longa duração, se adaptarem a novas circunstâncias imprevistas, permitindo assim a maximização do bem-estar social.

No entanto, a observação da frequência com que ocorrem estas renegociações suscita preocupações quanto à sua legitimidade e benefício para a sociedade. Vários autores se têm, por isso, vindo a debruçar sobre os determinantes das renegociações, identificando vários fatores que tornam mais provável a ocorrência de renegociações, associados ao desenho do contrato, ao quadro regulatório, ao contexto político e ao quadro macroeconómico.

Da análise da realidade portuguesa das concessões dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais resulta a existência de uma elevada taxa de renegociação destes contratos, por motivos que não se prendem apenas com a incapacidade de prever as condições de exploração a longo prazo (dado que muitas renegociações ocorrem no início do contrato). Para além da variação da procura para além dos limites do risco assumido pela concessionária (renegociação associada à matriz de risco definida), as alterações ao plano de investimento são o motivo mais recorrente para a renegociação dos contratos (o que pode decorrer da verificação de um desajuste do plano inicialmente definido face às necessidades do concelho ou de alterações da estratégia do município).

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO-CONDE, A. B., BROWN, C., & ROJO-SUAREZ, J,
 2007 “Public private partnerships: Incentives, risk transfer and real options”, in *Review of Financial Economics*, 16(4), pp. 335-349.
- ATHIAS, L., & SAUSSIER, S.
 2010 *Contractual flexibility or rigidity for public private partnerships? Theory and evidence from infrastructure concession contracts*, Chaire EPPP, disponível em <http://www.webssa.net/files/images/Athias-Saussier-2010.pdf>.
- AZEVEDO, M.
 2008 *As Parcerias Público Privadas: Instrumento de Uma Nova Governação Pública*, Tese de Doutoramento em Direito, Ramo Ciências Jurídico-Económicas, disponível em http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/159/2/18247_ulsd_re383_TESE.pdf.
- BALL, R., HEAFEY, M. & KING, D.
 2007 “The Private Finance Initiative in the UK”, in *Public Management Review*, 9(2), pp. 289–310.
- BROADBENT, J., GILL, J., & LAUGHLIN, R.
 2008 “Identifying and controlling risk: the problem of uncertainty in the private finance initiative in the UK’s National Health Service”, in *Critical Perspectives on Accounting*, vol. 19(1), pp. 40-78.
- COMISSÃO EUROPEIA
 2003 *Guidelines for Successful Public-Private Partnership*, Bruxelas: Direção Geral da Política Regional.
- CRUZ, C. O., & MARQUES, R. C.
 2013a “Endogenous Determinants for Renegotiating Concessions: Evidence from Local Infrastructure”, in *Local Government Studies*, 39(3), pp. 352-374.
 2013b “Exogenous determinants for renegotiating public infrastructure concessions: evidence from Portugal”, in *Journal of Construction Engineering and Management*, 139(9), pp. 1082-1090.
 2013c “Flexible contracts to cope with uncertainty in public-private partnerships”, in *International Journal of Project Management*, 31(3), pp. 473-483.
- DE BRUX, J., BEUVE, J., & SAUSSIER, S.
 2011 *Renegotiations and Contract Renewals in PPPs. An Empirical Analysis*, Chaire EPPP, disponível em http://www.chaire-ePPP.org/files_chaire/debruxbeuvesaussier-may2011.pdf.

- DOMINGUES, S. & SARMENTO, J. M.
 2016 “Critical renegotiation triggers of European transport concessions”, in *Transport Policy*, 48, pp. 82-91.
- DOMINGUES, S. & ZLATKOVIC, D.
 2014 “Renegotiating PPP Contracts: Reinforcing the ‘P’ in Partnership”, in *Transport Reviews*, 35(2), pp. 204-225.
- ENGEL, E. M. R. A., FISCHER, R. & GALETOVIC, A.
 2006 *Renegotiation without holdup: Anticipating spending and infrastructure concessions*: National Bureau of Economic Research Working Paper Series n.º 12399, disponível em <http://www.nber.org/papers/w12399.pdf>.
- 2009 *Soft Budgets and Renegotiations in Public-Private Partnerships*, National Bureau of Economic Research Working Paper Series n.º 15300, disponível em <http://www.nber.org/papers/w15300.pdf>.
- ESTACHE, A., GUASCH, J. L., IIMI, A. & TRUJILLO, L.
 2009 “Multidimensionality and Renegotiation: Evidence from Transport-Sector Public-Private-Partnership Transactions in Latin America”, in *Review of Industrial Organization*, 35(1-2), pp. 41-71.
- FOURIE, F. & BURGER, P.
 2000 “An Economic Analysis and Assessment of Public-Private Partnerships”, in *South African Journal of Economics*, 68, pp. 305-316.
- FROUD, J. & SHAOUL, J,
 2001 “Appraising and evaluating PFI for NHS hospitals”, in *Financial Accountability & Management*, 17, pp. 247-270.
- GRIMSEY, D. & LEWIS, M.K.
 2002 “Evaluating the risks of public private partnerships for infrastructure projects”, in *International Journal of Project Management*, 20(2), pp. 107-118.
- 2004 *Public Private Partnership: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited.
- 2005 “Are public-private partnerships value for money? Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views”, in *Accounting Forum*, 29, pp. 345-378.
- GROSSMAN, S. J. & HART, O. D.
 1986 “The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration”, in *Journal of political economy*, 94(4), pp. 691-719.
- GUASCH, J. L.
 2004 *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*, Washington, World Bank Publications.

- GUASCH, J. L., LAFFONT, J.-J. & STRAUB, S.
 2003 *Renegotiation of concession contracts in Latin America*, Policy Research Working Paper N.º 3011, World Bank, disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/18224>.
 2006 “Renegotiation of concession contracts: A theoretical approach”, in *Review of Industrial Organization*, 29(1-2), pp. 55-73.
 2007 “Concessions of infrastructure in Latin America: Government-led renegotiation”, in *Journal of Applied Econometrics*, 22(7), pp. 1267-1294.
 2008 “Renegotiation of concession contracts in Latin America: Evidence from the water and transport sectors”, in *International Journal of Industrial Organization*, 26(2), pp. 421-442.
- HART, O. D.
 1995 “Incomplete contracts”, in *NBER Reporter*, p. 18.
 2003 “Incomplete contracts and public ownership: Remarks, and an application to public-private partnerships”, in *The Economic Journal*, 113(486), pp. C69-C76.
- HART, O., SHLEIFER, A. & VISHNY, R. W.
 1997 “The proper scope of government: theory and an application to prisons”, in *The Quarterly Journal of Economics*, 112(4), pp. 1127-1161.
- HO, S. P.
 2006 “Model for financial renegotiation in public-private partnership projects and its policy implications: Game theoretic view”, in *Journal of Construction Engineering and Management*, 132(7), pp. 678-688.
- HODGE, G. A. & GREVE, C.
 2007 “Public-private partnerships: An international performance review”, in *Public Administration Review*, 67(3), pp. 545-558.
- IRWIN, T.
 2007 *Government guarantees: Allocating and valuing risk in privately financed infrastructure projects*, Washington: World Bank Publications.
- MARQUES, M. L., SANTOS, A. & GONÇALVES, M.
 2011 *Direito Económico*, 6.^a edição revista e atualizada, Coimbra: Almedina.
- MASKIN, E. & TIROLE, J.
 2008 “Public-private partnerships and government spending limits”, in *International Journal of Industrial Organization*, 26(2), pp. 412-420.
- MONTEIRO, R. S.
 2005 “Public-private partnerships: Some lessons from Portugal”, in *The European Investment Bank Papers*, 10(2), pp. 73-81.

NG, A. & LOOSEMORE, M.

2007 “Risk allocation in the private provision of public infrastructure”, in *International Journal of Project Management*, 25(1), pp. 66-76.

OCDE

2008 *Public-Private Partnerships – In pursuit of Risk Sharing and Value*, Paris: OCDE.

QUIGGIN, J.

2005 “Public-Private Partnerships: Options for Improved Risk Allocation”, in *Australian Economic Review*, 38(4), pp. 445-450.

SARMENTO, J. M.

2010 “Do Public-Private Partnerships Create Value for Money for the Public Sector? The Portuguese Experience”, in *OECD Journal on Budgeting*, 2010(1), pp. 93-119.

2011 “As parcerias público privadas e as regras do Eurostat”, in *Revista TOC*, 137, pp. 49-52.

2014 *Public private partnerships* (Ph.D.), Tilburg University, Tilburg.

SARMENTO, J. M., & RENNEBOOG, L.

2015 “Portugal’s experience with Public Private Partnerships”, in AKINTOYE, AKINTOLA, BECK, MATTHIAS & KUMARASWAMY, *Public Private Partnerships: A Global Review*, Routledge, pp. 266.

2014 “Public-Private Partnerships: Risk Allocation and Value for Money”, in CentER Discussion Paper Series, Vol. 2014-022.

2016a “Anatomy of public-private partnerships: their creation, financing and renegotiations”, in *International Journal of Managing Projects in Business*, 9(1), pp. 94-122.

2016b “Renegotiating Public-Private Partnerships”, in European Corporate Governance Institute (ECGI)-Finance Working Paper, (416).

SHAOUL, J.

2002 “A financial appraisal of the London Underground Public-Private Partnership”, in *Public Money and Management*, 22(2), pp. 53.

2005 “A critical financial analysis of the Private Finance Initiative: selecting a financing method or allocating economic wealth?”, in *Critical Perspectives on Accounting*, 16(4), pp. 441-471.

SPILLER, P. T.

2008 *An institutional theory of public contracts: Regulatory implications*, National Bureau of Economic Research Working Paper Series n.º 14152, disponível em <http://www.nber.org/papers/w14152>.

TIROLE, J.

1999 “Incomplete contracts: Where do we stand?”, in *Econometrica*, 67(4), pp. 741-781.

YESCOMBE, E.

2007 *Public-Private Partnerships – Principles of Policy and Finance*, Oxford: Elsevier Finance.

WILLIAMSON, O. E.

1989 “Transaction cost economics”, in SCHMALENSEE, R. & WILLIG, R., *Handbook of industrial organization*, vol. 1, pp. 135-182.

O QUADRO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DAS ENTIDADES REGULADORAS DO SETOR FINANCEIRO

Nuno Cunha Rodrigues / Rui Guerra da Fonseca***

ABSTRACT: The paper analyzes aspects related to the legal regime of the liability of financial regulators in the financial sector, in order to investigate, among other aspects, whether the nature of a regulatory entity implies specificities in the weighting and verification of the assumptions of administrative civil liability, and, if so, which are the exact terms of this.

SUMÁRIO: 1. Enquadramento inicial. 2. A Lei-Quadro das Entidades Administrativas Independentes e a regulação do setor financeiro. 3. A responsabilidade civil extracontratual dos reguladores do setor financeiro. 3.1. Aspetos gerais. 3.2. Facto voluntário. 3.2.1. Ações. 3.2.2. O caso específico das recomendações. 3.2.3. Omissões. 3.3. Ilicitude. 3.4. Culpa. 3.4.1. Enquadramento. 3.4.2. Culpa leve e culpa grave. 3.5. Funcionamento anormal do serviço. 3.6. Nexo de causalidade. 3.7. Obrigação de indemnizar. 3.8. Noção de terceiros para efeitos de apuramento da responsabilidade.

1. ENQUADRAMENTO INICIAL

A regulação de determinados setores de atividade económica surge, tradicionalmente, em consequência da verificação de falhas de mercado e da necessidade de intervenção pública em ordem a atenuá-las ou eliminá-las.

* Professor da Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal. Professor do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal (IDEFF), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa Portugal.

** Professor da Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal. Professor do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP), Investigador Principal do Centro de Investigação de Direito Público (CIDP), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal.

Existem diferentes falhas de mercado que podem motivar, também elas, diferentes abordagens por parte dos reguladores¹. Estão em causa falhas tão diversas como a informação assimétrica (que motiva a regulação no setor segurador ou dos valores mobiliários), o risco sistémico (que justifica a necessidade de ser evitado ou prevenido através da supervisão prudencial, micro e macro, exercida pelo Banco de Portugal), ou a transição de setores monopolizados para setores liberalizados (como ocorreu no setor energético e no setor das comunicações móveis), que determinam a específica regulação económica existente em determinados setores e, bem assim, as entidades reguladoras competentes para a exercer.

A designação aqui utilizada – entidades reguladoras – comporta diversos significados, não sendo literalmente suficiente para revelar o que realmente pretende designar.

A expressão “regulação” tem um significado abrangente que inclui qualquer sujeição a normas, no sentido de “encaminhar algo segundo a regra ou em sujeitar alguma coisa a regras”². Quando esta noção se cruza com a economia estarão em causa as regras que condicionam e estruturam o funcionamento desta última, o que também tem sido designado por outros como o “encaminhamento da Economia segundo a regra”³.

É deste último caldo – regulação económica – que emergem as modernas entidades reguladoras, correspondendo a um determinado modelo institucional em que dispõe de um elevado grau de autonomia – ou, para outros autores, de independência – atendendo à ausência de qualquer subordinação a poderes de direção⁴ que, nestas, decorre de um desejável e necessário afastamento em relação ao poder político e, por outro lado, aos próprios regulados.

Na verdade, o apuramento da autonomia/independência de uma entidade reguladora depende, no essencial, da conjugação de dois elementos distintos:

- (i) Regras relativas à designação e destituição dos titulares de órgãos das entidades reguladoras, e

1 Descrevendo diversas falhas de mercado no setor da saúde e a forma como são colmatadas pela Entidade Reguladora da Saúde, cfr. Cunha Rodrigues, 2009: 613-651.

2 Cfr. Costa e Silva, 2006: 542.

3 Cfr. *ibidem*.

4 Cfr. Otero, 1995: 720.

- (ii) Regras respeitantes à influência dinâmica que o poder político-administrativo (designadamente, o Governo) possa exercer ao nível dos processos decisórios, e que, nos termos da teoria geral da organização administrativa, reclama, pelo menos, a ausência de poderes de direção e de superintendência.

A *independência* administrativa pretende assim designar o estatuto de certo órgão ou entidade cuja atuação, em geral, não é suscetível de ser determinada pelo exercício de quaisquer poderes pertencentes a outro órgão – nesse sentido, supraordenado –, designadamente, poderes de direção, superintendência ou tutela⁵. Não nos ateremos aqui, porém, a um conceito estrito de independência, porque não é ele que determina, por si, a noção de entidade reguladora⁶.

O que releva, neste contexto, é o facto de se tratar de pessoas coletivas públicas distintas do Estado, com competências normativas (*hard law* e *soft law*), decisórias (*adjudication*) e de autotutela executiva (*self-enforcement*), bem como sancionatórias (no que tal se autonomiza da autotutela executiva), relativamente a certa área da atividade económica⁷, e que se caracterizem por um nível de autonomia administrativa (e financeira) a que seja estranha uma sobredeterminação dos respetivos processos decisórios⁸.

Entre estatutos de “forte” independência ou um elevado grau de autonomia (como é o caso do Banco de Portugal⁹) e outros de independência mais “fraca”¹⁰,

5 Cfr. Lucas Cardoso, 2002: 404-405. Veja-se também Vital Moreira, 1997: 126-127; sobre o conceito de administração autónoma, cfr. pp. 23 ss., e em especial 78 ss..

6 Para uma distinção entre autoridades administrativas independentes e autoridades reguladoras independentes, cfr. Leitão Marques, Simões de Almeida & Matos Forte, 2005: pp. 9 ss. Sublinhando a confusão entre ambas as figuras, no direito francês e depois no direito italiano e no direito espanhol, cfr. Mockle, 2008: 223 ss.

7 São assim aquelas que já foram apelidadas de “autoridades administrativas em sentido forte ou em sentido próprio” (cfr. Costa e Silva, 2006: 543-544; para uma consideração da figura das “autoridades administrativas independentes ‘fracas’”, cfr. Lucas Cardoso, 2002: 226 ss.).

8 O que não é completamente incompatível, por exemplo, com a coexistência de poderes de tutela administrativa: veja-se o caso do Instituto de Seguros de Portugal (ISP), cuja caracterização como entidade reguladora, no sentido apontado no texto, não era posta em causa pela sujeição a tutela do Ministro das Finanças (cfr. artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 289/2001, de 13 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 195/2002, de 25 de setembro). O ISP passou, entretanto, a denominar-se “Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF)”, nos termos do Decreto-Lei n.º 1/2015, de 6 de janeiro, e já não se encontra sujeito a tutela governamental (cfr. artigo 4.º).

9 Cfr. Guerra da Fonseca, 2008: 807 ss.

10 Como era o caso do ex-ISP (cfr. supra).

bem se descobre que a correspondente justificação colhe sentido, sobretudo, em razão da direta intervenção do Estado na economia.

Onde esta existe, mais se mostra a razão de um distanciamento em relação ao poder político-administrativo, sobretudo por motivos de imparcialidade: naturalmente, e fazendo agora uso de um jargão cuja manutenção pode bem afinal vir a revelar-se perturbador de uma certa objetividade, quando o poder político-administrativo é “ator” ou “jogador”, não deve ser simultaneamente árbitro.

O surgimento de entidades reguladoras – entendidas como exercendo regulação em sentido amplo resulta, assim, de um dos seguintes motivos:

- i) Económicos, face à necessidade de colmatar falhas de mercado (podendo aqui falar-se em regulação *strico sensu* ou em regulação económica);
- ii) Técnicos, face à necessidade de especificar regras *técnicas* de acesso e atuação/comportamento no mercado (*v.g.* distribuição do espectro radioelétrico), que se expressam na afirmação de necessidade de uma grande especialização técnica na regulação de certos domínios da atividade económica;
- iii) Opção política, nomeadamente face à modificação, em Portugal, do paradigma da intervenção direta na economia pela intervenção indireta motivada quer pelas alterações à Constituição verificadas em 1989 e 1997, quer pelo processo de integração europeia e pela atração centrípeta que a União Europeia exerce sobre a regulação económica.

Nos casos em que assim não é, ou seja, nos domínios da atividade económica em que o poder político-administrativo não intervém diretamente como agente económico, tal necessidade de imparcialidade ou neutralidade é relativizada.

Na verdade, em todas estas áreas, nada há que justifique um afastamento do próprio Estado ou do poder político-administrativo da atividade de regulação, podendo mesmo dizer-se que aí – isto é, na regulação de áreas da atividade económica –, se encontra, em termos constitucionais, uma incumbência prioritária do Estado, que se descobre na conjugação de múltiplas alíneas do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), e na decorrência de princípios fundamentais gerais da organização económico-social, como, desde logo, o da subordinação do poder económico ao poder político democrático (artigo 80.º, alínea *a*), da CRP)¹¹.

11 Cfr. Guerra da Fonseca, 2008: 42 ss. e 180 ss.

Ou não será a regulação, no sentido já apontado, uma das tarefas essenciais do Estado para efeitos do artigo 9.º da CRP, como razão de ser da própria política na realização dos fins do direito, e dos fins do Estado conforme a nossa Constituição os concretiza, permitindo assim afirmar que a “responsabilidade constitucional” pela realização dos “objetivos” aí inscritos “permanece com o Estado”¹²?

Há, no entanto, uma outra razão – e esta tão fundamental quanto transversalmente repetida, isto é, independentemente da presença do Estado como agente económico – para a pretensão de afastamento das tarefas de regulação em relação à política: os já enunciados *motivos técnicos*.

Não se trata aqui da necessidade de assegurar a imparcialidade do regulador, entendida como a necessária distância que este deve ter em relação ao regulado quando este último possa ser uma entidade governamentalmente dependente, ou dependente de outros poderes públicos que, em regra, se identificam com pessoas coletivas públicas de população e território.

Pretende-se agora, noutra sentido, que o afastamento (a independência ou a autonomia) das entidades encarregues da regulação em relação ao poder político-administrativo decorra da necessidade de uma grande especialização técnica da atividade regulatória nos diversos domínios da atividade económica.

A afirmação de uma tal necessidade parte de dois postulados fundamentais, que se interarticulam, e cuja relação de precedência nem sempre é clara ou mesmo fácil de estabelecer:

- i) A incapacidade técnica da administração pública “tradicional” para levar a cabo tarefas de regulação altamente especializadas, quer em termos objetivos (disponibilidade de informação), quer em termos subjetivos (disponibilidade de conhecimento), relativamente a áreas da atividade humana – da atividade económica, *prima facie* – cujo acompanhamento requer tais elementos e, muito em particular, no que toca ao elemento subjetivo, uma elevada preparação técnica dos agentes administrativos;
- ii) A indesejabilidade da influência ou determinação política da atividade de regulação, que se tem por perturbadora da “objetividade” inerente à aplicação de critérios estritamente “técnicos”, podendo então falar-se de uma pretensão de despolitização das entidades reguladoras e da correspondente atuação.

12 Cfr Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007: 282.

O nascimento das entidades reguladoras visa um acréscimo de qualidade técnica na atividade de regulação e, com ele, tanto um incremento da respetiva eficácia, quanto da própria legitimidade da atuação destas entidades, em face da hipótese contraposta de manutenção das tarefas de regulação na competência de entidades administrativas “tradicionais”.

Ora, se a atividade de regulação vem importando considerações particulares a respeito dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual da administração que do respetivo exercício possa advir – *v.g.*, o “elevado potencial de danos” que aí pode estar envolvido e que justifica que, por exemplo, à Autoridade da Concorrência se exija que se pautе “por regras de cuidado e cautela”¹³ em virtude de uma “especial confiança nela depositada pelo Ordenamento” que exigiria “um cuidado e ponderação acrescidos”¹⁴ –, parece ser, afinal, a “qualidade” das entidades reguladoras o ponto onde converge o essencial de qualquer eventual especificidade para o tema em mãos.

Daí que já se tenha afirmado que a especificidade da atividade das entidades reguladoras e “a credibilidade de que gozam conjugadas com a dinâmica da economia atual colocam, em sede de responsabilidade delitual, problemas essencialmente distintos daqueles que surgem no exercício de poderes administrativos ‘clássicos’”¹⁵: a “ampla credibilidade” e os “extensos poderes” que assistem às entidades reguladoras concorreriam para que estas se encontrassem numa posição privilegiada “*para influenciar as decisões* de investimento ou de desinvestimento”, justificando-se então “*deveres e responsabilidade acrescidos*”¹⁶.

A “credibilidade” das entidades reguladoras parece, porém, um elemento problemático para tomar ao nível de uma ponderação geral.

Na verdade, constitui uma característica que não pode deixar de ter-se por altamente variável, de entidade para entidade, e mesmo a respeito de uma mesma entidade em razão do tempo: certa entidade apresenta hoje um índice de credibilidade que, independentemente da possibilidade da sua mensurabilidade objetiva, pode não ser o mesmo amanhã, índice esse que, ademais, não

13 Cfr. Menezes Cordeiro, 2004: 44.

14 Cfr. Menezes Cordeiro, 2004: 76.

15 Cfr. Albuquerque & Pereira, 2004: 89 ss.

16 Cfr. Albuquerque & Pereira, 2004: 125. Recusando, porém, o que apelida de “alarido social” como critério de medida da atuação das entidades reguladoras no desempenho de funções de fiscalização (*v.g.* diligências de busca), por “fluidez terminológica e subjetividade de apreciação”, que não permitiriam falar aí de um critério verdadeiramente normativo, *cfr.* Prata Roque, 2009: 412-413.

deixa de ter uma relação imediata com os titulares dos respetivos órgãos e com a sua própria “credibilidade”.

Ao que vem de dizer-se junta-se um outro aspeto essencial para a presente temática, uma outra perspetiva, inserida nos quadros do princípio da juridicidade conforme o mesmo é – e deve ser – hoje tratado¹⁷.

Ao assumir as entidades reguladoras como uma necessidade técnica e institucional, o Estado está a autovincular-se a uma regulação segundo critérios técnicos¹⁸ por parte de entidades compostas por pessoas mais aptas para tal do que o que normalmente se verifica ao nível da administração pública “tradicional”¹⁹.

Deixando de parte a perspetiva patológica do desvio de poder na criação destas entidades – e ele pode ocorrer pelas mais diversas razões, desde motivações pessoais, até à pretensão desresponsabilização do Estado-pessoa coletiva pelo cumprimento das suas tarefas, quando não mesmo do afastamento de responsabilidade pelos danos causados por essa mesma atividade²⁰ –, tal autovinculação só pode admitir-se, por força do princípio da juridicidade, quando surja como conclusão de que assim melhor se cumpre o princípio do Estado de direito: por outras palavras, os fins do direito (e os fins do Estado, caso se pretenda vê-los separadamente dos do direito).

Se não é metodológico-juridicamente aceitável – e mesmo à luz do princípio do Estado de direito democrático – qualquer tentativa de formular um quadro de “entidade administrativa média”, em paralelo com a figura do “homem médio”, cujo relevo em termos de responsabilidade jurídico-civil é por demais conhecida, nem por isso deixa de ser razoável afirmar que, assim, sobre as entidades reguladoras e titulares dos seus órgãos e agentes recai um

17 Cfr. Otero, 2010: 75 ss., e referências aí constantes. Passa, pois pelo princípio da juridicidade a “confiança” nas entidades reguladoras, aí se encontrando um pilar fundamental do sistema. Não deixam de vir à memória, neste contexto, algumas das últimas palavras de Tony Judt: “Se não pudermos confiar (...) que os reguladores públicos denunciem os negociantes desonestos, então o próprio capitalismo sofrerá uma paragem brusca” (Judt, 2010: 50).

18 Sobre a aplicação de normas extrajurídicas por parte da administração, a autovinculação desta a uma “normatividade de base factual”, e o respetivo contributo para o reforço da “diversidade de conteúdo material da legalidade administrativa”, cfr. Otero, 2013: 450 ss.; Otero, 2003: 763 ss. e 782 ss. Sobre o problema geral da colonização do direito por normas técnico-científicas, e mais especificamente, sobre a relevância e implicações de uma normatividade técnico-científica no exercício da atividade administrativa, cfr. Otero, 764 ss.; Sérvulo Correia, 1987: 171-172 e 478; Amado Gomes, 2007: 424 ss.; e outras referências em Guerra da Fonseca, 2012: max. 508 ss.

19 Cfr. Mockle, 2008: 228 ss.

20 Com relevantes considerações a este respeito, cfr. Costa e Silva, 2006: 548 ss.

padrão de exigência superior, em razão da aptidão técnica que justifica a sua própria existência.

Na verdade, tal acréscimo de exigência constitui mesmo um elemento existencial destas entidades, que não pode deixar de ser considerado no momento de ajuizar da respetiva atuação²¹.

Tendo em mente as considerações antecedentes, bem como os diversos pressupostos da responsabilidade civil administrativa extracontratual, deve desde logo observar-se que a especial exigência na correspondente apreciação, decorrente da particular “qualidade” das entidades reguladoras, não se mostrará em todos os domínios do mesmo modo, nem em todos “de modo forte”, mas sobretudo naqueles que constituírem característica particular da atividade de regulação.

Isto mesmo se mostra, por exemplo, logo no primeiro pressuposto, o fato voluntário (cfr. *infra*), onde a grande dicotomia entre ações e omissões não é, em si mesma e enquanto tal, carente de qualquer apreciação específica neste domínio, nem tão-pouco o respetivo conteúdo tipológico geral (regulamentos, atos administrativos, “simples atuações administrativas”, “atos reais”, e respetivas “omissões juridicamente relevantes”²²).

Não significa isso, porém, que certas modalidades da atuação administrativa das entidades reguladoras não possam merecer uma reflexão própria no contexto que fomos estabelecendo até ao momento.

2. A LEI-QUADRO DAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDENTES E A REGULAÇÃO DO SETOR FINANCEIRO

Em 2013 foi publicada, pela primeira vez, uma lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo: a Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

Esta Lei surgiu na decorrência do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, assinado pelo Governo Português, em 17 de maio de 2011²³. Procurava-se, dessa forma, preencher um vazio legis-

21 Como é sabido, a construção dogmática do “homem médio”, produzida sobre a figura do *bonus pater familias*, postula a liberdade (jurídico-civil) de autodeterminação do sujeito na escolha da sua conduta perante situações jurídicas e juridicamente relevantes (tal como, aliás, a liberdade constitui substrato “significativo-ideológico” do direito subjetivo: cfr. Menezes Cordeiro, 2009: 327 ss.; *mutatis mutandis*, deve ver-se ainda *idem*, 1984: 1191-1192).

22 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 20.

23 Este previa, no parágrafo 7.21., que fossem adotadas medidas para “garantir que as Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN) têm a independência e os recursos necessários para exercer as suas responsabilidades.”

lativo uma vez que as entidades administrativas independentes não eram, nem são, reconduzíveis à noção de instituto público, dada a independência de que gozam, nem à noção de empresa pública, pois não visam prosseguir uma atividade empresarial ou comercial.

Porém, o âmbito subjetivo de aplicação daquela Lei é menor do que a noção de entidade administrativa independente comporta. Com efeito, a Constituição admite, no artigo 267.º, n.º 3, que podem ser criadas, por lei (lei *lato sensu*, podendo ser lei ou decretolei), entidades administrativas independentes. Como se sabe, cabem no conceito de entidade administrativa independente entidades tão diversas como as entidades reguladoras abrangidas pela nova Lei ou outras como a Comissão Nacional de Eleições (CNE) ou a Comissão de Acesso a Documentos Administrativos (CADA).

É por isso que o legislador procurou limitar o âmbito de aplicação da Lei n.º 67/2013, definindo, no artigo 3.º do anexo, entidades reguladoras como “*pessoas coletivas de direito público, com a natureza de entidades administrativas independentes, com atribuições em matéria de regulação da atividade económica*”.

Se assim se pretendia dissipar dúvidas relativas ao âmbito de aplicação do diploma, elas seriam definitivamente resolvidas pelo n.º 3 do artigo 3.º da Lei Quadro, que procede ao elenco, em nosso entender, taxativo, das entidades subordinadas à Lei.

Neste contexto, foram excluídos do âmbito subjetivo de aplicação da Lei o Banco de Portugal e a Entidade Reguladora da Comunicação Social.

No caso do Banco de Portugal, a não aplicação da Lei pode ser sustentada com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que prevê, nos artigos 130.º e 131.º, a independência dos bancos centrais nacionais, independência, de resto, replicada, no artigo 102.º da Constituição, cuja redação, resultante da revisão constitucional extraordinária de 1992, visou, justamente, harmonizar o texto constitucional com a (então) alteração introduzida pelo Tratado de Maastricht²⁴.

Qualquer disposição desta Lei quadro que colocasse em causa a independência do Banco de Portugal seria inconstitucional e ilegal o que, ainda assim, teria permitido sujeitar, em alguma medida, o Banco de Portugal a este diploma, caso assim tivesse sido entendido²⁵.

24 Cfr. Guerra da Fonseca, 2008: 803 ss.

25 A este propósito v. Cunha Rodrigues, 2014: 88-94.

A exceção relativa à Entidade Reguladora da Comunicação Social pode justificar-se pela circunstância de o artigo 39.º da Constituição consagrar, de forma expressa, aquela entidade reguladora e de as funções por esta prosseguidas não corresponderem ao exercício típico de uma função de regulação económica (ou seja, não está em causa a correção de uma falha de mercado *típica*).

A Lei Quadro propõe um modelo institucional de regulação que será aplicável, de forma transversal, à plêiade de entidades reguladoras abrangidas pelo diploma.

No caso particular da regulação do setor financeiro em Portugal, esta é efetuada de acordo com o modelo tripartido clássico, de harmonia com o qual os três setores (setor bancário, segurador e de valores mobiliários) são regulados, também eles, por três entidades reguladoras distintas (Banco de Portugal, no caso do setor bancário; Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, no caso do setor segurador; e Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, no caso do setor dos valores mobiliários).

A coordenação e articulação da atividade dos três reguladores é assegurada pelo Conselho Nacional de Supervisores Financeiros que intervém em questões sensíveis tais como, exemplificativamente, as que envolvem a regulação de conglomerados financeiros, isto é, de grandes instituições financeiras que operam, simultaneamente, nos três subsectores²⁶.

Este modelo teórico é acolhido por grande parte dos Estados-membros da União Europeia sabendo-se que nenhum modelo em concreto é imposto a nível europeu.

Não obstante, assistiu-se, em diversos Estados, à alteração do modelo institucional de regulação do sistema financeiro, tendo alguns optado pelo modelo *twin peaks*, que desagrega a supervisão prudencial da supervisão comportamental de todas as entidades do sistema financeiro entregando a competência para o exercício da supervisão a dois reguladores distintos. Este modelo foi concretizado na Holanda tendo sido discutida, em setembro de 2009, a sua aplicação em Portugal não tendo a mesma, contudo, sido efetivada ou, outros, pelo modelo monista de regulação do sistema financeiro (como sucedeu no Reino Unido com o *Financial Services Authority*, encarregue de regular todo o setor financeiro).

26 Cfr. Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de setembro na derradeira versão resultante da Lei n.º 118/2015, de 31 de agosto.

Não há um modelo ideal de regulação podendo ser apontadas virtudes e defeitos a cada um deles. É também por isso que a União Europeia não impõe, a cada Estado-membro, a adoção de um determinado e específico modelo institucional de regulação.

Em Portugal, todas as três entidades reguladoras do sistema financeiro são pessoas coletivas de direito público, dispendo de um elevado grau de independência ou, na expressão de outros autores, de um estatuto de elevada autonomia²⁷.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DOS REGULADORES DO SETOR FINANCEIRO

3.1. Aspetos gerais

Devemos distinguir a *accountability* (obrigação de prestar contas) das entidades reguladoras da responsabilidade (*liability*) destas.

A *accountability* exprime o dever de prestar contas que o regulador tem (ou deve ter), perante diversas entidades que abrangem, em Portugal, o Parlamento; o Governo (função consultiva; relatórios, controlo orçamental); os Tribunais (v.g. Tribunal de Contas); as entidades reguladas (v.g. através do exercício do direito de audição prévia) e os consumidores (v.g. através da supervisão comportamental) que têm vista, entre outras finalidades, atenuar o risco de captura do regulador.

Por outro lado, a temática da responsabilidade das entidades reguladoras pode ser objeto de análise em função dos vários tipos de responsabilidade que o direito admite e cuja construção dogmática se conhece: *v.g.*, civil, penal, financeira ou política.

27 Neste sentido v. Paz Ferreira & Morais, 2009: 30-31, que afirmam considerar "(...) contraproducente a qualificação deste tipo de autoridade reguladoras como entidades "independentes". Será, assim, mais rigoroso qualificá-las como autoridades reguladoras autónomas, com graus variáveis de autonomia (normalmente autonomia reforçada)". Em sentido diverso, v. Vital Moreira & Maçãs, 2003: 31 e segs. Rejeitando essa qualificação porque o conceito de administração autónoma ter-se-ia consolidado para enquadrar a categoria de entidades coletivas públicas que correspondessem a uma expressão direta de outras comunidades territoriais ou de formações sociais com interesses próprios distintos dos do Estado. Porém Paz Ferreira & Morais, 2009: 31 concluem que "(...) o risco de uma tal confusão terminológica não existe devido ao terceiro elemento da denominação que preconizamos (autoridades reguladoras autónomas ou com autonomia reforçada). A menção específica à qualidade de reguladores deste tipo de organismos envolve por si só a ideia de prossecução de interesses públicos com relevância estadual e afasta a potencial confusão terminológica ou conceptual acima referenciada."

Trataremos aqui apenas aspetos relativos à responsabilidade (*liability*), em rigor, à responsabilidade civil, no contexto do regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, hoje constante da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (de acordo com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho: doravante RRCEC)²⁸, por atos de gestão pública.

A submissão das entidades reguladoras ao regime da responsabilidade civil administrativa era já reconhecida no domínio da vigência do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de novembro de 1967²⁹, fundamentalmente em razão da sua inequívoca qualificação como entidades públicas de natureza administrativa, e do facto de desenvolverem uma atividade típica de gestão pública, tudo numa concretização do artigo 22.º da CRP, que erige em pilar do princípio do Estado de direito a possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado e demais entidades públicas por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções “e por causa desse exercício”, de que resulte violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem³⁰.

As razões dessa submissão mantêm-se hoje, na vigência do RRCEC, podendo mesmo afirmar-se a superação de alguns aspetos mais problemáticos, tanto em termos substantivos como adjetivos.

Como é sabido, nos termos do respetivo artigo 1.º, n.º 1, rege-se pelo RRCEC a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas de direito público por danos resultantes do exercício das funções legislativa, jurisdicional e administrativa, correspondendo ao exercício desta última, nos termos do n.º 2, “as ações e omissões adotadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”.

Não nos percamos na análise do sempre complexo deslinde do significado de “prerrogativas de poder público” para o que ora nos ocupa³¹; desde logo porque também elas – e *prima facie* – são “reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”, expressão normativa que cobre “virtualmente todas

28 Sobre o sentido do qualificativo civil, para efeitos de distinção entre outros regimes de responsabilidade, como acentuando o escopo predominante da “reparação de danos”, cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 11.

29 Diploma hoje revogado pelo artigo 5.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, e que encerrava o regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas por atos de gestão pública.

30 Cfr. Albuquerque & Pereira, 2004: 99.

31 Sobre a noção de “poderes públicos de autoridade”, cfr. Gonçalves, 2005: 590 ss.

as ações e omissões administrativas”, fazendo decair a relevância da distinção entre atos de gestão pública e de gestão privada, exceção feita ao domínio da responsabilidade contratual³².

Sabe-se que a atividade de regulação é, toda ela, regida por disposições e princípios de Direito Administrativo, ainda que de nível constitucional, ou de Direito da União Europeia.

Com efeito, as entidades reguladoras são entidades de direito público, e integradas na teoria geral da organização administrativa, justamente porque, muito embora possam colocar-se dúvidas a respeito da verdadeira natureza substancial de certas parcelas da sua atividade, no essencial, enquadra-se na função administrativa.

Se as entidades reguladoras se encontram, assim, submetidas ao regime jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas, como entidades administrativas que são, nem por isso deixa de ser pertinente perguntar por eventuais especificidades que, na aplicação desse mesmo regime jurídico, se possam justificar em razão da sua qualidade de entidades reguladoras e dos habituais traços das suas funções.

Nestes termos, a questão fundamental que se impõem é a de saber se importará a qualidade de “entidade reguladora” especificidades ao nível da ponderação e verificação dos pressupostos da responsabilidade civil administrativa, e, em caso de resposta afirmativa, quais os seus principais termos.

É inegável que as entidades reguladoras podem ser responsabilizadas pela sua atuação sendo-lhes aplicável, neste caso, a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro que, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, determina que esta prevalece sobre qualquer remissão legal para o regime de responsabilidade civil extracontratual de direito privado aplicável a pessoas coletivas de direito público.

Esta possibilidade decorre do disposto na (i) Lei-Quadro das Entidades Reguladoras³³; (ii) no RRCEC e (iii) nos estatutos de cada uma das enti-

32 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 17. Como aí assinalam os Autores, a distinção entre atos de gestão pública e de gestão privada suscitaria reais dificuldades no domínio dos contratos e dos atos materiais, mas já não dos regulamentos e atos administrativos que são, “sem exceção, atos de gestão pública”, e que talvez possa dizer-se corporizarem, acrescentamos, o essencial das formas jurídicas da atividade de regulação.

33 A Lei-Quadro das entidades reguladoras determina, no artigo 46.º, n.º 1 que “os titulares dos órgãos das entidades reguladoras e os seus trabalhadores respondem civil, criminal, disciplinar e financeiramente pelos atos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, nos termos da Constituição e demais legislação aplicável.”

A responsabilidade dos membros do conselho de administração pelos atos praticados no exercício das suas funções é solidária (cfr. artigo 24.º, n.º 1) sendo excluída apenas relativamente aos membros que,

dades reguladoras do setor financeiro (Banco de Portugal³⁴; CMVM³⁵ e ASF³⁶).

Deve ainda observar-se que o quadro normativo em que as entidades reguladoras se movem resulta, cada vez mais, de impulsos determinados pela União Europeia podendo falar-se, assim, na crescente europeização da regulação económica em todos os setores, nomeadamente no setor financeiro³⁷.

Aqui verifica-se que o Banco Central Europeu pode também ser responsabilizado pela função de supervisão exercida, de harmonia com o disposto no artigo 340.º do TFUE, podendo, neste setor específico, haver lugar a situações de concausa desde que, sublinhe-se, envolvam a atividade do BCE (em particular a atividade recentemente desenvolvida, na sequência do surgimento da União Bancária). Nestes casos, o Tribunal competente para julgar estes casos será o Tribunal de Justiça da União Europeia³⁸.

tendo estado presentes na reunião em que foi tomada a deliberação, tiverem votado contra, em declaração registada na respetiva ata, bem como os membros ausentes que tenham declarado por escrito o seu desacordo, que igualmente é registado na ata (cfr. artigo 24.º, n.º 2).

34 Cfr. artigos 39.º e 62.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal:

“Artigo 39.º: Dos atos praticados pelo governador, vice-governadores, conselho de administração e demais órgãos do Banco, ou por delegação sua, no exercício de funções públicas de autoridade, cabem os meios de recurso ou ação previstos na legislação própria do contencioso administrativo, incluindo os destinados a obter a declaração de ilegalidade de normas regulamentares. (...)”

Artigo 62.º: Sem prejuízo do disposto no artigo 39.º, compete aos tribunais judiciais o julgamento de todos os litígios em que o Banco seja parte, incluindo as ações para efetivação da responsabilidade civil por atos dos seus órgãos, bem como a apreciação da responsabilidade civil dos titulares desses órgãos para com o Banco.”

35 Cfr. artigo 39.º, n.º 1 dos Estatutos da CMVM.

36 Cfr. artigos 19.º e 53.º dos estatutos da ASF.

37 Cfr. Regulamento n.º 1024/2013, de 15 de outubro.

38 Cfr. artigo 340.º do TFUE, terceiro parágrafo: “(...) Em derrogação do segundo parágrafo, o Banco Central Europeu deve indemnizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados por si próprio ou pelos seus agentes no exercício das suas funções. (...)”

Cfr. igualmente artigo 46.º do Protocolo n.º 3 relativo ao estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia: “As ações contra a União em matéria de responsabilidade extracontratual prescrevem no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do facto que lhes tenha dado origem. A prescrição interrompe-se, quer pela apresentação do pedido no Tribunal de Justiça, quer através de pedido prévio que o lesado pode dirigir à instituição competente da União. Neste último caso, o pedido deve ser apresentado no prazo de dois meses previsto no artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia; o disposto no segundo parágrafo do artigo 265.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia é aplicável, sendo caso disso. O presente artigo aplica-se igualmente às ações contra o Banco Central Europeu em matéria de responsabilidade extracontratual.”

Noutros casos pode ser o BCE a propor ações contra os bancos centrais nacionais³⁹.

Interessa-nos, em particular, o regime da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa, constante da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro e, em particular, a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa por facto ilícito (cfr. artigo 7.º)⁴⁰.

A aplicação do regime da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, prevista no artigo 7.º do RRCEE, implica a verificação de (a) facto voluntário; (b) ilicitude; (c) culpa (dolo ou negligência); (d) dano e (e) nexo de causalidade conceitos que devem ser, conseqüentemente, escrutinados.

3.2. Facto voluntário

3.2.1. Ações

A responsabilidade civil extracontratual da administração funda-se no princípio da responsabilidade civil das entidades públicas pelas ações e omissões praticadas no exercício das suas funções do qual resulte violação de direitos, liberdades e garantias (ou prejuízo para outrem: artigo 22.º da CRP), ou de direitos fundamentais de natureza análoga (artigo 17.º da CRP), não estando aliás excluídos de integração nesta última categoria outros direitos fundamentais “constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” (artigo 16.º, n.º 1, da CRP).

Para efeitos da verificação de um *facto voluntário* (cfr. artigos 7.º, n.º 1, e 8.º, n.ºs 1 e 2 do RRCEC) constituem ações tanto os atos administrativos⁴¹,

39 Cfr. artigo 271.º do TFUE: “Nos limites a seguir indicados, o Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para conhecer dos litígios respeitantes: (...) d) À execução das obrigações resultantes dos Tratados e dos Estatutos do SEBC e do BCE pelos bancos centrais nacionais. O Conselho do Banco Central Europeu disporá, neste contexto, em relação aos bancos centrais nacionais, dos poderes atribuídos à Comissão no artigo 258.º em relação aos Estados-Membros. Se o Tribunal declarar verificado que um banco central nacional não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, esse banco central deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal.”

40 Atentas as funções exercidas pelas entidades reguladoras não trataremos aqui da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional (cfr. artigo 12.º) ou da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa (cfr. artigo 15.º).

41 Cfr. a noção legal constante do artigo 148.º do CPA sobre ato administrativo: “(...) consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”.

como os regulamentos, ou ainda as simples atuações administrativas e atos reais⁴².

Contanto que não ocorra qualquer facto que afaste o carácter voluntário do ato (como seria, por exemplo, a coação física), tem-se este pressuposto por verificado, nos termos e para os efeitos do artigo 7.º, n.º 1, do RRCEC.

1.1.2. *O caso específico das recomendações*

Importa analisar, de forma mais específica, no contexto das ações desenvolvidas pelas entidades reguladoras, as *recomendações*⁴³ que as entidades reguladoras dirigem aos regulados, e cuja emissão amiúde integra os respetivos catálogos competenciais.

Prototipicamente, as recomendações não criam direitos, nem deveres específicos de atuação para os regulados, em princípio, na medida em que o seu acatamento não é imperativo, tendo estes a faculdade de as seguir ou não.

Quando as não sigam, porém, no momento de eventuais fiscalizações ficam sujeitos ao ónus de explicar a sua opção.

Na verdade, caso não adotem as recomendações da entidade reguladora e a sua conduta venha a mostrar-se lesiva dos direitos ou interesses dos utentes / clientes, os regulados terão que provar que tais lesões se produziriam ainda que as recomendações fossem seguidas.

Não significa isto uma inversão da tipicidade das recomendações, no sentido da sua vinculatividade imediata⁴⁴.

Porém, ainda que não imediatamente vinculativas, as recomendações não deixam de constituir um padrão normativo de aferição da conduta dos regulados em momentos de fiscalização por parte das entidades reguladoras: pois o simples fato de terem sido emitidas constitui autovinculação destas últimas

42 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 20, salientando os Autores que a responsabilidade civil emergente de atos positivos “tem carácter genérico, na medida em que decorre de um dever também genérico de não lesar ativamente as posições jurídicas subjetivas de outrem (...)”.

43 Sobre esta figura, cuja distinção face a outras e afins não é, apesar de tudo, unívoca nem evidente, cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 376-377; Otero, 2003: 911-912; Gonçalves, 2001: max. 742 ss.; Amado Gomes, 1999: 224 ss.

44 Aqui se assinalando um momento de relevância da distinção entre liberdade jurídica e liberdade fáctica – cfr. Gonçalves, 2001: 731. Como adiante diz o Autor, a recomendação expressa uma “preferência pública”, sem que constitua pretensão da administração, porém, “retirar ao destinatário a liberdade (fáctica) de adotar comportamentos alternativos” – cfr. p. 743. Independentemente da sua qualificação dogmática, é inegável, contudo, que as recomendações “condicionam os comportamentos jurídicos” – cfr. Amado Gomes, 1999: 234.

quanto à conduta que entendem ser a melhor para a categoria (hipótese) de casos em questão.

O que sucede é que as recomendações surgem assim caracterizadas pela dispositividade, muito embora tal disposição, da parte dos regulados, possa vir a carecer de uma justificação, justamente porque a recomendação visa evitar lesões na esfera jurídica de terceiros através da adoção do que pode entender-se por “*a melhor atuação disponível*”, no juízo da entidade reguladora, juízo esse que transporta em si a particular “qualidade” desta última e onde a mesma se expressa.

O habitual será, no entanto, que tais recomendações sejam seguidas, em razão da particular “qualidade” das entidades reguladoras, mas também, mais concretamente, do ónus inerente à justificação da dispositividade e suas consequências⁴⁵.

3.2.3. Omissões

As *omissões* implicam também referência particular.

Desde logo porque à administração pública assiste sempre o dever, “nos domínios abrangidos pelas suas tarefas de polícia”, de evitar a produção de danos para terceiros⁴⁶. No que toca às recomendações, muito embora pareça difícil considerar ilícita a omissão de “certa” recomendação, nem por isso a ausência de recomendações em certo domínio pode deixar de ser considerada relevante, designadamente, para efeitos de preenchimento da cláusula de “funcionamento anormal do serviço” (artigo 7.º, n.º 3 RRCEC).

1.2. Ilícitude

Em termos categoriais, a ilicitude, “traduzindo um ato de vontade consciente do decisor, expressa uma conduta administrativa intencionalmente desenvolvida em termos dolosos ou negligentes e contrária à juridicidade”⁴⁷.

Assim, tem-se por ilícita toda a conduta violadora do chamado “bloco de legalidade”, sendo este composto por princípios e regras constitucionais, legais, regulamentares, seja a sua origem nacional, internacional ou europeia⁴⁸.

45 Pode, assim, dizer-se destas recomendações serem elas “medidas moles de efeitos duros”, como certa doutrina alemã diz especificamente das advertências, o que leva a “não desconsiderar a importância do princípio da legalidade administrativa” (cfr. Gonçalves, 2011: 759 e 774 ss.).

46 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 20.

47 Cfr. Otero, 2013: 80.

48 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 20-21.

Relativamente a esta última dimensão em particular – Direito da União Europeia (DUE) – é hoje em dia indubitável que integram o “bloco de legalidade” que vincula a administração pública as normas de Direito da União Europeia que gozem de aplicabilidade direta ou de efeito direto, cuja violação impõe então considerar verificado o pressuposto da ilicitude da responsabilidade extracontratual da administração⁴⁹.

Nem por isso deve desconsiderar-se, ainda assim, que desde os anos noventa do século XX, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) admite a responsabilidade dos Estados-Membros por violação do Direito da União Europeia por parte da administração (cfr. acórdão *Hedley Lomas*⁵⁰, aplicando as considerações anteriores dos famosos acórdãos *Francovich*⁵¹ e *Brasserie du Pêcheur*⁵²)⁵³.

Normalmente, a responsabilidade civil dos Estados-Membros por incumprimento do DUE exige a verificação de três requisitos, a saber: (i) estar em causa a violação / incumprimento de uma norma que atribua direitos a particulares; (ii) tratar-se de uma *violação suficientemente caracterizada*, no sentido de ser grave e manifesta; (iii) e existir um nexo de causalidade entre a violação e o prejuízo sofrido pelo particular envolvido⁵⁴.

Porém, o segundo requisito – *violação suficientemente caracterizada*, no sentido de ser grave e manifesta – havia sido construído pelo TJUE para casos de exercício da competência *normativa* dos Estados-Membros.

Assim, no Acórdão *Hedley Lomas* o TJUE viria a assentar “que em caso de inexistência de escolhas normativas, de existência de uma reduzida margem de discricionariedade ou mesmo da inexistência desta, “a simples infração ao direito comunitário pode ser suficiente para provar a existência de uma violação grave e manifesta”⁵⁵.

49 Considerando, aliás, que a desaplicação interna do “Direito Comunitário primário (...) se traduz sempre numa violação da cláusula constitucional de empenhamento na edificação da União Europeia”, e que “também o Direito Comunitário derivado goza de prevalência sobre o Direito interno infraconstitucional anterior e posterior: a desaplicação do Direito Comunitário derivado pelo Direito interno infraconstitucional padecerá sempre, nos termos da cláusula constitucional de empenhamento na edificação da União Europeia, de inconstitucionalidade.”, cfr. Otero, 2003: 612.

50 Acórdão *Hedley Lomas*, proc. 5/94, de 23 de maio de 1996.

51 Acórdão *Francovich*, procs. apensos C-6/90 e 9/90, de 19 de novembro de 1991.

52 Acórdão *Brasserie du Pêcheur*, procs. C-46/93 e C-48/93, de 5 de março de 1996.

53 Cfr. Oliveira, 2010: 622.

54 Cfr. Otero, 2016: 239; Rangel de Mesquita, 2009: 33 ss.; Oliveira, 2010: 621 ss.

55 Cfr. Rangel de Mesquita, 2009: 36, em nota.

No que se refere à noção de ilicitude, prevista no RRCEC, esta verifica-se sempre que a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte:

- (i) Dos danos causados por ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício;
- (ii) Quando os danos resultem do funcionamento anormal do serviço⁵⁶ quando estes não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado.

No domínio da *ilicitude*⁵⁷, há relevância particular ao nível da apreciação do *cumprimento de um dever* como causa de exclusão da ilicitude.

Porque só um dever “prevalente” pode ser invocado, e a entidade reguladora, por força da sua “qualidade”, encontra-se vinculada como nenhuma outra entidade administrativa à correção da apreciação dessa prevalência: isto é inerente à própria postura metodologicamente ativa da administração e à autotutela declarativa de que ela goza⁵⁸.

Também em sede de responsabilidade pela prestação de informações (artigo 11.º, n.º 2, do CPA), é de considerar a especial posição das entidades reguladoras, pois têm elas obrigação de uma superior seleção da informação relevante a prestar⁵⁹.

56 Cfr. artigo 7.º, n.º 4 do RRCEE: “Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos.”

57 Ou da violação do “bloco legal” que redunde em violação de norma de proteção da posição jurídica cuja lesão se pretende ver reparada: cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 21.

58 Cfr. Otero, 2003: 701-702. Sobre a autotutela administrativa e suas várias dimensões, cfr. Guerra da Fonseca, 2012: 243 ss.

59 O artigo 11.º, n.º 2, do CPA assenta a responsabilidade da administração pelas informações prestadas por escrito aos particulares, ainda que não obrigatórias, o que, como notam Rebelo de Sousa e Salgado de Matos, 2008: 20-21, constitui situação específica de ilicitude para efeitos de responsabilidade civil administrativa decorrente da prestação de informações. Cfr. também Esteves de Oliveira; Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2003: 118 ss.

1.3. Culpa

3.3.1. Enquadramento

É no domínio da *culpa* que, em termos gerais, se encontrará, porventura, a mais alta expressão da especificidade da posição das entidades reguladoras para efeitos de responsabilidade civil administrativa.

Ao autovincular-se a uma especial exigência de padrões técnicos com a criação de entidades reguladoras, o Estado heterovincula-as a uma particularmente exigente recolha, tratamento e utilização da informação para efeitos decisórios, e à respetiva adequação aos casos concretos: se ninguém é obrigado a mais do que pode fazer, as entidades reguladoras podem em regra “mais” do que a administração tradicional em termos de “juízo”.

Ademais, se a diligência das pessoas coletivas “é, no fundo, a diligência das pessoas singulares que constituem os seus titulares de órgãos e agentes”⁶⁰, e se são essas mesmas pessoas singulares que fazem a credibilidade das entidades reguladoras, não pode senão admitir-se a possibilidade de relevância da correspondente *culpa in eligendo* quando a escolha dos titulares de órgãos e agentes, no âmbito da própria entidade reguladora, não respeite a particular exigência decorrente daquela heterovinculação, e daí decorra uma atuação lesiva para os regulados⁶¹.

Não está apenas em causa, como é bom de ver, obviar a qualquer tendência *benevolente nos padrões de diligência das condutas dos titulares de órgãos ou agentes administrativos de topo, em razão da importância das funções que lhe estão cometidas*⁶², mas uma particular responsabilização da entidade reguladora pela escolha (*v.g.*, ao nível da eleição dos critérios de seleção e da margem de livre apreciação na respetiva avaliação) dos seus agentes, que tem de refletir, desde logo, as exigências que dão substância àquela heterovinculação⁶³.

Por outras palavras, neste mesmo “momento de seleção” começa a “missão” das entidades reguladoras.

60 Cfr Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 26-27.

61 Questão diferente é a da eventual responsabilidade do Estado pela designação dos titulares dos órgãos da entidade reguladora.

62 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 26.

63 Tais exigências poderão aproximar-se da categoria dos “deveres não relacionais” – cfr. Gomes Canotilho, 2003: 250-1251.

No que respeita ao pressuposto da *culpa*, há que observar o regime geral constante do artigo 10.º, n.º 2 do RRCEC, segundo o qual, sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos⁶⁴.

Quando assim é, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos resultantes das ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

3.3.2. *Culpa leve e culpa grave*

O apuramento do grau de culpa do agente pode determinar, a final, que esta seja culpa grave ou culpa leve.

No primeiro caso – culpa grave – há um regime específico de responsabilidade por atuações ou omissões ilícitas cometidas por titulares de órgãos, funcionários e agentes que, com dolo ou culpa grave, tenham provocado danos (cfr. artigo 8.º, n.ºs 1 e 2 do RRCEC).

A solução legal prevista vem acompanhada de uma outra que se traduz na obrigatoriedade do exercício do direito de regresso pelo Estado e demais pessoas coletivas contra os titulares de órgãos, funcionários e agentes (cfr. artigos 6.º, n.º 1 e 8.º, n.º 3 do RRCEC).

Sobre a operatividade desta solução legal face à atividade dos reguladores, deve considerar-se que estes gozam de um estatuto de independência inerente à atuação dos titulares dos seus órgãos e, por isso, é necessário assegurar-lhes a liberdade indispensável à tomada de decisões. De outro modo, estar-se-ia a limitar a independência de decisão dos titulares dos seus órgãos, uma vez que, sobre eles, pairaria sempre o fantasma do exercício obrigatório do direito de regresso a ser acionado pelo Estado.

Note-se também que, nestas situações, pode acontecer que os titulares dos órgãos, ao verem exercido o direito de regresso obrigatório, poderiam encontrar-se perante uma situação em que o seu património passasse a estar totalmente onerado em virtude do exercício do direito de regresso, o que, além

64 Como sublinha Aroso de Almeida, 2015: p. 492, esta solução legislativa é inteiramente justificada, tanto mais que, “por via de regra, existe efetivamente culpa na emissão de atos administrativos ilegais, já que o primeiro dever da Administração é conhecer e respeitar o Direito, pelo que se afigura inteiramente justificada a consagração formal de uma presunção de culpa no domínio da responsabilidade da Administração por danos resultantes da prática de atos administrativos ilegais”.

do mais, teria como consequência reflexa o desincentivo ao aparecimento de interessados, com elevado grau de competência, que quisessem assumir esses cargos.

Encontra-se assim perfeitamente justificada a consagração do regime especial destinado à regulação e à supervisão bancária que se encontra previsto no artigo 12.º, n.º 3 do RGICSF e que estabelece a regra segundo a qual a responsabilidade civil pessoal dos titulares dos órgãos do Banco de Portugal “apenas pode ser efetivada mediante ação de regresso do Banco e se a gravidade da conduta do agente o justificar”.

A regra é, portanto, a de que o Banco de Portugal assume exclusivamente a responsabilidade de atuações, danosas, dos seus titulares, podendo, caso queira, ou seja, facultativamente, exercer sobre eles o direito de regresso apenas quando resultem de ações ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo.

De forma diversa, a responsabilidade será assumida pela entidade reguladora quando tiver sido cometida pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes com culpa leve⁶⁵⁶⁶.

Esta solução legislativa é, *de jure condendo*, criticada por alguns uma vez que implica uma potencial litigância desmesurada que pode gerar “*uma situação de perturbação do seu funcionamento*”⁶⁷.

65 No Reino Unido o regime da responsabilidade civil é aplicado de forma restrita uma vez que se determina o afastamento da responsabilidade civil do Banco de Inglaterra e dos titulares dos seus órgãos relativamente a falhas de supervisão que tenham provocados danos a terceiros (cfr. capítulo 4, Secção 40, (14) do Banking Act de 2013). No entanto, quando se apure que o Banco de Inglaterra ou os titulares dos seus órgãos atuaram dolosamente, estes podem ser responsabilizados.

66 Na Alemanha, a lei prevê a imunidade da autoridade de supervisão por falhas de supervisão bancária que tenham provocado danos a terceiros. Contudo, a jurisprudência dos Tribunais alemães, na sequência de dois acórdãos proferidos em 1979, foi contrária a esta solução considerando que, atendendo à lei bancária alemã de 1961 e às finalidades da supervisão bancária, o “Kreditwesengesetz –. KWG” teria, afinal, o propósito de proteger as pessoas com créditos bancários que, em virtude de uma qualquer falha de supervisão, lhes tenham causado um dano podendo, conseqüentemente, reclamar uma indemnização. Em 1984 o “Kreditwesengesetz –. KWG” foi alterado, tendo sido acrescentando um novo parágrafo (3) ao então § 6 da respetiva lei, ficando agora expressamente determinado que o supervisor bancário, quando atue no exercício das suas competências e em conformidade com o seu estatuto legal, ao fazê-lo, fá-lo exclusivamente em função do interesse público. Pretendeu-se, desta forma, afastar a possibilidade de terceiros poderem reclamar do supervisor uma indemnização, por danos que lhe foram causados, em resultado de falhas na supervisão bancária.

Descrevendo todos estes factos, cfr. Santos Conde, 2016: 261.

67 Assim, Maças, 2011: 67.

Por outro lado, a mera verificação de *culpa leve* mostra-se “*desproporcionada e desequilibrada, uma vez que ignora o risco e a complexidade que assume a regulação do sistema financeiro*”⁶⁸.

Para outros, ainda, a presunção de culpa leve legalmente prevista, não devia ser aplicável a entidades reguladoras uma vez que “estão em causa funções e exigências que, pela sua natureza, devem proporcionar uma margem de risco tolerável ao decisor”⁶⁹.

1.4. Funcionamento anormal do serviço

Por outro lado, o RRCEC determina, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 7.º, a chamada *faute du service*, que se traduz na responsabilização do Estado e demais pessoas coletivas de direito público, sem que, em concreto, tenha ficado demonstrada a culpa inerente à atuação lesiva do titular de órgão, funcionário ou agente, ou não se consiga provar a autoria pessoal da ação ou omissão. Verifica-se um funcionamento anormal de serviço sempre que “atendendo às circunstâncias e padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos”.

Assim, só se torna possível responsabilizar a administração na medida em que se demonstre que a lesão se deveu a um serviço que, globalmente considerado, funcionou de forma anormal.

A este propósito, podem suscitar-se algumas questões resultantes da atuação das entidades reguladoras do setor financeiro no contexto da crise económica que atravessaram – e atravessam – e que se relacionam, nomeadamente, com (i) o modelo institucional de regulação; (ii) com os novos produtos financeiros, cada vez mais complexos, que devem ser apreciados e escrutinados pelos reguladores e (iii) a escassez de meios humanos e financeiros que permitam às entidades reguladoras cumprir, de forma cabal, a missão de que foram incumbidas⁷⁰.

Analisemos, de modo breve, cada um dos pontos observados.

Em primeiro lugar, entende-se que o modelo institucional de regulação – tripartido, monista ou *twin peaks* – não justifica, nem pode suportar, um eventual funcionamento anormal do serviço.

Atente-se no setor financeiro. Neste podem ser adotados fundamentalmente três modelos institucionais de regulação: o modelo único; o modelo tripartido

68 Cfr. Maçãs, *ibidem*. No mesmo sentido, Amado Gomes, 2008: 36.

69 Neste sentido, cfr. Mendonça Gonçalves, 2015.

70 Cfr. Santos Conde, 2016: 265.

e o chamado modelo *twin peaks*. Nenhum deles provou, até hoje, ser melhor do que outro, num contexto pré ou pós-crise.

Com efeito, alguns Estados que haviam adotado o modelo único acabaram por o abandonar na sequência da crise (v.g. no Reino Unido, a *Financial Services Authority*) e outros pretendem substituir o modelo tripartido pelo modelo *twin peaks* (v.g. o caso de Portugal). É justamente a falta de demonstração da superioridade de um determinado modelo que justifica que a União Europeia não proponha a adoção de um específico modelo institucional de regulação do setor financeiro aos Estados-membros.

Não pode, por isso, a entidade reguladora ser responsabilizada pela definição de um determinado modelo regulador, desenhado pelo legislador nacional que não interfere na relação entre aquela entidade e os entes regulados.

Por outro lado, a crescente complexidade dos produtos financeiros não pode, igualmente, motivar a responsabilidade das entidades reguladoras. Neste domínio assiste-se, frequentemente, a um “jogo do gato e do rato” em que as entidades reguladoras procuram atuar de forma reativa face aos novos produtos que entretanto surgem no mercado.

Certo é, porém, que neste domínio apenas a análise concreta do produto financeiro em causa, cruzada com o juízo crítico relativo à atuação da entidade reguladora – procurando apurar, nomeadamente, se a entidade reguladora devia ter atuado ou *regulado* aquele produto – é que permitirá, a final, julgar da responsabilidade da entidades reguladora.

Como observa Fernanda Maçãs, ainda que relativamente à atuação concreta do Banco de Portugal, “o que se questiona é se, sendo mais fácil cometer erros, não seria mais adequado, para evitar resultados demasiado gravosos, mitigar este regime de responsabilidade com elementos de subjetivação, limitando-se a imputação da entidade reguladora às situações de falta grave (*faute lorde*)”⁷¹.

Porém, e em sentido oposto, sempre se dirá que vivemos, hoje, numa sociedade altamente dependente do seu funcionamento da atividade bancária. Assim, o legislador deve atender a esta realidade fáctica aquando do processo legislativo e, em Portugal, fê-lo, ao compreender na responsabilidade por culpa leve e no mau funcionamento do serviço a responsabilidade da entidade de supervisão sobre a qual impende um especial dever de garante.

Deste modo, os reguladores do setor financeiro devem atuar com especial diligência, rigor, eficácia e assertividade. É isto que a sociedade exige do

71 Cfr. Maçãs, 2011: 67.

regulador. Na verdade, o especial conhecimento da atividade regulada por parte da entidade reguladora é uma exigência que não se coloca nos mesmos termos a serviços administrativos “tradicionais” que lidam com uma grande diversidade de atividades económicas (ainda que essa diversidade possa para eles ser relevante, como no caso da administração fiscal).

Nestes últimos, a metodologia da atividade administrativa é vocacionada para a consecução de fins do Estado que não se prendem com tais atividades económicas na sua especificidade, nem tão-pouco, mais em particular, com o eventual interesse público subjacente a essas mesmas atividades (interesse público esse que permite referir certa atividade económica àqueles mesmos fins, justificando, por isso, uma metodologia específica da atividade administrativa que tenha essa mesma atividade por objeto, como é no caso da regulação)⁷².

Tudo isto reduz o espaço de aceitabilidade do “erro desculpável” como causa de exclusão da culpa, tanto da parte das pessoas singulares que são titulares de órgãos ou agentes da entidade reguladora, como desta, em termos funcionais, na medida da relevância da distinção.

Neste domínio, a escassez de meios humanos ou materiais pode, consequentemente, justificar o *funcionamento anormal do serviço*. O que está aqui em causa é a especial posição ou “qualidade” destas entidades relevante para efeitos da aferição do *anormal funcionamento do serviço*, porque tal anormalidade se verifica a respeito da sua deficiente organização ou atividade material.

1.5. Nexo de causalidade

Talvez a particular “qualidade” das entidades reguladoras, de acordo com o que vem sendo dito, constitua (mais) um elemento de justificação para que, em sede de *nexo causal*, se ponderem as superações que a doutrina vai apontando como necessárias à *teoria da causalidade adequada*.

72 Como já noutros lugares se afirmou, não se vê que a organização administrativa – como, aliás, qualquer outra atividade estadual – possa deixar de se referir aos direitos fundamentais e ainda assim pretender permanecer no quadro da constitucionalidade (cfr. Guerra da Fonseca, 2010: 1215 ss.) Sobre esta temática, bem como sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no domínio de “matérias estranhas aos direitos fundamentais”, com várias referências à doutrina germânica, cfr. Gonçalves, 2005: 944-945; mais adiante, afirma o Autor que “[a] pesar do limitado relevo dos direitos fundamentais em matéria de organização administrativa, não pode deixar de se entender que o legislador se encontra constitucionalmente impedido de configurar o modelo de organização administrativa em termos que representem um perigo para os direitos fundamentais dos cidadãos” – cfr. 990, em nota.

Segundo esta última, a imputação do dano ao fato voluntário ocorre quando deste seja possível extrair uma previsão da produção do primeiro em condições de “normalidade social” (e assim *mutatis mutandis* para os casos de omissão).

Se tal avaliação “não dispensa a noção de causalidade ontológica”, sendo efetuada através de um juízo de “prognose póstuma”, ela deve sempre atender “aos conhecimentos específicos do agente que lhe permitam dominar processos causais à partida anormais”⁷³.

Ora, esta consideração dos “conhecimentos específicos” ou da “qualidade” do agente apresenta uma particularidade, que não é de todo surpreendente, tendo em conta tudo o que já de disse *supra*: é que tais “conhecimentos específicos” não constituem simplesmente um “estado”, um “ser” que importa considerar no momento do raciocínio jurídico-valorativo de imputação, mas antes um verdadeiro “dever-ser”, um dever ou obrigação das próprias entidades reguladoras, atentas as razões da sua criação, e independentemente da sua concreta “credibilidade” em dado momento.

Por isso, ou também por isso, talvez se justifique o recurso melhor a superações teóricas da teoria da causalidade adequada que apontam a necessidade de uma imputação sobretudo objetiva: (i) como à *teoria da esfera de proteção* ou “do fim de proteção do mandado de cuidado”, que considera verificado o nexo causal entre fato e dano sempre que este “incida sobre as vantagens conferidas pela norma que consagra um direito subjetivo ou pela norma de proteção”⁷⁴; (ii) ou mesmo à *teoria da conexão do risco*, concebida por Roxin para o domínio jurídico-penal, nos termos da qual haverá imputação objetiva caso se verifique criação ou aumento (ação) ou a sua não eliminação ou não diminuição (omissão) “de um risco não permitido” concretizando-se este num dano⁷⁵.

O estabelecimento do nexo de causalidade das situações omissivas reveste, porém, especial complexidade.

Com efeito, e no domínio da regulação do setor financeiro, estaremos em presença de dois potenciais agentes causadores do dano: (i) o regulador, na medida em que tenha contribuído, com a sua omissão ilícita e culposa, para a ocorrência do dano para terceiros, e (ii) o regulado, na medida em que, atuando

73 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 31.

74 Cfr. Rebelo de Sousa & Salgado de Matos, 2008: 31.

75 Cfr. *idem*, pp. 31-32, considerando que se trata, “porventura, da construção mais aperfeiçoada da teoria da causalidade jurídica”.

ilicitamente sobre a realidade concreta, provoque danos a terceiros. Estamos assim perante um problema de concausa.

De modo a poder-se dizer que o supervisor é responsável civilmente pelos danos causados a terceiros será necessário averiguar a existência de um nexo causal que permita afirmar que a omissão de atuação do supervisor contribuiu, enquanto causa adequada, para a produção dos danos.

Embora seja difícil, cremos ser possível estabelecer-se um nexo de causalidade entre o facto e o dano em sede de apuramento de responsabilidade para com a entidade reguladora. Assim, face a omissões de supervisão que, em concreto, tenham contribuído de forma adequada para a produção do resultado lesivo ao terceiro podemos afirmar a possibilidade de imputação do facto ao dano, responsabilizando assim a autoridade supervisora.

Note-se que o apuramento da responsabilidade do supervisor, nos casos de responsabilidade *in vigilando* – que encontramos consagrada no artigo 10.º, n.º 3 do RRCEC – não é fácil de descortinar.

Estão em vista as situações em que a administração “se demite do seu dever de controlar certas condutas ou o exercício de determinadas atividades dos particulares e, em resultado de atuações ilícitas destes, são causados prejuízos a alguém”.

Aqui, é exigível que se apure, em rigor, a existência de um nexo causal adequado entre a falha de supervisão e o dano provocado a terceiros, ou seja, terá que existir uma omissão de um dever de atuação que tenha contribuído, com um enorme grau de certeza, para o resultado final danoso.

A existência de concausalidade na produção de um resultado lesivo para terceiros em consequência de atuações danosas por parte de regulados e à ocorrência de falhas por parte de reguladores coloca o problema de saber em que medida estas entidades respondem perante aqueles⁷⁶.

76 No caso *Murphy v. Brentwood District Council*, ocorrido em 1990, no Reino Unido, discutia-se uma situação em que o Senhor Murphy tinha comprado uma casa, com as licenças legalmente devidas, tendo vindo a descobrir, posteriormente, que o imóvel tinha deficiências de construção profundas. Consequentemente propôs uma ação contra a autoridade municipal Brentwood District Council, exigindo o pagamento de uma indemnização pelo dano causado em virtude da falha daquela entidade no dever de fiscalização. O autor obteve vencimento de causa na primeira instância. Porém, a decisão foi revogada na Câmara dos Lordes considerando que, neste caso, não se podia responsabilizar o supervisor uma vez que não tinha sido este a causar o dano em apreço. Esta decisão alterou uma outra, anterior, dos tribunais ingleses – o caso *Anns v. Merton London Borough*, de 1978 – que, perante factos idênticos, tinha concluído pela responsabilidade do supervisor, por considerar que os órgãos municipais encarregados de fiscalizar as atividades de construção têm um dever de vigilância (*duty of care*).

O RRCEE dá-nos a resposta a esse problema quando no seu artigo 10.º, n.º 4, prevê que nos casos em que haja pluralidade de responsáveis se aplica o disposto no artigo 497.º do Código Civil.

Isso significa que, no plano das relações externas, todos os que tenham contribuído para a ocorrência do resultado final lesivo são considerados, nos termos da lei, civilmente responsáveis perante terceiros lesados, respondendo assim solidariamente perante estes últimos⁷⁷.

No plano das relações internas o problema é mais complexo.

Isto porque (i) não existe regra especial em nenhum dos diplomas que regem as entidades reguladoras do setor financeiro que preveja a possibilidade de exercício de direito de regresso relativamente a entidades reguladas quando da ocorrência de um dano indemnizável a um terceiro lesado em virtude de uma atuação danosa praticada pelo ente regulado que afete a esfera jurídica daquele mesmo terceiro – pese embora haja a ocorrência de alguma falha, e (ii) prevê-se apenas a possibilidade do exercício do direito de regresso dos reguladores em relação aos seus agentes relativamente a decisões que estes tomem na medida da gravidade da sua culpa, i.e., quando a gravidade da conduta do agente o justificar, salvo se a mesma constituir crime, ou seja, esta previsão normativa destina-se às situações típicas de ocorrência de atuações positivas.

Contudo, sempre se poderá concluir que, em casos de falhas cometidos por agentes que atuem no âmago das entidades reguladoras, estas últimas sempre poderão exercer o direito de regresso relativamente àqueles agentes.

Esta conclusão resulta de uma interpretação conjunta do que se dispõe no n.º 3 do artigo 12.º do RGICSF com o disposto no n.º 2 do artigo 497.º do Código Civil, segundo o qual “o direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respetivas culpas e das consequências que delas advieram (...)”.

77 Há inúmera jurisprudência sobre responsabilidade dos bancos perante clientes. Assim, v. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n.º 153/13.8TVLSB.L1-7: “I- (...) pode concluir-se que o Banco se vinculou, perante a A., a coassumir a obrigação de reembolso do capital subscrito e respetivos juros que sobre a entidade emitente do dito papel comercial recaía, assegurado o pagamento como direto responsável por ela; II- Ainda que assim se não entenda, e tendo em conta que o produto financeiro em questão não tinha as reais características descritas, sempre será de concluir que o Banco violou de forma grosseira o dever de informação a que estava obrigado, convencendo desse modo a A. a subscrever o papel comercial (...) o que o torna responsável pelos prejuízos causados à A., quer pela sua atuação na formação do contrato, quer na celebração e execução do mesmo”. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra n.º 1432/09.4T2AVR. C1: “1. Se as informações prestadas por um banco são inexatas, incompletas ou falsas e foram causais da celebração de um ato ou contrato, então terá aquele de ser responsabilizado pelos danos que assim causa, quer por via contratual quer extracontratual”.

A conclusão inversa seria perturbante, na medida em que não faria sentido o legislador prever o exercício do direito de regresso, em termos especiais, só para a ocorrência de atuações positivas e deixar de fora a ocorrência de atuações negativas que, mais das vezes, podem ser tão ou mais graves que as atuações positivas.

A solução aqui avançada permite, além do mais, fazer respeitar a função pedagógico-preventiva do princípio da responsabilidade pessoal por parte dos agentes que atuam na esfera dos reguladores por falhas que estes tenham cometido.

É essa, aliás, a interpretação conforme com a Constituição, designadamente, com o que se dispõe nos n.ºs 1 e 4 do artigo 271.º da CRP.

Por último, encontramos as situações em que a entidade reguladora atue licitamente, dentro do quadro de poderes jurídicos conferidos por lei, e, ainda assim, provoque danos à entidade regulada.

Basta pensar nos casos em que, por exemplo, se exerçam poderes sancionatórios ou inspetivos, ou quando seja necessário efetuar-se buscas em qualquer local onde se desenvolve a atividade do regulado ou até quando haja “a violação dos direitos de defesa, quando no caso de instrução de processo de contraordenação, seja necessário proceder à apreensão do documentos, apreensão de documentos, apreensão ou congelamento de valores”⁷⁸.

Facilmente se vê que, por vezes, poderão vir a público informações que afetem a credibilidade, o bom nome, a reputação e, muitas vezes até, o volume de negócios desenvolvido pela entidade regulada afetada.

Deste modo, a atuação da entidade reguladora terá que ser criteriosa, devendo obedecer ao indispensável e estritamente necessário ao cumprimento da sua atuação – devendo atuar com prudência e discrição –, sob pena de a sua atuação ser considerada desproporcional.

Assim, encontramos-nos plenamente de acordo com a posição assumida por Fernanda Maçãs, que considera que perante casos pontuais em que se verifique a violação manifesta do princípio da proporcionalidade “se pode questionar se a entidade de supervisão não deverá ser responsabilizada pelos danos decorrentes do cumprimento dos seus deveres funcionais quando destes resultem danos especiais e anormais, nos termos e para o efeito da verificação dos pressupostos da indemnização pelo sacrifício (artigo 16.º da RRCEE)”⁷⁹.

78 Cfr. Maçãs, 2011: 73.

79 Cfr. *idem*, p. 74.

1.6. Obrigação de indemnizar

A *obrigação de indemnizar* pertence à entidade reguladora, como pessoa coletiva à qual é imputada a responsabilidade.

Indubitável também é a responsabilidade pessoal dos titulares de órgãos e agentes das entidades reguladoras por ações ou omissões no âmbito das suas funções que constituam ilícitos geradores de danos para terceiros⁸⁰, quando tais ações ou omissões o sejam com “dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontravam obrigados em razão do cargo” (artigo 1.º, n.ºs 3 e 4, e artigo 8.º, n.º 1, do RRCEC).

Interessante é, porém, a hipótese da responsabilidade do Estado ou de nele recair a obrigação de indemnizar.

Havendo aqui situações várias a distinguir⁸¹, não deve descartar-se a hipótese de recair no Estado a obrigação de indemnizar quando o património das entidades reguladoras se mostra insuficiente.

Aqui há a considerar os seguintes aspetos:

- i) Em primeiro lugar, a criação de entidades reguladoras só pode justificar-se quando represente um ganho em termos de implementação dos direitos fundamentais como, aliás, para a organização administrativa em geral.
- ii) Nunca pode tratar-se, por conseguinte, de uma forma de desoneração do Estado relativamente ao desempenho das suas tarefas essenciais e incumbências prioritárias, mas antes, pelo contrário, um mecanismo de melhor desempenho dessas tarefas e incumbências, pautado pelo princípio da proporcionalidade.
- iii) Se só pode, então, estar-se perante um reforço da garantia dos direitos fundamentais, a desconcentração através da criação de entidades reguladoras nunca pode significar uma limitação da responsabilidade do Estado que ponha em causa esse mesmo reforço: assim o ordena o princípio da máxima efetividade interpretativa das normas que consa-

80 Cfr. Costa e Silva, 2006: 561.

81 Pela escolha dos titulares dos órgãos da entidade reguladora (*culpa in eligendo*), inclina-se a doutrina para uma resposta negativa, em face dos “dados do sistema positivo”: como diz Paula Costa e Silva, estando em causa “a responsabilidade do titular do órgão por fato ilícito, presumindo-se a sua autonomia de atuação face ao Estado no cometimento desse ilícito (uma vez que o titular do órgão da autoridade independente não recebe quaisquer ordens ou instruções exógenas), não seria possível encontrar título de imputação da obrigação de indemnizar a quem o escolheu” (cfr. Costa e Silva, 2006: 563).

gram direitos fundamentais (como o artigo 22.º da CRP) e de outras que lhe sejam instrumentais⁸².

- iv)* A personalidade coletiva distinta da do Estado para desempenho de fins deste não pode, portanto, degradar as garantias dos administrados, designadamente em sede de ressarcibilidade por danos em sede de responsabilidade civil, conduzindo à responsabilidade subsidiária do Estado por danos causados pela atividade das entidades reguladoras, após excussão do seu património⁸³.

1.7. Noção de terceiros para efeitos de apuramento da responsabilidade

No contexto da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras ficou ainda por delimitar o âmbito subjetivo de aplicação desta. Por outras palavras, procura-se agora apurar quais os potenciais beneficiários do direito a uma indemnização por danos causados em virtude de erros ou omissões praticados por entidades reguladoras.

Em razão da natureza da atividade de regulação, entende-se que tais terceiros podem ser:

- (a) Agentes económicos cuja atividade está subordinada à regulação podendo aqui distinguir-se entre:
- (i) Agentes económicos *proprio sensu e*
 - (ii) Titulares do respetivo capital (“sócios”⁸⁴ ou “titulares de valores mobiliários emitidos por essas entidades”⁸⁵).
- (b) Clientes ou utentes desses mesmos agentes económicos que a atividade de regulação visa proteger⁸⁶.

82 Sobre o (sub)princípio da máxima efetividade interpretativa das normas de direitos fundamentais, como concretização da eficácia reforçada das normas constitucionais, vista esta como princípio estruturante de um Estado de direitos humanos, e no sentido de que tal (sub)princípio (i) obriga o intérprete “a optar pela solução interpretativa que se mostre mais generosa com o direito fundamental em causa”, (ii) a “preferir a solução interpretativa que se melhor se compatibiliza com a salvaguarda da eficácia do maior número de direitos fundamentais”, (iii) bem como aquela que “limitando o âmbito de incidência da restrição, amplie o direito em causa, procedendo-se, por esta via, a uma restrição das restrições” (tudo isto em estado de normalidade constitucional), cfr. Otero, 2009: 594.

83 Para conclusão idêntica, mas relativamente a dívidas das entidades públicas empresariais (EPE), cfr. Assis Raimundo, 2009: 707 ss.

84 Cfr. Menezes Cordeiro, 2004: 76.

85 Cfr. Albuquerque & Pereira, 2004: 97 ss.

86 A regulação encontra várias justificações teórico-rationais, à luz do princípio democrático, desde a teoria do interesse público (conceção tradicional e corrente, segundo a qual são os interesses gerais que

Começemos pelos primeiros: agentes económicos *proprio sensu* ou entidades reguladas.

Não se suscitam dúvidas relativamente à sua inserção no perímetro de aplicação do RRCEC. Estes podem ser indemnizados em virtude de ações ou omissões praticadas por entidade reguladora que, de forma ilícita e culposa, lhes provoquem danos. Podem estar em causa, exemplificativamente, atos praticados pelo regulador que atentem contra a sua credibilidade, bom nome e reputação como vimos anteriormente.

A resposta não será idêntica quando estão em causa entidades enquadráveis nas categorias enunciadas *supra* em a.ii.) e b.) (*v.g.* acionistas ou clientes) que tenham sido prejudicadas pela atuação ou omissão da entidade reguladora.

Aqui devem abrir-se duas sub-hipóteses.

Em primeiro lugar, os clientes ou investidores em produtos financeiros podem responsabilizar as entidades reguladoras quando o prejuízo sofrido decorra, diretamente, da atuação destas.

Esta exigência suporta-se na tutela indemnizatória que, porventura, caiba aos depositantes e investidores, em virtude de falhas na regulação que lhes tenham provocado danos e que encontra suporte no artigo 101.º da Constituição que assegura a proteção dos direitos dos depositantes e dos investidores⁸⁷.

Em segundo lugar, surge a questão de saber se existe uma tutela indemnizatória que beneficie os acionistas nos casos em que os mesmos tenham sido afetados patrimonialmente em resultado de uma falha de supervisão. Como bem observa Emilson Conde, “(...) este é um problema que envolve a questão prévia de saber se os danos puramente patrimoniais são indemnizáveis”⁸⁸.

Relativamente, aos danos puramente patrimoniais, estarão apenas em causa aqueles onde há uma perda económica ou patrimonial efetiva. Aqui importará determinar a indemnizabilidade destes danos em sede delitual.

Ainda na esteira de Emilson Conde, pode afirmar-se que o problema sucede “(...) perante a ocorrência de danos causados a acionistas de um banco

justificam a regulação, como aliás toda a atividade económica pública) à teoria da proteção das atividades reguladas (para a qual a regulação deriva dos interesses dos regulados, restringindo a concorrência excessiva e defendendo-os contra atividades concorrentes (aqui na senda de Stigler e da escola de Chicago): sobre esta temática, Vital Moreira, 1997: 17 ss.; Vital Moreira e Maças, 2003: 9 ss. No sentido de que o termo “regulação” se transformou progressivamente numa fórmula genérica para designar a ação do Estado ou mesmo a intervenção de outros agentes económicos, cfr. Mockle, 2008: 45.

87 Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007: 1082.

88 Cfr. Santos Conde, 2016.

que, no papel de investidores, tenham de alienar as suas ações em condições objetivamente mais desvantajosas das que existissem na hipótese de não ter ocorrido uma falha de atuação do supervisor que tivesse provocado ou potenciado esse dano.

Relativamente a este problema a doutrina tem-se dividido entre, (i) aqueles que negam a possibilidade de indemnizar os acionistas lesados caso haja uma falha de atuação do supervisor que contribua para a produção dos danos por eles sofridos, e (ii) os que admitem a ressarcibilidade dos danos em sede indemnizatória, relativamente aos acionistas, em resultado de uma lesão patrimonial decorrente, ou potenciada, por falhas de atuação do supervisor⁸⁹.

Face a tudo isto será sempre importante considerar dois elementos aparentemente antagónicos mas cuja ponderação pode ajudar a determinar, a final, da responsabilidade das entidades reguladoras do setor financeiro.

O primeiro elemento suporta-se no chamado “*floodgate argument*”.

Este argumento, invocado frequentemente em sistemas de *common law* visa atenuar algum excesso de garantismo, permitindo que os juízes considerem improcedentes ações que envolvam apenas perdas económicas (“*economic loss*”⁹⁰)

O segundo suporta-se no brocardo latino *fiat justitia ruat caelum*. Por outras palavras, e em sentido inverso, a responsabilidade das entidades reguladoras do setor financeiro deve ser aplicada independentemente das consequências que represente.

Consequentemente, será no cruzamento entre o *floodgate argument*, por um lado, e o brocardo *fiat justitia ruat caelum* que os tribunais poderão encontrar o balanço final para a aplicação do regime da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro.

89 Cfr. *ibidem*, ponto 4.

90 Cfr. caso *Spartan Steel & Alloys Ltd v Martin & Co (Contractors) Ltd*: “[I]f claims for economic loss were permitted for this particular hazard, there would be no end of claims. Some might be genuine, but many might be inflated, or even false. A machine might not have been in use anyway, but it would be easy to put it down to the cut in supply. It would be well-nigh impossible to check the claims. If there was economic loss on one day, did the claimant do his best to mitigate it by working harder next day? and so forth. Rather than expose claimants to such temptation and defendants to such hard labour – on comparatively small claims – it is better to disallow economic loss altogether, at any rate when it stands alone, independent of any physical damage”.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Pedro de & PEREIRA, Maria de Lurdes
2004 *A responsabilidade civil das autoridades reguladoras e de supervisão*, O Direito, Ano 136.º, I.
- AMADO GOMES, Carla
1999 *Contributo para o Estudo das Operações Materiais da Administração Pública*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2007 *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 2008 *O Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, in *A Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração por facto ilícito*.
- AROSO DE ALMEIDA, Mário
2015 *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J. Gomes
2003 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital
2007 *Constituição da República Portuguesa*, 4.ª Ed., I, Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA E SILVA, Paula
2006 *As autoridades independentes. Alguns aspetos da regulação económica numa perspetiva jurídica*, O Direito, ano 138, III.
- CUNHA RODRIGUES, Nuno
2009 *A regulação da Saúde*, in *AAVV., Regulação em Portugal, novos tempos, novo modelo?*, Coimbra, Almedina.
- 2014 *A nova Lei Quadro das Entidades Reguladoras*, in *Revista Direito & Política*, n.º 6, fevereiro-abril.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, COSTA GONÇALVES, Pedro & AMORIM, J. Pacheco de
2003 *Código do Procedimento Administrativo – Comentado*, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina.
- GUERRA DA FONSECA, Rui
2008 *Comentário à Constituição Portuguesa, II – Organização Económica (artigos 80.º a 107.º)*, coord. Paulo Otero, Coimbra: Almedina.
- 2010 *Sobre uma hipotética harmonização europeia ao nível dos campos de aplicação da descentralização territorial*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha –Volume I – Assuntos Europeus e Integração Económica*, Coimbra: Almedina.

- 2012 *O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública*. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, Pedro
- 2005 *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Almedina.
- 2011 “*Advertências da Administração Pública*”, in Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra.
- JUDT, Tony
- 2010 *Um Tratado Sobre os Nossos Actuais Descontentamentos*, trad. Marcelo Félix, Edições 70, Lisboa.
- LEITÃO MARQUES, Maria Manuel, ALMEIDA, João Paulo Simões de & FORTE, André Matos
- 2005 *Concorrência e Regulação*, Coimbra
- LUCAS CARDOSO, José
- 2002 *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MAÇAS, Fernanda
- 2011 *Responsabilidade civil das entidades reguladoras*, CJA, n.º 88 (Jul-Ago).
- MENDONÇA GONÇALVES, João
- 2015 *Da culpa leve na responsabilidade extracontratual do Banco de Portugal*, IVM, Lisboa.
- MENEZES CORDEIRO, António
- 1984 *Da Boa Fé no Direito Civil, II*. Coimbra: Almedina.
- 2004 *Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas*, O Direito, Ano 136.º, I.
- 2009 *Tratado de Direito Civil Português, I, Tomo I, 3.ª ed.*, Coimbra: Almedina.
- MOCKLE, Daniel
- 2008 *La gouvernance, le droit et l'État*, Emile Bruylant.
- MOREIRA, Vital
- 1997 *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra: Almedina.
- 1997 *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina.
- MOREIRA, Vital & MAÇAS, Fernanda
- 2003 *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e projeto de lei-quadro*, Coimbra: Coimbra Editora.
- OLIVEIRA, Heloísa
- 2010 *Jurisprudência comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais entidades públicas – Influência, omissão e desconformi-*

dade, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sêrvulo Correia, IV, Coimbra, Coimbra Editora.

PAZ FERREIRA, Eduardo & MORAIS, Luís

2009 *A regulação setorial da economia – Introdução e Perspectiva Geral, in Regulação em Portugal, Novos Tempos, Novo Modelo?*, Coimbra: Almedina.

PRATA ROQUE, Miguel

2009 *Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social*.

OTERO, Paulo

1995 *O Poder de Substituição em Direito Administrativo, II*, Lisboa: Lex.

2003 *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra: Almedina.

2009 *Instituições Políticas e Constitucionais, I*, Coimbra: Almedina.

2013 *Manual de Direito Administrativo, I*, Coimbra: Almedina.

2016 *Direito do Procedimento Administrativo, I*, Coimbra: Almedina.

RANGEL DE MESQUITA, Maria José

2009 *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Coimbra: Almedina.

RAIMUNDO, Miguel Assis

2009 *Da responsabilidade por dívidas das empresas públicas dotadas de personalidade jurídico-pública (E.P.E. e E.E.L.)*, Separata da Revista de Direito das Sociedades, Ano I, 3.

REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André

2008 *Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral, III*, Lisboa: Dom Quixote.

SANTOS CONDE, Edmilson Wagner

2016 *Breves reflexões sobre a Responsabilidade Civil das Entidades Reguladoras: em especial, o caso do Banco de Portugal*, Revista E-publica, volume 3, n.º 2, novembro.

SÉRVULO CORREIA, J. M.

1987 *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina.

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E *BIG DATA*: PONTO DE SITUAÇÃO E PERSPETIVAS

*Tânia Luísa Faria**

ABSTRACT: The growing economic relevance of consumers' big data is increasingly gathering the attention of scholars and competition authorities, in particular to what concerns mergers and acquisitions, market power and abuse of dominance. This article aims to characterize the consumer big data "ecosystem" and its main distinctive characteristics and contribute to the ongoing debate in what concerns the sufficiency of the classical competition law tools to address potential competition law issues within this context, as well as to the concrete borders between competition law, on one hand, and data protection and consumer law, on the other.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O enquadramento económico da utilização comercial de *big data* de consumidores. 2.1. Caracterização geral de *big data* de consumidores. 2.2. *Big data* e barreiras à entrada no mercado. 3. O potencial anticoncorrencial do controlo de *big data*. 3.1. Potenciais preocupações jusconcorrenciais em sede de controlo de concentrações. 3.2. As potenciais preocupações jusconcorrenciais em sede de abuso de posição dominante. 4. Os limites do direito da concorrência na regulação de *big data*. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Na última década, assistimos ao aumento exponencial da produção de dados, em face dos desenvolvimentos e da difusão das Tecnologias de Informação, em particular na sequência da utilização intensiva da Internet como ferramenta laboral, comercial, social e lúdica. Estes desenvolvimentos permitiram a recolha e análise de dados numa escala sem precedentes.

* Advogada da Sociedade de Advogados Uría Menéndez – Proença de Carvalho; Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Este artigo reflete o entendimento pessoal da autora relativamente às matérias nele incluídas.

Com efeito, estudos especializados apontam no sentido de que 90% dos dados existentes no plano mundial foram recolhidos nos últimos anos¹. Além disso, a produção diária de dados é superior a dois *exabytes*, o que equivale, *grosso modo*, a uma magnitude bem superior a dois mil milhões de *gigabytes*.

A informação resultante desta abrangente recolha de dados tem sido comumente designada *big data*, noção que traduziremos livremente, para o propósito deste trabalho, como correspondendo a macrodados, ou grandes volumes de dados.

Apesar do entusiasmo que esta categoria de informação tem suscitado, em particular na literatura económica, a definição concreta do seu objeto não é consensual, até porque a magnitude e a capacidade de armazenamento e tratamento de macrodados está em constante evolução². Para efeitos deste artigo, será suficiente que nos centremos na definição mais habitualmente utilizada, que caracteriza os macrodados com base nos denominados 3Vs: volume, velocidade e variedade, a que mais recentemente foram acrescentados o V de valor, o V de veracidade e diversos outros Vs que, em nosso entender, já se afigurarão mais periféricos³.

Estes dados incluem informação tão distinta como sinais de GPS, sensores térmicos, registos de compras *online*, publicações em redes sociais e até os muito difundidos “vídeos de gatinhos e bebés”. Uma parcela significativa destes dados, e aquela em que se centrará o nosso estudo, respeita a informação pessoal de utilizadores, *i.e.*, dados que descrevem aspetos da pessoa que gera esses dados, como, por exemplo, dados relativos à localização, hábitos de consumo ou historial de pesquisas *online*, que são recolhidos em plataformas *online*, tipicamente, para utilização comercial. De fora ficam, desde logo, os macrodados com finalidades industriais, *i.e.*, os grandes volumes de dados recolhidos por equipamento industrial, que têm especificidades que se refletem necessariamente no seu potencial de negócio, que não abordaremos nesta sede.

1 Estatísticas relativas à magnitude desta recolha de informação disponíveis em <https://www-01.ibm.com/software/data/bigdata/what-is-big-data.html> e <http://www.northeastern.edu/levelblog/2016/05/13/how-much-data-produced-every-day/>.

2 Arthur, Lisa, What is Big Data?, disponível em <https://www.forbes.com/sites/lisaarthur/2013/08/15/what-is-big-data/#40315b3b5c85>.

3 Firican, George, The 10 Vs of Biga Data, disponível em <https://upside.tdwi.org/Articles/2017/02/08/10-Vs-of-Big-Data.aspx?Page=2> (consultado em 16.04.2017). Conforme referem Rubinfeld & Gal, “the term “big data” relates to volume rather than content” – Rubinfeld & Gal, 2016: 7.

A relevância económica deste tipo de informação foi realçada por vários autores e organizações. O Fórum Económico Mundial denominou os macrodados pessoais como “*a new asset class*”⁴ e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (“OCDE”) observou que o acesso a *big data* desta natureza representa um ativo económico chave que pode constituir uma vantagem concorrencial para as empresas⁵. Foram também designados por alguma doutrina, bem como por responsáveis de autoridades reguladoras, como a moeda dos mercados *online*⁶, sendo, ademais, comparados com o petróleo e até, numa visão mais desencantada, com uma espécie de “banha da cobra” digital⁷.

Veremos, ao longo deste artigo, a precisão, ou imprecisão, destas caracterizações e a relevância económica destes ativos, em particular no âmbito da economia digital. Procuraremos ainda traçar o panorama geral da interseção entre direito da concorrência e a utilização comercial de macrodados de consumidores, fazendo um ponto de situação das iniciativas levadas a cabo neste âmbito, na União Europeia (“UE”) e nos Estados Unidos da América (“EUA”), ponderando, em particular, por um lado, a suficiência dos quadros clássicos de análise jusconcorrencial nesta sede, e, por outro, a delimitação adequada das fronteiras em relação a áreas limítrofes da regulação desta temática, *i.e.*, o direito do consumidor e as normas relativas à proteção de dados pessoais.

2. O ENQUADRAMENTO ECONÓMICO DA UTILIZAÇÃO COMERCIAL DE *BIG DATA* DE CONSUMIDORES

Neste capítulo, procuraremos, em primeiro lugar, considerar devidamente, na medida em que tal releva para os efeitos deste trabalho, e sem pretender exaurir o tema, as características essenciais dos grandes volumes de dados de consumidores recolhidos por operadores económicos, bem como a utilização comercial destes, e, subsequentemente, extrair as necessárias ilações em termos de suscetibilidade de barreiras à entrada nos mercados hipoteticamente

4 Fórum Económico Mundial, 2011.

5 *Vide*, por exemplo, o relatório da OCDE, 2013: 319 e ss.

6 Kanter, James, *Antitrust Nominee in Europe Promises Scrutiny of Big Tech Companies*, disponível em <http://bits.blogs.nytimes.com/2014/10/03/antitrust-nominee-in-europe-promises-eye-on-big-tech-companies> e Wyatt, Edward, *Raising the F.T.C.'s Voice, Softly*, disponível, <http://www.nytimes.com/2014/12/22/business/federal-tradecommission-raises-its-voice-under-its-soft-spoken-chairwoman.html>.

7 Moss, Simon, *Big Data: New Oil or Snake Oil*, disponível em <https://www.wired.com/insights/2014/10/big-data-new-oil-or-snake-oil/>.

relevantes nesta sede, potencialmente ocasionadas pelo acesso a esta tipologia de informação.

2.1. Caracterização geral de *big data* de consumidores

De forma a percebermos mais claramente as implicações económicas e, consequentemente, jusconcorrenciais, do acesso a macrodados de consumidores, importa não perder de vista, desde logo, que as empresas acedem a *big data* de natureza pessoal, essencialmente, para melhorar a sua oferta, utilizando-os, tipicamente, como ferramenta de gestão, de *marketing* e de limitação de riscos⁸.

Neste âmbito, a recolha e tratamento de dados pessoais pode traduzir-se em vantagens para as empresas, para os consumidores e para a economia globalmente considerada, contribuindo para expandir o conhecimento das empresas relativamente aos seus clientes, para identificar clientes interessados em certos produtos, para prever padrões de consumo, para melhorar e personalizar a oferta, reduzindo, consequentemente, os custos de operação e permitindo, desejavelmente, uma oferta mais competitiva e mais ajustada às preferências dos consumidores. Por outro lado, pode ainda contribuir para a adequada gestão de riscos, ajudando as empresas a verificar identidades e a detetar fraudes, o que se afigura particularmente importante, por exemplo, no setor financeiro e segurador, no sentido de ultrapassar problemas de assimetria informativa, *maxime* de seleção adversa.

Estes dados podem ser recolhidos pelas empresas que deles necessitam ou podem ser adquiridos por estas a empresas que se especializam na recolha, tratamento e comercialização de macrodados pessoais de consumidores.

Com efeito, grandes retalhistas *online*, como, por exemplo, a *Amazon*, têm capacidade para, no essencial, recolher diretamente os dados para estes efeitos, ao passo que outros recorrem ao que a OCDE designa “*Big Data ecosystem*”, e que inclui plataformas *online*, tal como redes sociais, motores de busca e plataformas de comércio *online*, fornecedores de infraestruturas de gestão de grandes volumes de dados, incluindo *clusters* informáticos e *clouds*, bem como corretores de dados (*data brokers*), que recolhem informação de fontes públicas *online* (incluindo blogs e redes sociais) de outros operadores económicos, incluindo comerciantes, e até informação disponível de fontes estatais, e

⁸ Para mais desenvolvimentos relativos a esta atividade de intermediação, vide o estudo da *Federal Trade Commission* (“FTC”), 2014.

posteriormente a tratam e disponibilizam aos agentes económicos que deles necessitam⁹.

Importa ainda apreciar, de forma mais detida, o modelo de negócio das plataformas *online*, em especial redes sociais e motores de busca. Este modelo de atividade, com acesso a grandes volumes de dados de utilizadores, revelou-se altamente rentável e estes operadores tornaram-se empresas líderes no plano mundial, em particular em termos de capitalização bolsista, pelo que a generalidade das questões de concorrência neste âmbito tem-se suscitado em torno do controlo de macrodados pessoais de utilizadores por estas empresas. O acesso massivo a dados pessoais de utilizadores é monetarizado por estas plataformas, essencialmente, através da sua oferta de serviços de publicidade direcionada *online*, sendo proporcionados aos consumidores, como contrapartida, serviços inovadores, muitas vezes gratuitos.

Em princípio, os dados pessoais utilizados como *input* para outras atividades, de prestação de serviços ou de produção e comercialização de produtos, serão um de vários fatores relevantes para a criação de um produto ou para a prestação de um serviço, podendo esta função de otimização do processo ser mais ou menos significativa, tendo em conta a estrutura e as características dos mercados em causa.

Salvo situações relativas a dados particulares, que terão relevância, tipicamente, em nichos de mercado, a generalidade dos dados pessoais de consumidores apresenta características suficientemente particulares para que as supra referidas comparações com a moeda e o petróleo sejam, pelo menos, bastante imprecisas.

Ao contrário dos referidos parâmetros de comparação, os dados pessoais não têm um valor de referência e, geralmente, não são exauríveis. Na verdade, estes podem ter, para os consumidores e para as empresas, um valor que pode variar grandemente¹⁰. Além disso, os dados pessoais não são inerentemente escassos, o inventário das empresas em termos de dados não decresce quando estes são comercializados, sendo que os consumidores podem transferir os seus dados para muitas empresas ao mesmo tempo e estas podem intercambiar os dados entre si.

Qualquer análise das implicações jusconcorrenciais do controlo de dados pessoais de consumidores terá de ter em conta que, na época da Internet e dos telefones móveis, os utilizadores/consumidores estão permanentemente a criar

9 OCDE, 2016: 12.

10 Balto & Lane, 2016: 2.

dados, deixando extensos rastros das suas necessidades e preferências acessíveis a uma multiplicidade de operadores. Os consumidores utilizam, tipicamente, múltiplos serviços *online*, bem como diversos fornecedores para os mesmos serviços. Assim, em princípio, o acesso aos dados pessoais de consumidores não se faz de forma rival, *i.e.*, não ocorre às custas de limitações ao acesso por parte de outros operadores, tendo em conta que o *multi-homing* é a normalidade para a generalidade dos consumidores.

Não é também característica deste mercado a existência de relações de exclusividade e dificilmente se conceberia que os consumidores/utilizadores pudessem disponibilizar de forma exclusiva os seus dados pessoais a apenas um operador *online*.

Ademais, importa não perder de vista que a generalidade dos dados pessoais de consumidores tem um tempo de vida reduzido, sendo suscetíveis de rápida desatualização, pelo que os operadores que utilizam estes dados como *input* ou como produto precisam continuamente de ter acesso a dados atualizados.

Por fim, gostaríamos também de realçar que não é também precisa a referência a *big data* como “banha da cobra”, tendo em conta o potencial de incremento de bem-estar económico supra referido, apesar de não podermos perder de vista, à semelhança do que sucede na análise de dados clássica, *i.e.*, antes da emergência dos referidos Vs, que os macrodados continuam a não capturar 100% dos dados relevantes, bem como a padecer de problemas de erros e parcialidade na amostragem¹¹.

2.2. *Big Data* e barreiras à entrada no mercado

Pareceria decorrer da caracterização dos macrodados pessoais de consumidores, tal como referida no ponto anterior, salvo situações particulares e especificidades de determinados modelos de negócio, que seria improvável que o acesso a grandes volumes de dados pudesse colocar os novos entrantes numa situação de desvantagem concorrencial significativa em relação aos incumbentes¹².

Autores como Stucke e Grunes rejeitam uma conclusão deste tipo, argumentando que, se os dados pessoais estivessem verdadeiramente acessíveis e fossem facilmente replicáveis, as empresas não despenderiam montantes consideráveis para obter dados deste tipo, em especial as plataformas *online*,

11 Harford, Tim, *Big Data: Big Mistake*, de 28.03.2014, disponível em <https://www.ft.com/content/21a6e7d8-b479-11e3-a09a-00144feabdc0>.

12 Tucker & Welford, 2014: 6 e 7.

que, como vimos, chegam a oferecer serviços gratuitos para adquirir e analisar esta informação¹³.

Referem ainda estes autores que as empresas já presentes no mercado desenvolvem estratégias para dificultar a entrada de novos operadores, incluindo, por exemplo, o desenvolvimento de produtos complementares, e beneficiam de efeitos de escala e de externalidades de rede. Ademais, realçam que pode ser ainda mais difícil afastar um consumidor de um produto ou serviço gratuito, caso das redes sociais e dos serviços de pesquisa *online*, do que de um produto pelo qual se paga.

Em nosso entender, a primeira consideração relevante neste contexto é a de que a existência ou inexistência de barreiras à entrada no mercado varia de mercado para mercado, em função da natureza específica da informação em causa, o que prejudica considerações abstratas a este respeito.

Afigura-se ainda indesmentível que as plataformas *online*, que têm acesso a grandes volumes de dados, e que constituem, como vimos, o cerne da discussão neste particular, ascenderam ao top das empresas mais valiosas do mundo. Todavia, a elevada rentabilidade não implica por si só a existência de barreiras à entrada no mercado, ou de quaisquer preocupações jusconcorrenciais. Aliás, a observação adequada da evolução dos mercados *online* parece contrariar as reservas dos referidos autores.

Em primeiro lugar, ao contrário do que se pretende indiciar, o investimento na melhoria dos serviços *online* e na rentabilização dos dados não corresponde, necessariamente, a uma manifestação do ascendente das empresas com acesso prévio a *big data*, nem da exclusividade e da rivalidade no acesso a esta informação, mas, ao invés, constitui uma necessidade dos operadores para conseguirem prosperar no mercado, justamente porque a concorrência potencial é muito relevante e, tipicamente, disruptiva¹⁴.

Neste sentido, da observação das atividades de plataformas *online* com acesso a *big data* resulta que, independentemente do controlo destes dados por parte das empresas presentes no mercado, as entradas nos mercados *online* são

13 Stucke & Grunes, 2015: 7.

14 Conforme referem Evans & Schmalensee “*The inertia of existing platforms creates opportunities for entrepreneurs to one-up the last generation of online platforms*”, in *The Businesses That Platforms Are Actually Disrupting*, de 21.09.2016, Harvard Business Review, disponível em https://hbr.org/2016/09/the-businesses-that-platforms-are-actually-disrupting?referral=03759&cm_vc=rr_item_page.bottom. Para mais desenvolvimentos relativamente ao potencial disruptivo neste particular, vide, por exemplo, Downes & Nunes, 2014.

geralmente avassaladoras. Este foi o caso da rede social *Facebook*, que conseguiu superar o *MySpace*, apesar do acesso por parte do *MySpace* aos dados pessoais dos utilizadores, do *Spotify*, que foi capaz de entrar no mercado apesar da enorme base de dados de preferências musicais detida pela plataforma *Pandora*, e do motor de busca *Google*, que foi capaz de ascender à liderança de um mercado em que a *Yahoo* detinha já um grande volume de dados de pesquisa.

Exemplos ainda mais recentes incluem a emergência da plataforma de encontros *Tinder* e do serviço de mensagens *WhatsApp*, que, apesar de, na atualidade, disporem de volumes massivos de dados, não tinham acesso a dados de utilizadores aquando do arranque das suas atividades¹⁵.

Da análise de todos estes casos resulta que o modelo de entrada no mercado e de acesso a dados de utilizadores é idêntico para todos eles, e, tipicamente, parte do desenvolvimento de soluções atrativas, com custos reduzidos e grande facilidade de utilização: tem sido o produto, ou o serviço, que atraem os consumidores e os respetivos dados, não o inverso. Na verdade, as empresas que apresentam produtos inovadores têm conseguido obter dados dos consumidores, que utilizam para melhorar os seus produtos.

Ainda que assim não fosse, importa não perder de vista que existem diversos comercializadores de dados junto dos quais os dados necessários podem ser recolhidos, pelo que, até no dia do lançamento da plataforma *online*, antes de qualquer interação direta com o consumidor, o novo entrante poderá já ter tido acesso a informação relevante de preferências dos consumidores¹⁶.

Ademais, conforme referem Chiou e Tucker, de forma particularmente persuasiva, e como indicámos anteriormente, os dados pessoais de consumidores têm um tempo de vida limitado, pelo que o valor destes diminui consideravelmente ao longo do tempo. Além disso, a diferenciação das plataformas *online* em termos de configuração e de serviços oferecidos faz com que os dados considerados úteis por cada operador possam também ser muito distintos¹⁷.

Assim, em face da necessidade contínua de dados atualizados e diferenciados, uma empresa com acesso a *big data* não é necessariamente beneficiada em relação a potenciais entrantes, pelo que estes não têm de aceder a um conjunto de dados “históricos” equivalentes àqueles que se encontram na esfera das

15 Sokol & Comerford, 2016: 1139.

16 *Idem*: 13.

17 Chiou & Tucker, 2014, 4.

empresas já ativas no mercado, mas devem antes desenvolver uma estratégia para recolher dados relevantes e atuais¹⁸.

Por fim, importa ainda ter em conta que, muitas vezes, o cerne da atratividade da prestação de serviços por parte destes operadores não reside no acesso aos dados, mas na capacidade de os analisar e sistematizar, o que lhes acrescenta efetivamente valor, sendo que, pelo menos numa fase inicial, aquando da entrada no mercado, pode ser utilizado *software* analítico disponível de fontes abertas¹⁹.

Analisemos agora, especificamente, a presença de eventuais efeitos de escala e efeitos de rede na atividade das plataformas *online* que recolhem e utilizam macrodados. Relembramos que estes efeitos são associados, por alguns autores, às plataformas *online* que controlam macrodados, para ilustrar a capacidade de criação e de exercício de poder de mercado com potencial anticoncorrencial, na medida em que possam constituir barreiras à entrada no mercado²⁰.

Com efeito, importa notar que a existência de barreiras à entrada significa que existem entraves que deixam a entrada de concorrentes à mercê de uma decisão dos operadores já estabelecidos, na medida em que estes dispõem de uma vantagem competitiva sobre os novos entrantes. A existência de barreiras não decorre, necessariamente, do grau de concentração de um mercado, uma vez que podemos concluir que estas inexistem se esse mercado se mantiver aberto à possibilidade de concorrência potencial, permanecendo contestável²¹.

Os efeitos de rede, também designados externalidades de rede, podem ser diretos ou indiretos. Os efeitos de rede diretos ocorrem quando um produto se torna mais valioso para um agente em função do incremento no número de utilizadores, tendo em conta o alargamento do potencial de interação entre estes. Já os efeitos indiretos de rede ocorrem quando a existência de um maior número de utilizadores torna o produto mais atrativo para os consumidores, em virtude do maior ajuste às preferências dos consumidores, ainda que não exista interação entre utilizadores²².

Neste ponto, importa ainda notar que as plataformas *online* que recolhem dados pessoais de consumidores correspondem, geralmente, às designadas

18 Shepp & Wambach, 2015, 120.

19 Sokol & Comerford, 2016: 1137.

20 Stucke & Grunes, 2015: 7 e ss e Yoo, 2012: 1153.

21 Araújo, 2006: 314 e 315.

22 *Idem*: 330-333.

plataformas bilaterais, *two-sided platform*, i.e., o fornecedor tem dois grupos de utilizadores/clientes em lados distintos da mesma plataforma. Isto é verdade nas plataformas mais representativas nesta sede, as redes sociais e os serviços de pesquisa *online*. Na verdade, no que diz respeito às redes sociais e serviços de pesquisa *online*, temos, num dos lados, o acesso tipicamente livre a serviços de redes sociais ou de pesquisa *online* e, no outro, a prestação de serviços de publicidade *online* direcionada, sendo esta a dimensão do mercado geradora da generalidade das receitas.

Tem sido argumentado que estes efeitos de rede são amplificados em *two-sided platforms*, uma vez que os operadores de plataformas *online* poderiam beneficiar de efeitos de rede cruzados, em que mais utilizadores num dos lados da plataforma atraem mais utilizadores do outro lado²³. Stucke e Grunes sugerem inclusivamente que estes efeitos de rede resultam em barreiras insuperáveis à entrada no mercado, conduzindo a resultados “*winner takes all*”²⁴.

Consideramos que este entendimento pode ser, uma vez mais, algo precipitado, desde logo se lançarmos mão dos ensinamentos de Lerner, que refere, no que respeita à prestação de serviços de publicidade *online*, que não é certo que os anunciantes se deixem afetar por efeitos de rede, tendo em conta as estruturas de preços *pay per click* das plataformas *online*, o recurso a múltiplas plataformas por parte destes operadores e o interesse por parte do anunciante em evitar o congestionamento publicitário. Ademais, conforme refere ainda este autor, não existem verdadeiramente efeitos de rede cruzados nestas plataformas, tendo em conta que, se para os anunciantes é importante, com os limites apontados, que as plataformas tenham um grande volume de utilizadores, os utilizadores não escolhem uma plataforma *online* com base no número de anunciantes²⁵.

Além disso, ainda que a presença de efeitos de rede fosse incontestada, e não fossem consideradas devidamente as referidas *nuances*, esta não corresponde necessariamente à existência de barreiras à entrada, tendo em conta que, como vimos, este tipo de atividade se afigura, em princípio, replicável para novos entrantes com uma oferta de serviços inovadores, sendo que importa não escamotear que os mesmos efeitos de rede podem potenciar o rápido crescimento e a assunção de posições de liderança por parte de novos entrantes nestes mercados.

23 Yoo, 2012: 1153.

24 Stucke & Grunes, 2015: 7.

25 Lerner, 2014: 56 e ss.

Quanto à existência de economias de escala, tem sido argumentado que o controlo de grandes volumes de dados pode conduzir a economias de escala, em virtude do que se tem designado como “*feedback loop*”, que assenta precisamente no acesso a um grande volume de dados de utilizadores. Do ponto de vista do utilizador, a existência deste círculo de repetição significa que, à medida que a plataforma ganha mais utilizadores, amplia a recolha de dados, melhorando a perceção dos consumidores e das suas necessidades, o que, por seu turno, pode ser utilizado para atrair ainda mais utilizadores. Este *loop* seria também sentido no que respeita à rentabilização dos dados, tendo em conta que, à medida que a plataforma ganha mais utilizadores e recolhe mais dados, é capaz de registar acréscimos na publicidade, gerando receitas que são investidas na melhoria da qualidade do serviço, atraindo ainda mais utilizadores²⁶.

Uma vez mais, cumpre salientar que, ainda que se pudessem vislumbrar economias de escala no acesso aos dados utilizados nestas atividades, tal não significa que estejamos perante uma barreira à entrada no mercado, tendo em conta que estas condições, em face das características dos dados pessoais, são em grande medida replicáveis.

Como vimos, os operadores que utilizam estes dados podem ganhar relevância sem acesso prévio a dados de consumidores, pelo que o referido acesso não será suficiente para melhorar a qualidade e ganhar escala, e ainda que assim não fosse, podem sempre ter acesso a esses dados através de empresas que se dedicam à sua comercialização.

Ademais, conforme realça Lerner, haverá que considerar que as alegadas vantagens da escala, em termos de acesso a macrodados, tendem a diminuir. Para operadores com acesso a um grande conjunto de dados, a partir de um certo ponto, o valor marginal do acesso a um conjunto mais alargado de dados pode ser zero, enquanto este valor marginal é ainda muito relevante para operadores mais pequenos, o que aumenta o incentivo destes operadores para atrair mais utilizadores através de qualidade e inovação²⁷. Entendimento semelhante têm Bork e Sidak, que consideram que, no que se refere a pesquisas *online*, é apenas necessário um número limitado de pesquisas para que um novo operador inicie o processo de aperfeiçoamento que lhe permite concorrer com o “incumbente”²⁸.

26 Graeff, 2015: 477.

27 Lerner, 2014: 41-44.

28 Bork & Sidak, 2012: 688-691.

Na verdade, como referem Rubinfeld e Gal, a questão das barreiras à entrada no mercado em atividades com grande substrato de macrodados de utilizadores tem *nuances* particulares, ainda que adotemos uma visão mais estrita neste particular. Segundo estes autores, “*the unique characteristics of big data markets (...) create interesting twists on the regular analysis, which may, in turn, affect theories of harm. (...) due to the unique characteristics of at least some big data markets, the mere existence of high entry barriers into these markets, by itself, does not automatically lead to the conclusion that social welfare will be harmed*”²⁹.

Resultam, deste modo, da contextualização económica incluída neste ponto, os aspetos, em nosso entender, fundamentais da recolha, tratamento e comercialização de dados pessoais de consumidores, em especial no que diz respeito a atividades *online*, sendo que procurámos traçar um retrato sucinto, mas suficientemente elucidativo do debate jurídico-económico em curso relativamente a esta matéria. Esta contextualização, não obstante as particularidades inerentes a cada tipologia de dados e a cada modelo de negócio, não deve ser perdida de vista na aplicação do direito da concorrência a esta temática.

3. O POTENCIAL ANTICONCORRENCIAL DO CONTROLO DE *BIG DATA*

O controlo de *big data* como uma potencial preocupação de concorrência não é uma questão nova, mas coloca-se com particular premência em face do aumento exponencial da capacidade de recolha, armazenamento e tratamento de dados e, sobretudo, com o incremento da utilização das plataformas *online*, que se tornaram protótipos de empresas bem-sucedidas na economia digital.

A utilização comercial de macrodados de consumidores mereceu já, em diversas ocasiões, a atenção das autoridades da concorrência, na tentativa de delimitar a aplicação do direito da concorrência no âmbito de atividades com base em grandes volumes e dados, em particular dados de natureza pessoal recolhidos de utilizadores.

Para além de algumas decisões, sobretudo em sede de controlo de concentrações, foram, nos últimos dois anos, realizados diversos estudos económicos relativos a esta temática, de natureza, em nosso entender, essencialmente descritiva, não obstante a inclusão de algumas recomendações que poderemos caracterizar como pouco concretas. Referir-nos-emos às iniciativas mais relevantes ao longo deste capítulo, sem qualquer pretensão em termos de exaustividade.

29 Rubinfeld & Gal, 2016: 33 3 ss.

No plano da UE, a *Competition and Markets Authority* (“CMA”), do Reino Unido, publicou, em 2015, um estudo relativo à utilização comercial de dados de consumidores³⁰, sendo que a autoridade da concorrência francesa (*Autorité de la concurrence*) e a autoridade da concorrência alemã (*Bundeskartellamt*) publicaram, em 2016, um estudo relativo a esta matéria³¹. Também a autoridade da concorrência dos Países Baixos (*Autoriteit Consument & Markt* – “ACM”) tratou esta temática no seu estudo *Grote platforms, grote problemen*³².

Logo após a publicação do referido estudo conjunto com a autoridade da concorrência alemã, a *Autorité de la Concurrence* iniciou uma investigação “*afin d’analyser les conditions d’exploitation des données dans le secteur de la publicité en ligne*”, cujos resultados serão, previsivelmente, publicados no decurso do ano de 2017³³.

Em outubro do mesmo ano, a OCDE divulgou a investigação *Big data: Bringing competition policy to the digital era*³⁴. A CE, embora de forma menos abrangente, tem participado em iniciativas neste particular, e tem procurado, também em termos de política de mercado interno, compreender e regular o desenvolvimento da atividade económica potenciada pelo controlo de *big data*, incluindo, como veremos mais detidamente, infra, a reforma do enquadramento normativo aplicável à tutela da privacidade dos dados pessoais³⁵.

Nos EUA, a FTC publicou também vários estudos e realizou várias intervenções neste âmbito, com destaque para o relatório de 2016, *Big Data a Tool for Inclusion or Exclusion: Understanding the issues*³⁶.

A questão central em todos estes estudos, bem como na literatura jurídico-económica nesta sede, é a possibilidade de fazer derivar poder de mercado do

30 CMA, 2015.

31 *Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt*, 2016.

32 ACM, 2016.

33 Comunicado da *Autorité de la Concurrence*, de 23.05.2016, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=629&id_article=2777.

34 OCDE, 2016.

35 Destacamos neste particular as intervenções públicas da Comissão da Concorrência e o documento de trabalho da CE relativo a plataformas online: Discurso da Comissão Verstagher, de 16.01.2016, *Competition in a Big Data World*, disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/verstager/announcements/competition-big-data-world_en; Discurso da Comissão Verstagher, de 29.09.2016, *Big Data and Competition*, disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/verstager/announcements/big-data-and-competition_en e *Commission Staff Working Document – Online Platforms*, de 25.05.2016.

36 FTC, 2016.

controle de *big data* de consumidores, em particular no âmbito de concentrações de empresas e de decisões unilaterais neste âmbito, pelo que estes serão também os temas centrais deste capítulo.

Na verdade, no que diz respeito a eventuais práticas restritivas bilaterais, o enfoque das autoridades tem sido no incremento da transparência que o acesso a dados pessoais de utilizadores proporciona. O impacto deste acréscimo de transparência é ambivalente, podendo, por um lado, facilitar a comparação da oferta por parte dos consumidores e o acesso ao mercado por parte de novos entrantes e, por outro, facilitar a “logística” da eventual implementação de práticas de coordenação entre concorrentes³⁷. Apesar do interesse ainda muito limitado na investigação da relevância dos grandes volumes de dados nesta sede³⁸, a existência de cartéis facilitados por macrodados ou por algoritmos foi já reconhecida em alguns casos, primordialmente no ordenamento norte-americano³⁹, sendo que também a CE reforçou recentemente as suas preocupações neste particular⁴⁰.

3.1. Potenciais preocupações jusconcorrenciais em sede de controlo de concentrações

No que se refere ao acesso a um grande volume de dados pessoais de consumidores em sede de concentrações de empresas, deverá notar-se a crescente tendência concentrativa tendo por objeto empresas que controlam *big data*, adquiridas por montantes muito elevados, que incluirão, naturalmente, a valorização dos referidos dados. Na verdade, as operações de concentração relativas a empresas que congregam *big data* têm ascendido a valores muito significativos, casos das operações *Google/Double Click*, com um valor superior a 3 mil milhões de dólares, *Facebook/WhatsApp*, no montante de 19 mil milhões de dólares e a recente *Microsoft/LinkedIn*, no valor de 26 mil milhões de dólares.

Os estudos supra referidos dedicam, em geral, um capítulo a esta matéria, tendo em conta que, como referem a *Autorité de la Concurrence* e o *Bundeskartellamt*

37 *V.g.*, *Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt*, 2016, 15 a 18 e OCDE, 2016, 22 e 23.

38 Não obstante o interesse de alguma doutrina por esta matéria, casos de Stucke & Ezrachi, 2015.

39 Em 2015, o *Department of State* norte-americano desencadeou ações judiciais contra operadores ativos na comercialização de posters na plataforma de retalho online *Amazon*, por coordenação utilizando algoritmos. Comunicado disponível em <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>.

40 Intervenção da Comissária Vestager, *Algorithms and competition*, 16.03.2017, disponível em https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en.

“*Pour obtenir un meilleur accès aux données, une des premières stratégies envisageable pour une entreprise est d’acquérir d’autres entreprises possédant de vastes bases de données ou de fusionner avec elles*”, com destaque para as concentrações que têm por objeto novos entrantes⁴¹.

Todavia, no que diz respeito à apreciação realizada pelas autoridades de concorrência relativamente a concentrações de empresas que utilizam dados como *input*, bem como de empresas que recolhem e tratam estes dados, a constatação tem sido, até ao momento, a de que a generalidade dos dados que poderiam representar valor acrescentado não se encontra na esfera exclusiva dos adquirentes, motivo pelo qual não se têm suscitado questões jusconcorrenciais especificamente relacionadas com macrodados pessoais⁴².

Nesse sentido, veja-se, por exemplo, a decisão da FCT, na concentração *Nielson/Arbitron*, em que os dados de consumidores eram um *input* da atividade de tratamento e análise de dados das partes⁴³, bem como a apreciação da CE, nas decisões *Telefonica/Vodafone/Everything Everywhere*⁴⁴, *Publicis/Omnicom*⁴⁵ e *TomTom/TeleAtlas*⁴⁶.

Já no que respeita especificamente a concentrações entre grandes plataformas *online* que utilizam *big data* de consumidores para desenvolver o seu negócio, um dos exemplos mais recuados e citados respeita à aquisição da *DoubleClick* pela *Google*, analisada nos EUA, bem como no plano da UE. À época, ambas as partes eram grandes operadores no mercado para publicidade *online* e detinham *big data* relacionados com históricos de pesquisa e navegação, sem que a concentração destes macrodados tenha suscitado particulares preocupações por parte das autoridades⁴⁷.

Destaque também nesta sede para a aquisição da *WhatsApp* pela *Facebook*, em 2014, apreciada na UE e nos EUA. Nos EUA, apesar de ter sido arguido que a transação incrementaria o acesso da *Facebook* a dados que poderiam ser monetarizados através da publicidade, a FTC aprovou a transação em apenas

41 *Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt*, 2016: 18.

42 *Vg., Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt*, 2016: 18 a 20 e OCDE, 2016: 17 a 20.

43 FTC File n.º 131 0058, de 20.09.2013.

44 COMP/M.6314 – *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, de 4.09.2012.

45 COMP/M.7023 – *Publicis/Omnicom*, de 9.01.2014.

46 COMP/M.4854 – *Tomtom/TeleAtlas*, de 14.05.2008.

47 COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, de 11.03.2008 e FTC File n.º 071-0170, de 11.12.2007.

dois meses, remetendo, como veremos infra, as questões suscitadas em matéria de privacidade para o âmbito do direito do consumidor⁴⁸.

A CE também apreciou esta transação, tendo-se decidido pela não oposição, sem quaisquer condições. Na apreciação da relevância dos grandes volumes dados pessoais de consumidores, em particular para efeitos de publicidade *online*, a CE realçou que os consumidores podem utilizar, e utilizam, múltiplas aplicações em simultâneo e podem facilmente alternar entre elas, referindo ainda que existe um número significativo de participantes no mercado que recolhem e utilizam macrodados (referindo expressamente *Google, Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo, Twitter, LAC, LinkedIn, Adobe e Yelp*)⁴⁹.

Mais recentemente, a CE apreciou a concentração *Microsoft/LinkedIn*, e a questão da conjugação de *big data* foi novamente colocada a propósito das atividades de publicidade *online*. Apesar de a decisão de não oposição ter sido acompanhada de compromissos que visam, essencialmente, impedir que a *Microsoft* restrinja o acesso ao seu *software*, a CE manteve-se, em nosso entender, coerente com a prática anterior no que diz respeito ao acesso a macrodados de utilizadores⁵⁰. Assim, considerou, uma vez mais, que, ainda que a combinação de dados fosse permitida pela legislação de proteção de dados, e que as partes disponibilizassem dados para esse efeito, o que não sucedia, continuaria a existir uma profusão de dados deste tipo disponíveis na esfera de outros operadores⁵¹.

A discussão das especificidades do acesso a *big data* em sede de controlo de concentrações tem ainda abrangido dois pontos que não deixaremos de referir nesta sede. Por um lado, o debate relativo à possibilidade de definir um mercado para a recolha de *big data* e, por outro, a circunstância de muitas plataformas *online* apresentarem, por vezes, volumes de negócio que podem não ser elucidativos da sua posição no mercado, o que pode levar a que fiquem excluídas da apreciação jusconcorrencial, em sede de controlo de concentrações.

Quanto ao primeiro ponto, as autoridades da concorrência têm analisado os macrodados obtidos gratuitamente de fornecedores/utilizadores que não

48 Nota de Imprensa de 10.04.2014, disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/04/ftc-notifies-facebook-whatsapp-privacy-obligations-light-proposed>.

49 COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, de 10.03. 2014, parágrafos 134 e 188.

50 Para um comentário desta decisão, vide Giannino, 2016.

51 COMP/M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*, de 6.12.2016, parágrafos 176 e ss.

concorrem entre si, como *input* para desenvolver e melhorar a qualidade de outros serviços e não como um mercado em si mesmo⁵².

O obstáculo à definição da recolha de dados como um mercado autónomo não será o facto de os serviços serem disponibilizados de forma gratuita, uma vez que a CE já definiu mercados relevantes em que os serviços disponibilizados são tendencialmente gratuitos, caso dos serviços de comunicação de vídeo apreciados na decisão *Microsoft/Skype*⁵³. Ademais, a CE apreciou também a recolha de dados como um mercado relevante quando estes eram comercializados a clientes, como, por exemplo, na supra referida decisão *TomTom/TeleAtlas*, em que o fornecimento de dados digitais relativos a mapas foi considerado um mercado relevante⁵⁴.

Na doutrina, os entendimentos são díspares. Sokol e Cumerford consideram que quando os dados são, em grande medida, utilizados internamente, como parte da prestação de um serviço, sem serem comercializados aos consumidores como um produto, não existe concorrência ou substituíbilidade, pelo que não há motivo para a definição de um mercado autónomo⁵⁵. Em sentido inverso, por exemplo, Pamela Harbour, na sua declaração de voto relativa à decisão da FTC quanto à concentração *Google/DoubleClick*, manifestou preocupação com a concentração de *big data*, sugerindo a definição de um “*putative relevant product market comprising data that may be useful to advertisers and publishers who wish to engage in behavioral targeting*”⁵⁶. Subsequentemente, Pamela Harbour e Tara Koslov desenvolveram esta ideia, argumentando que a definição de mercados para dados de utilizadores, de forma autónoma em relação aos mercados para os quais fornecem *inputs*, reflete a constatação de que as empresas normalmente retiram valor de dados para além dos objetivos iniciais que motivaram a sua recolha⁵⁷.

Apesar do carácter persuasivo da ausência de mercado quando estão em causas meros *inputs* internos, é preciso não perder de vista que, por um lado,

52 *Vg.*, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, parágrafo 72.

53 COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, de 7.10.2011.

54 COMP/M.4856 – *TomTom/TeleAtlas*, parágrafos 17 a 38.

55 Sokol & Cumerford, 2016: 1155 e ss.

56 Declaração de Voto da Comissária Pamela Jones Harbour, *Google/DoubleClick*, FTC File n.º 071-01709, de 20.12.2007, disponível em http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf.

57 Harbour e Koslov, 2010: 773.

se tem argumentado que os utilizadores estão a pagar pelos seus serviços com os dados pessoais que disponibilizam⁵⁸ e, por outro, que algumas plataformas *online*, como o *Twitter*, têm alterado o seu modelo de negócio, no sentido da comercialização, troca ou licenciamento dos dados em si mesmos, tendência esta que foi referida pelo estudo da CMA⁵⁹, bem como na decisão da autoridade francesa relativa à investigação em curso em matéria de publicidade *online*⁶⁰.

Por seu turno, a potencial insuficiência do limiar de volume de negócios para traduzir a concentração de poder de mercado no caso de transações da economia digital foi claramente elucidada pela aquisição *Facebook/WhatsApp*, que, apesar de ter um valor de transação estratosférico e de afetar milhares de milhões de utilizadores, não preenchia os limiares de notificação à CE⁶¹.

A constatação desta alegada insuficiência suscitou debate no plano da UE, desde logo no âmbito de uma futura revisão do enquadramento normativo aplicável ao controlo de concentrações⁶², bem como um processo de alteração do regime de controlo de concentrações na Alemanha, no sentido de ser incluído um critério adicional relativo ao valor da transação⁶³. Esta alteração, que tenderá a espelhar melhor o potencial de negócio dos ativos adquiridos do que o volume de negócio que lhes é imputado, não é isenta de críticas, desde logo em matéria de certeza jurídica, complexidade acrescida e insuficiência em termos da conexão territorial necessária para estabelecer a jurisdição.

58 Breuvert, Chassaing & Perraut, 2016: 6.

59 CMA, 2015, parágrafos 2.40 a 2.44.

60 Decisão n.º 16-SOA-02, de 23 de maio de 2016, parágrafos 10 e 11.

61 A concentração acabou por ser apreciada em virtude da utilização do Artigo 4.º, n.º 5 do *Regulamento n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas*, que permite o reenvio para a CE por parte dos Estados Membros com jurisdição sobre o caso.

62 *V.g.*, Discurso da Comissária Vestager, de 10.03.2016, *Refining the EU Merger Control System*, disponível em: https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/refining-eu-merger-controlsystem_en e Secção IV. 2 do *Questionnaire for public consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, disponível em http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/consultation_document_en.pdf.

63 Berg & Weinert, 2017; Nota de Imprensa do *Bundeskartellamt*, de 10.01.2017, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/10_01_2017_Jahresrueckblick.html?nn=3591568.

3.2. As potenciais preocupações jusconcorrenciais em sede de abuso de posição dominante

A ideia de poder de mercado associado ao controlo de *big data* tem também sido enquadrada, quase sempre em teoria, no campo do abuso de posição dominante. As autoridades francesa e alemã referiram algumas hipóteses clássicas de abuso de posição dominante no seu estudo, incluindo contratos de exclusividade e recusa de acesso, com menção inclusivamente à ideia de infraestrutura essencial⁶⁴. A CMA do Reino Unido referiu a possibilidade de comportamentos similares, no relatório publicado em 2015, apesar de considerar que, à data, não se verificavam indícios de que existissem situações deste tipo no mercado⁶⁵.

A atividade de investigação neste âmbito é também, até ao momento, pouco significativa, embora existam algumas iniciativas que importa referir. Em primeiro lugar chamamos a atenção para o facto de a proibição de abuso de posição dominante se ter já aplicado a práticas comerciais relativas a dados, caso, por exemplo, da decisão da Autoridade da Concorrência relativa alegados abusos de posição dominante relacionados com dados comerciais de farmácias utilizados para a produção de estudos (cujo mérito, naturalmente, não nos cabe apreciar neste âmbito)⁶⁶.

Mesmo no que concerne a dados pessoais de consumidores, lembramos que as autoridades francesa e espanhola iniciaram processos relativos ao controlo de dados “mais tradicionais” de consumidores, em concreto, bases de dados historicamente na esfera de antigos incumbentes no setor energético.

Estas autoridades procuraram evitar que o controlo destes dados fosse abusivamente utilizado por estas empresas para impedir a entrada de outros operadores nos mercados de distribuição de energia em causa, tendo em conta a estrutura muito concentrada destes mercados com a presença de barreiras, mesmo no cenário pós-liberalização, e da especificidade e limitação no acesso aos dados, especialmente no que concerne a caracterização do consumo da base

64 *Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt*, 2016, 22 e ss.

65 CMA, 2015: 85 e ss.

66 Decisão da Autoridade da Concorrência no processo PRC n.º 2009/13 – ANF/Farminveste/HMR, de 22.12.2015. Menção também para um caso materialmente próximo, o Acórdão do Tribunal de Justiça, de 29 de abril, *IMS Health GmbH & Co. OHG contra NDC Health GmbH & Co. KG*, processo C-418/01, Coletânea de Jurisprudência 2004, p. 257.

de clientes⁶⁷. A diferença entre estes dados e os grandes volumes de dados que “alimentam” as plataformas *online* é a maior dificuldade de replicar os primeiros, sendo a estrutura destes mercados significativamente mais rígida do que a das atividades da economia digital.

Na verdade, a menção a estes processos é, em nosso entender, relevante, por um lado, para lembrar que as ferramentas de análise de situações de controlo de grandes volumes de dados existem no portfólio das autoridades de concorrência e, por outro, que as particularidades dos macrodados *online* podem, de forma algo irónica, atenuar a abordagem mais clássica nesta sede.

No que respeita especificamente a plataformas *online* com um modelo de negócio em que releva o acesso a *big data*, a *Google* parece ser o alvo mais frequente das autoridades de concorrência. Nesse sentido, as autoridades francesas foram chamadas a intervir, pelo menos em duas ocasiões, por clientes dos serviços de publicidade *online* da *Google*⁶⁸. A investigação de 2010 conduziu a melhorias na política na transparência e previsibilidade na aplicação de publicidade *online* e a investigação mais recente foi iniciada em 2015, não tendo sido adotadas quaisquer medidas cautelares⁶⁹. A autoridade francesa entendeu que “*le moteur de recherche semble toujours dominer aujourd’hui le marché de la publicité en ligne liée aux recherches*”, motivo pelo qual procurou verificar se existia algum abuso por parte da *Google* na relação comercial com os seus clientes. Da exígua informação disponível não é possível extrair particulares ilações quanto à argumentação que conduziu a esta aparente constatação do “domínio”.

Também a FTC investigou eventuais práticas abusivas por parte da *Google*, tendo concluído que, apesar da relevância jusconcorrencial dos dados e apesar da necessidade de alguns ajustamentos das práticas comerciais desta empresa, a relação da *Google* com os anunciantes não era “*on balance, demonstrably anticompetitive*” encerrado, motivo pelo qual a investigação foi encerrada em 2013. Segundo a FTC “*Challenging Google’s product design decisions in this case would require the Commission—or a court—to second-guess a firm’s product design decisions where plausible procompetitive justifications have been offered, and where*

67 Resolução n.º 644/08, de 02.04.2009, disponível em <https://doctrina-administrativa.vlex.es/vid/31454735> e Decisão n.º 14-MC-02, de 09.09.2014, disponível em http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=592&id_article=2420&lang=en.

68 Decisão n.º 10-D-30, de 28.10.2010, disponível em http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=368&id_article=1488.

69 Decisão n.º 15-D-13, de 09.09.2015, disponível em http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=607&id_article=2637&lang=en.

*those justifications are supported by ample evidence.*⁷⁰ Apesar do encerramento desta investigação, a *Google* continuará no radar da FTC e a maior ou menor intensidade dessa monitorização dependerá, em grande medida, do ambiente político⁷¹.

Por último, referência para as investigações em curso, no plano da CE, tendo por objeto várias vertentes da atuação comercial desta empresa⁷². Estes processos serão fundamentais para enquadrar a atuação do direito da concorrência nesta sede, em particular no que diz respeito à relevância do controlo de *big data* e à caracterização da dinâmica dos mercados em que este ativo desempenha um papel relevante, não obstante o risco de sobreaplicação de direito da concorrência no caso de setores de atividade *fast moving* e ainda numa fase de expansão, caso da generalidade dos serviços prestados na economia digital.

Em face do supra exposto, afigura-se, em nosso entender, que as categorias de abordagem clássica do direito da concorrência, em particular teorias do dano relativas ao encerramento do mercado, se aplicarão, se tal se justificar, em setores que utilizam macrodados, em especial no que concerne a plataformas *online* com grande incidência em termos de *big data*.

Em nosso entender, as questões de concorrência suscitadas pelo controlo de *big data* dependem do enquadramento factual em causa, sendo que o critério que pudemos traçar neste contexto corresponde à substituibilidade dos dados e à possibilidade efetiva de acesso aos mesmos, critério este em que terão de entrar e equação as considerações incluídas no Capítulo I, supra.

Decorre, assim, do que vimos anteriormente que, para estes efeitos, os macrodados são, simultaneamente “*an asset like and, unlike, any other*”⁷³.

Todavia, a investigação iniciada pelo *Bundeskartellamt*, em 2016, à *Facebook*, parece poder sugerir um novo caminho neste âmbito, ao colocar a possibilidade de existir um alegado abuso de posição dominante (sendo que, importa notar

70 FTC File n.º 111-0163, de janeiro de 2013, disponível em http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googlesearch-practices/130103brilligooglesearchstmt.pdf.

71 Notícias de investigações em curso tendo a *Google* como protagonista têm sido constantes na imprensa norte-americana.

72 Casos COMP 39740 (*Google* comparação de preços), COMP 40411 (*Google AdSense*) e COMP 40099 (*Google Android*).

73 Para usar a expressão feliz de Lamadrid & Villiers, 2017: 2.

que a posição dominante não é, desde logo, um dado adquirido), em virtude da infração das normas relativas à proteção de dados privados⁷⁴.

Vejam os em que medida podemos estar perante uma questão nova ou, eventualmente, perante uma imprecisão nas fronteiras entre enquadramentos normativos por vezes próximos, caso do direito da concorrência, do direito do consumidor e da proteção de dados pessoais.

4. OS LIMITES DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA REGULAÇÃO DE *BIG DATA*

Um dos problemas classicamente associados à recolha e processamento de macrodados é o de que os consumidores não controlam a forma como os seus dados são recolhidos e utilizados, em prejuízo da tutela da privacidade da sua informação pessoal, aspeto este realçado, precisamente, na referida decisão do *Bundeskartellamt* no sentido de iniciar a referida investigação à *Facebook*⁷⁵.

A este propósito, autores como Ohlhausen e Okulia entendem que a proteção da privacidade pode ser entendida como um aspeto da concorrência não relacionado com os preços, especialmente quanto estão em causa serviços gratuitos, motivo pelo qual exigem a intervenção do direito da concorrência neste âmbito. Nesse sentido, as empresas podem procurar ter uma oferta mais atrativa, disponibilizando políticas de privacidade mais rigorosas e transparentes, motivo pelo qual se poderá conceber que os consumidores podem ser prejudicados por condutas restritivas da concorrência se for limitado o incentivo para uma oferta que inclua a proteção da privacidade⁷⁶. Também Newman preconiza uma intervenção de direito da concorrência para reforçar as políticas de privacidade⁷⁷.

Também a Comissária Pamela Harbour, quando da apreciação por parte da FCT da aquisição da *DoubleClick* pela *Google*, a que nos referimos anteriormente, sugere que a privacidade deveria ter sido considerada neste âmbito, sendo que importa considerar que a FTC tem, ao contrário de muitas das suas congéneres

74 Nota de imprensa do *Bundeskartellamt*, de 02.03.2016, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html;jsessionid=82966DD B5B70874B6464C8C035E855E6.1_cid378?nn=3591568. Para uma atualização a este respeito *vide* <http://mlexmarketinsight.com/editors-picks/facebook-wont-face-fine-german-antitrust-probe-privacy-terms/>.

75 Para uma atualização a este respeito *vide* <http://mlexmarketinsight.com/editors-picks/facebook-wont-face-fine-german-antitrust-probe-privacy-terms/>.

76 Ohlhausen & Okulia, 2015: 133 e 134.

77 Newman, 2014: 849.

no espaço da UE, competência em matéria de direito do consumidor, o que poderá, eventualmente, ter contribuído para esta abordagem mais holística⁷⁸.

A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, e em particular os seus responsáveis, argumentaram no sentido de uma abordagem mais integrada da aplicação do direito da concorrência e da tutela da privacidade dos dados pessoais⁷⁹.

Por último, importa ainda referir, que para além da referida investigação, o *Bundeskartellamt* pode também ver alargada a sua competência à tutela do direito do consumidor, incluindo questões de privacidade, em virtude da supra referida alteração da legislação da concorrência⁸⁰.

Em sentido inverso, da jurisprudência do TJUE, desde logo do acórdão *Asneff Equifax*, parece decorrer que as questões relacionadas com a proteção de dados não são, como tal, parte do direito da concorrência e devem ser apreciadas em sede própria⁸¹. Esta delimitação decorre também do estudo da autoridade da concorrência holandesa a que nos referimos anteriormente⁸².

Na verdade, a proteção de dados no âmbito da UE e da generalidade das jurisdições é enquadrada por normas específicas, implementadas por reguladores específicos. A tutela dos dados pessoais está prevista no Artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais e, no plano da UE, têm existido diversas diretivas e regulamentos neste âmbito, caso do *Regulamento n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados* (“Regulamento de Proteção de Dados”), que entrará em vigor em maio de 2018. Este regulamento incluirá diversos requisitos novos na área da proteção da privacidade, sujeitos a coimas substanciais.

A Comissária da Concorrência Margrethe Vestager tem também manifestado o seu entendimento no sentido de que a promoção da concorrência e

78 Declaração de voto da Comissária Harbour, de 20 de dezembro de 2007, *Google/DoubleClick*, FTC File No 071-0170.

79 Parecer Preliminar da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, *Privacy and competitiveness in the age of big data*, de 26.03.2014, disponível em <http://www.statewatch.org/news/2014/apr/eu-edps-competition-law-big-data.pdf>.

80 *Vide* nota de rodapé 61, *supra*.

81 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de novembro, *Asneff-Equifax* processo C-238/05, Coletânea de Jurisprudência 2006, p. 734.

82 ACM, 2016: 6.

a tutela da privacidade dos dados são objetivos complementares, com enquadramentos normativos e institucionais próprios⁸³.

A prática decisória da CE tem também centrado a sua apreciação, em sede de controlo de concentrações que envolvem macrodados de consumidores, numa análise puramente económica. Isto não significa que a CE tenha ignorado a relevância que os consumidores conferem à segurança e à privacidade dos dados, mas que “[a]ny privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data (...) as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules”⁸⁴. Este é o entendimento que, apesar da divergência que alguns procuram extrair da nota de imprensa da CE⁸⁵, também resulta, em nosso entender, no essencial, da recente decisão *Microsoft/LinkedIn*⁸⁶.

No que diz respeito ao direito norte-americano, parece existir alguma pacificação no sentido de que a salvaguarda da privacidade dos dados pessoais não deve caber ao direito da concorrência. Desde logo no supra referido relatório em matéria de *big data*, publicado em janeiro de 2016, a FTC considera que a tutela de privacidade neste âmbito pode recair na *Section 5* do *FTC Act*, que proíbe “*unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce*”, não tendo, todavia, feito qualquer referência ao *Sherman Act*⁸⁷.

Também em sede da apreciação da concentração *Google/DoubleClick*, a FTC rejeitou a noção de que a apreciação de direito da concorrência devesse ter em conta questões relacionadas com prejuízos para a privacidade, ao referir que “[t]he sole purpose of federal antitrust review of mergers and acquisitions is to identify and remedy transactions that harm competition. Not only does the Commission lack legal authority to require conditions to this merger that do not relate to antitrust, regulating the privacy requirements of just one company could itself pose a serious

83 *V.g.*, A este respeito, a Comissária Vestager afirmou na sua intervenção *Competition in a Big Data World*, supra citada. “*I don’t think we need to look to competition enforcement to fix privacy problems. “But that doesn’t mean I will ignore genuine competition issues just because they have a link to data”*. Também na intervenção *Big Data and Competition*, supra citada, deve ser interpretada nesse sentido, apesar da menor clareza, ao referir-se que “*Above all, people need to know that their personal data will stay private. I don’t need to tell you about how important that is. Both BEUC and the EDPS have made the point many times. And I think the new EU data protection rules will help to build that confidence*”.

84 COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, parágrafo 164.

85 Giannino, 2016: 4.

86 COMP/M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*, parágrafos 177 a 179 e nota de rodapé 330.

87 FTC, 2016, 12-24.

*detriment to competition in this vast and rapidly evolving industry*⁸⁸. A FTC separou também claramente as águas no âmbito da apreciação da concentração *Facebook/WhatsApp*, tendo sido remetida uma comunicação às partes, por parte do *Bureau of Consumer Protection*, relembrando as obrigações destas em sede de proteção de dados pessoais⁸⁹.

Além disso, importa notar que, ao contrário do que sucede com a generalidade das autoridades da concorrência da UE, a FTC norte-americana tem também competência em matéria de proteção do consumidor, tendo, no âmbito destas suas competências, tomado medidas no sentido de acautelar representações erróneas quanto à privacidade dos dados. Tal sucedeu, por exemplo, em relação ao *Facebook* por induzir em erro os consumidores ao informá-los de que podiam manter a sua informação no *Facebook* privada, ao mesmo tempo que permitia que esta fosse partilhada e tornada pública⁹⁰.

Em nosso entender, e sem prejuízo de desenvolvimentos subsequentes, importa notar, como ensinam Sokol e Comerford, que não faz particular sentido distinguir a privacidade de outros aspetos da oferta não relacionados com os preços, como a segurança e a eficácia dos produtos ou serviços⁹¹.

Na verdade, estes elementos, apesar de potencialmente afetados pela concorrência, não são monitorizados pelo direito da concorrência, mas por disposições de direito do consumidor e de proteção de dados pessoais. A intervenção do direito da concorrência obedece a um enfoque económico com base no standard do bem-estar do consumidor, em particular em termos de impacto no preço e na produção, ao passo que enquadramentos normativos complementares, como o direito do consumidor e a proteção de dados pessoais, regulam o cumprimento das normas aplicáveis à proteção de dados pessoais enquanto valor em si mesmo.

Difícilmente se consegue conceber que as autoridades da concorrência estivessem capacitadas para apreciar a suficiência da tutela de privacidade garantida pelas empresas sendo que, ademais, a abertura do direito da concorrência à prossecução de outros objetivos que não o bem-estar do consumidor,

88 FTC File n.º 071-0170, 2.

89 Carta do *Bureau of Consumer Protection*, de 10.04.2014, disponível em https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwhatappltr.pdf.

90 Nota de Imprensa da FTC, *Facebook Settles FTC Charges it Deceived Consumers By Failing To Keep Privacy Promise*, disponível em <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2011/11/facebook-settles-ftc-charges-it-deceivedconsumers-failing-keep>.

91 Sokol & Comerford, 2015, 1156 e ss.

em particular o excedente do consumidor, teria consequências relevantes em termos de sacrifício da coerência e da segurança jurídica⁹².

Assim, é manifesto, da nossa perspectiva, que o direito do consumidor, a proteção de dados pessoais e o direito da concorrência servem diferentes objetivos, protegem os consumidores de diferentes prejuízos e operam em diferentes esferas, de tal forma que podemos divisar até situações de potencial conflito.

Esses conflitos podem ocorrer, por exemplo, entre o interesse dos consumidores na tutela da privacidade e o interesse de concorrentes no acesso a bases de dados de empresas com maior escala. Um conflito pode também ter lugar se uma empresa com elevados padrões de proteção de dados tiver, por motivos de direito da concorrência, de desinvestir parte do seu negócio para empresas que têm capacidade diminuída de tutela, ou se a recolha, partilha e utilização de dados for restringida por motivos de proteção da privacidade, com prejuízo para a competitividade e a inovação⁹³.

Por fim, importa referir que o supra mencionado Regulamento de Proteção de Dados imporá um regime mais estrito de tutela da privacidade, acautelando, por exemplo, a questão frequentemente suscitada da portabilidade dos dados. De acordo com este enquadramento normativo, o titular dos dados terá o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um operador, tendo ainda o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir. Deste modo, pelo menos após 25 de maio de 2018, dada de entrada em vigor do referido regulamento, este debate poderá estar relativamente mitigado, precisamente porque a tutela da privacidade dos dados pessoais foi reforçada por normas próprias⁹⁴.

5. CONCLUSÃO

Resulta do supra exposto que o controlo de *big data* corresponde, efetivamente, ao controlo de um ativo relevante, com impacto na forma como as empresas desenvolvem as suas estratégias comerciais, em particular no que respeita a plataformas *online* que utilizam dados pessoais dos utilizadores para prestar serviços particularmente melhorados.

92 Schepp & Wambach 2015, 123 e 124. Para mais desenvolvimentos quanto ao debate relativo ao objetivo do direito da concorrência, vide Odudu, 2006.

93 Balto & Lane, 2016, 12.

94 Breuvert, Chassaing & Perraut, 2016: 54.

Importa notar, todavia, que estes dados têm características particulares, tendo em conta que, sem prejuízo da necessária apreciação concreta, são, em geral, replicáveis, não exclusivos e permitem um acesso não rival por parte de vários operadores, sendo que os consumidores utilizam em simultâneo diversas plataformas *online*, o que se pode traduzir em limitadas barreiras à entrada, prejudicando teorias do dano com base na exclusão de operadores do mercado. Apesar de poderem existir *nuances* tendo em conta a menor difusão de determinados dados e a maior sofisticação na análise dos mesmos, parece poder estabelecer-se que o critério fundamental será apurar se permanecem disponíveis *big data* suficientes para que os concorrentes possam construir a sua oferta.

Como vimos, existe um crescente interesse da doutrina e das autoridades da concorrência por estas atividades, que tem evoluído de forma proporcional à relevância económica destas empresas. Do trabalho já realizado, e sem prejuízo dos muito aguardados desenvolvimentos resultantes das investigações à *Google*, e de outros estudos e investigações em curso, podemos concluir que as ferramentas clássicas do direito da concorrência serão suficientes para enquadrar eventuais infrações nesta sede. Não obstante, a recomendação neste âmbito será proceder com cautela, em particular quando estamos perante *fast markets*, marcados pela inovação, sob pena de poderem ser ocasionados prejuízos aos consumidores, incluindo restrições em termos de inovação.

As questões relacionadas com a tutela da privacidade permanecerão, certamente, no centro do debate, apesar de, em nosso entender, não existir qualquer vantagem, antes pelo contrário, em procurar utilizar o direito da concorrência para solucionar questões de privacidade, desde logo por inaptidão de parte a parte, sendo que o reforço das normas de tutela de dados pessoais, em particular a partir da entrada em vigor do Regulamento de Proteção de Dados na UE, poderá, em nosso entender, desejavelmente, reduzir a margem de divergência nesta sede.

BIBLIOGRAFIA

ACM

2016 *Grote Platforms Grote Problemen*, de 21 de novembro, disponível em <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16333/Grote-platforms-grote-problemen/> (consultado em 16.04.2017).

ARAÚJO, FERNANDO

2006 *Introdução à Economia*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina.

AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS

2014 *Privacy and competitiveness in the age of big data*, de 26 de março de 2014, disponível em <http://www.statewatch.org/news/2014/apr/eu-edps-competition-law-big-data.pdf>.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE & BUNDESKARTELLAMT

2016 *Droit de la concurrence et données*, de 10 de maio, disponível em <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf> (consultado em 16.04.2017).

BALTO, DAVID & LANE MATTHEW

2016 *Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data*, 22 de março de 2016, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753249.

BERG, Werner & WEINERT, Lisa

2017 “*Transaction-value merger threshold soon to be in force in Germany – update on the 9th ARC revision*” Kluwer Competition Law Blog, de 7 de abril, disponível em <http://kluwercompetitionlawblog.com/2017/04/07/transaction-value-merger-threshold-soon-force-germany-update-9th-arc-revision/>.

BORK, Robert & SIDA, Gregory

2012 “What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?”, *Journal of Competition Law & Economics*, 8, pp. 688-691.

BREUVART, Charlotte, CHASSAING, Étienne & PERRAULT, Anne-Sophie

2016 “Big data and competition law in the digital sector: Lessons from the European Commission’s merger control practice and recent national initiatives”, *Concurrences*, n.º 3, pp. 41-55.

CHIOU, Lesley & TUCKER, Catherine

2014 “Search engines and data retention: Implications for privacy and antitrust”, MIT Sloan Research Paper No. 5094-14, 27 de maio, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2441333.

CMA

- 2015 *The Commercial Use of Consumer Data*, disponível em https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf.

COMISSÃO EUROPEIA

- 2016 *Commission Staff Working Document – Online Platforms*, COM(2016), de 288, de 25.05.2016.

DOWNES, Larry & NUNES, Paul

- 2014 *Big Bang Disruption*, Nova Iorque: Penguin Group.

FÓRUM ECONÓMICO MUNDIAL

- 2011 *Personal Data: The Emergence of a New Asset Class*, disponível em, http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf.

FTC

- 2014 *Data Brokers: A Call For Transparency and Accountability: A Report of the Federal Trade Commission*, disponível em <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparencyaccountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>.
- 2016 *Big Data a Tool for Inclusion or Exclusion: Understanding the Issues*, disponível em <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf>.

GIANNINO, Michele,

- 2016 *The Social Network No. 2: The European Commission Conditionally Clears the Microsoft Acquisition of LinkedIn*, de 23 de dezembro, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2889261>.

GRAEF, Inge

- 2015 “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”, *World Competition*, 38(4), pp. 473–505.

HARBOUR, Pamela & KOSLOV, Tara

- 2010 “Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets”, *Antitrust Law Journal*, 76, pp. 769–797.

LAMADRID, Alfonso & VILLERS, Sam

- 2017 *Big Data, Privacy and Competition Law: Do Competition Authorities Know to do it?* disponível em <https://antitrustlair.files.wordpress.com/2017/01/cpi-lamadrid-villiers.pdf>.

LERNER, Andres

2014 *The Role of “Big Data” in Online Platform Competition*, 26 de agosto, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780.

NEWMAN, Nathan

2014 “The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google”, *William Mitchell Law Review* 40-2, pp. 849-879.

OCDE

2013 *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, disponível em <http://www.oecd.org/sti/inno/newsourcesofgrowthknowledge-basedcapital.htm>.

2016 *Big data: Bringing competition policy to the digital era*, DAF/COMP(2016)14, de 27.10.2016.

ODUDO, Okeoghene

2006 *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford: Oxford University Press.

OHLHAUSEN, Maureen & OKULIAR, Alexander

2015 “Competition, Consumer Protection and the Right [Approach] to Privacy”, *Antitrust Law Journal*, 1-80, pp. 121-156.

RUBINFELD, Daniel L. & GAL, Michal

2016 “Access Barriers to Big Data”, de 26 de agosto, disponível em <https://ssrn.com/abstract=2830586>.

SCHPEP, Nils-Peter & WAMBACH, Achim

2016 “On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 7-2, pp. 120-124.

SOKOL, Daniel & COMERFORD, Roisin

2016 “Antitrust and Regulating Big Data”, *George Mason Law Review* 23, pp. 1129-1161.

STUCKE, Maurice & EZRACHI, Ariel

2015a “Artificial intelligence and collusion: when computers inhibit competition”, *University of Tennessee Legal Studies Research Paper* No. 267, 9 de abril, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591874.

2015b “No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data”, Antitrust Source, *University of Tennessee Legal Studies Research Paper* No. 269, 28 de abril de 2015, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600051.

2015c “Debunking the Myths over Big Data and Antitrust”, *CPI Antitrust Chronicle*, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 276, 31 de maio de 2015, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2612562.

STUCKE, Maurice & GRUNES, Allen

2016 *Big Data and Competition Policy*, Oxford: Oxford University Press.

TUCKER, Darren & WELFORD, Hill

2014 *Big Mistakes Regarding Big Data*, Antitrust Source, disponível em http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/dec14_tucker_12_16f.authcheckdam.pdf.

Yoo, Christopher

2012 When Antitrust Met Facebook, *George Mason Law Review* 19, pp. 1147-1162.

LEADING THE WAY THROUGH: THE ROLE OF THE EUROPEAN CENTRAL BANK AS PENDULUM, SHIELD AND SUPERVISOR OF THE EURO AREA

Álvaro Silveira de Meneses

ABSTRACT: In 2012, in a conference in London, Mario Draghi claimed “the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. Believe me, it will be enough”, as he announced the Bank was ready to intervene by entering the market and steadily buying sovereign bonds. The “whatever it takes” policy was a drastic shift in ECB policy, thus bringing measures with sizable results, such as the Outright Monetary Transactions Program. However, questions were asked and complex policy options were at stake, namely in what concerns the dynamics and interaction of several European Institutions and the Member States. This article presents the major issues that surrounded the introduction of the Outright Monetary Transactions Program and gives an overview of the European Court of Justice’s decision that backed the unconventional use of powers by the European Central Bank, defending an important tool in safeguarding the stability of the Eurozone.

INDEX: 1. Introduction. European Central Bank: dark knight born from the ashes of the crisis. 2. Mario Draghi’s Whatever it takes policy. 3. Gauweiler v. Deutscher Bundestag and the Outright Monetary Transactions Program. The Court of Justice decision. 4. Final reflections.

1. INTRODUCTION. EUROPEAN CENTRAL BANK: DARK KNIGHT BORN FROM THE ASHES OF THE CRISIS

Europe is struggling. Shock waves of the 2008 crisis¹ are still echoing, slowing down economies and forcing an intense spirit of survival in the international

1 For further study of contagion, spillover and the propagation of shocks across countries, v. Rigobon, 2016. With an overview of such problem in the light of international macroeconomic policy, explaining the inherent interdependence of open national economies, v. Krugman, 2012: 504 ff..

financial and capital markets². It has been a bear market in which securities prices fell and pessimism has risen, endangering both external and personal financing³. As such, economic resilience⁴ and think-tank innovative approaches to hold the line and *carve the way out* of these asphyxiating times is amongst the main issues of the present era.

It has been argued that Europe, and the euro area⁵ particularly, were not prepared for such hostile environment – namely for such hit – and *stress induced diseases* in the financial institutions⁶. In fact, the euro area faced a crucial need to build an economic and financial crisis management framework almost from scratch⁷. Thus, while sovereign debt crisis raises financial and economic issues to be addressed, it also involves a variety of legal doubts and implications. First and foremost, the euro area is not the European Union, being only a fraction of it. Its Members do not constitute an institution⁸, which raises two important and related issues: can they elaborate (binding) procedures to *carve out* of the crisis? How can they enforce emergency measures (as, for example, the

2 Following Krugman, Obstfeld and Melitz's definition of international capital market closely, it is *not really a single market; it is instead a group of closely interconnected markets in which asset exchanges with some international dimension take place. (...) The main actors in the international capital market are the same as those in the foreign exchange market: commercial banks, large corporations, nonbank financial institutions, central banks, and other government agencies.* (v. Krugman, 2012: 586).

3 Even though acknowledging the crucial role of the *roots of the crisis*, we will not engage in a retrospective in this paper. About the roots of 2007/2008 crisis and the fighting step plan introduced by the Basel Committee, v. Magalhães, 2012: 285-371; our Meneses, 2014: 793-807; and Haas, 2016.

4 *Economic resilience is essential to better withstand adverse shocks and reduce the economic costs associated with them* v. Sondermann, 2016.

5 The euro area or Eurozone comprises the EU Member States whose currency is the euro and in which a single monetary policy is conducted by the European Central Bank.

6 With a different position, v. the European Commission's communication to the Council and the European Parliament in June 2006: "Overall, the one-year experience with the revised Stability and Growth Pact shows that the EU fiscal framework is regaining credibility". European Commission, 2006.

7 Despite having functioning well since inception until the Eurocrisis. The Eurozone, however, still embraces some of the earlier growth pains, as a grouping of States wishing to remain in the Eurozone but with an exit option.

8 The Eurozone's promotes its activity through intergovernmental cooperation, in an informal gathering of the Ministers of Finance of each Member, named Eurogroup. Despite economic and monetary union is within the former First Pillar – European Communities, which typically held a community integration method, in the Eurozone the method is intergovernmental cooperation. Nowadays, after the Lisbon Treaty, Monetary policy is faced as of the exclusive competence of the European Union. The Economic and Financial Affairs Council (Ecofin) of the Council of the European Union gathers all Ministers of Finance of Member States. However, only Eurozone Ministers (*i.e.* the informal Eurogroup present at the formal Ecofin) vote in euro related issues. Therefore the Eurogroup, even though being an informal gathering, has a growing central role in the European Union.

European Union does)? Some authors also admit that the crisis *was aggravated by uncertainty about the “no-bailout” clause (Art. 125 TFEU) would be interpreted and enforced strictly or whether troubled Member States would receive some support and on what conditions*⁹.

Also, in a monetary union, the interaction between several governments and a single central bank is of a difficult nature, as *each government has strong preferences over local spending and taxation but suffers only part of the costs of union-wide inflation and higher interest rates, creating a tendency toward excessive debt*¹⁰, *i.e.* the lack of a common view over the actions and role of the central bank¹¹ were also blocking the road further. Thus, during the pre-crisis period the European Central Bank’s conduct of monetary policy was founded on temporary credit operations in the form of repurchase agreements, which was proven to be an inadequate response to the *winter that came*¹².

According to Article 282 (1) of the Treaty for the Functioning of the European Union (TFEU), the European Central Bank (hereinafter ECB), together with the national central banks of the Member States of the euro area, constitute the Eurosystem and shall conduct the monetary policy of the Union. Articles 127 and 282 of the TFEU, following the adoption of the Lisbon Treaty, indicates that financial stability, which was *somewhat neglected when the ECB was created*¹³, has been entrusted to it. And wisely, as Central Banks have a major role in the euro area¹⁴, and as the ECB proved to be a trustworthy key player in the financial and economic arena¹⁵.

As we will describe further, the ECB’s role in the crisis management framework has been of the traditional and conventional nature until 2012, when

9 V. Enderlein, 2016, 15.

10 Basso, 2016.

11 About the relationship between governments and banks, v. De Grauwe, 2013. In this article the authors state that *The new responsibilities entrusted to the European Central Bank as the single supervisor in the eurozone create a unique opportunity for that institution to change the regulatory and supervisory culture in the eurozone – one that has allowed the large banks to continue living dangerously, with insufficient capital.* And our Meneses, 2014.

12 Studies indicate that the 2007/2008 crisis led to the loss of a decade v. Enderlein, 2016: 10 ff.

13 V. Lastra, 2012: 2.

14 As the vast majority of companies and citizens meet their financing needs through the traditional banking system, via direct bank intermediation. As a result, *the euro area banking system lies at the heart of the conduct of our monetary policy*, v. speech by Praet, 2016.

15 Proving a major shift in the EU’s institutional framework. The Eurocrisis has placed the ECB well in the top, nonetheless the Parliament and the European Council being the *winners* with the Lisbon Treaty.

the ECB¹⁶ stepped in in the public bonds market, avoiding interest rates to keep steadily and lethally climb towards a state where Member States could not afford to borrow anymore. Such action in the secondary market is comparable to a *de facto* lender of last resort to fiscally stable Member States measure¹⁷, which was subject of intense debate. The ECB opened, then, a window in this crisis, *letting the sun shine in*.

2. MARIO DRAGHI'S *WHATEVER IT TAKES* POLICY

In 2012, in a conference in London, Mario Draghi claimed “*the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. Believe me, it will be enough*”¹⁸, as he announced the Bank was ready to intervene and change the *state of the art* by entering the market and steadily buying sovereign bonds. In fact, Spain’s high borrowing costs were summing up, leading the path to a full sovereign bailout.

Draghi asserted that the role of the ECB was to maintain price stability at every cost and if the high interest rates interfered with the central bank’s implementation of monetary policy, drastic measures should be taken. So, the core idea was that the European Central Bank would buy government bonds from euro countries in trouble, when nobody else buys these bonds, or their yield¹⁹ is becoming so high that a member state will not be able to cover interest payments on newly-issued bonds, thus having no more access to credit and risking default²⁰.

The *whatever it takes* policy was a drastic shift in ECB policy. As previously said, the ECB’s traditional role is to conduct monetary policy for the euro area. However, it has rapidly extended over the last few years, as the ECB uses several different monetary policy instruments to face the financial crisis,

16 The ECB was also involved in areas such as debt sustainability analysis, the preparation and monitoring of macroeconomic adjustment programmes for Member States requesting financial rescue.

17 The monetary approach of the lender of last resort the ECB addressed. The other approach is the credit approach, which relates to the Eurosystem’s Emergency Liquidity Assistance (ELA) to individual credit institutions, whose responsibility is of the National Central Banks. We won’t develop further this credit approach of the lender of last resort role of the ECB. For further development on the ELA procedure, underlying the Governing Council’s role pursuant to Article 14(4) of the Statute of the European System of Central Banks and of the ECB, v. European Central Banks 2014.

18 V. Financial Times’s piece, from 26 July, 2012.

19 Yield is the profit expressed as a percentage of the investment, namely the annual interest paid on a security (esp. a bond) divided by the security’s par value. It is represented by a percentage, which is tied to the risk associated with the investment.

20 V. Hinarejos, 2015: 565.

providing technical assistance in designing programme conditionality and monitors implementation of agreements with borrower states as a member of the Troika (now, Quadriga). In addition, the ECB now assumes a pivotal role in bank supervision and resolution²¹.

However, the expansion of powers through the period of the euro area sovereign crisis was not backed – at least not expressly. By instance, Article 123 TFEU prohibits the Bank from acquiring government bonds as it could be considered as monetary financing or the ECB becoming a direct lender of last resort to a member state²². However, the truth is that after this announcement, the euro strengthened and bond prices of debt issued by stressed Eurozone countries rallied.

In September 2012, the Governing Council of the European Central Bank decided on several technical features regarding the Eurosystem's outright transactions in secondary sovereign bond markets, aiming the safeguard of both appropriate monetary policy and singleness of the monetary policy²³. The main decision was the well-known Outright Monetary Transactions Programme (OMT)²⁴. Such programme enables and designs a step action where that the Bank would buy government bonds in the secondary market, rather than from a member state directly.

With the OMT, the ECB added a strict and effective conditionality to an appropriate European Financial Stability Facility/ European Stability Mechanism (EFSF/ESM) programme. The Member State in question would need to obtain financial assistance from the EFSF/ESM and comply with its conditions, i.e., macroeconomic reforms negotiated between the member state and the troika²⁵.

21 V. Craig, 2016: 5.

22 Article 123 TFEU reads: "1. Overdraft facilities or any other type of credit facility with the European Central Bank or with the central banks of the Member States (hereinafter referred to as 'national central banks') in favour of Union institutions, bodies, offices or agencies, central governments, regional, local or other public authorities, other bodies governed by public law, or public undertakings of Member States shall be prohibited, as shall the purchase directly from them by the European Central Bank or national central banks of debt instruments.

2. Paragraph 1 shall not apply to publicly owned credit institutions which, in the context of the supply of reserves by central banks, shall be given the same treatment by national central banks and the European Central Bank as private credit institutions."

23 V. European Central Bank's press release, from 6 September 2012.

24 With a detail description of the OMT programme, Guntram, 2013.

25 V. Hinarejos, 2015a: 564.

Per the ECB's press release the Governing Council would consider Outright Monetary Transactions "*to the extent that they are warranted from a monetary policy perspective as long as programme conditionality is fully respected, and terminate them once their objectives are achieved or when there is non-compliance with the macroeconomic adjustment or precautionary programme*".

3. GAUWEILER V. DEUTSCHER BUNDESTAG AND THE OUTRIGHT MONETARY TRANSACTIONS PROGRAM. THE COURT OF JUSTICE DECISION.

Despite the important role played by the mere announcement²⁶ of the OMT scheme, which had the ability of getting Europe of the crisis' acute phase²⁷, the legality of this program was judicially challenged. The complainants challenged the Bundesbank's participation in implementation of the ECB's OMT program and the failure by the Federal Government and the Bundestag to act regarding the OMT decision²⁸. It was argued before the German Court that the ECB had overstepped its Treaty role by creating a Program that should be viewed as a tool of economic, not monetary policy²⁹, violating the prohibition on monetary financing.

The German Constitutional Court's preliminary response was that the OMT Program was "likely" *ultra vires*³⁰, but referred the case to the European Court of Justice (ECJ), arguing that whether the scheme could be held to violate the *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (GG) depended on the ECJ's interpretation of the OMT conformity with the EU primary law³¹. In fact, the

26 About the macroeconomic effects of the OMT's announcement by the ECB, v. Altavilla, 2014.

27 V. Hinarejos, 2015a: 564.

28 V. Gauweiler, BVerfG 21 June 2016.

29 The mandate of the European Central Bank is limited in the Treaties to the field of monetary policy (Articles 119 and 127 et seqs. TFEU, Article 17 et seqs. ESCB Statute). It is not authorized to pursue its own economic policy but may only support the general economic policies in the Union (Article 119 sec. 2, Article 127 sec. 1 sentence 2 TFEU, Article 2 sentence 2 ESCB Statute). "*If one assumes – subject to the interpretation by the Court of Justice of the European Union – that the OMT Decision is to be qualified as an independent act of economic policy, it clearly violates this distribution of powers*" (Gauweiler, BVerfG 2016). The BVerfG case law on *ultra vires* dates back to the Maastricht judgement and was developed in the Lisbon judgement. V. Craig, 2016: 3.

30 Pursuant to the Federal Constitutional Court's Honeywell decision (BVerfGE 126, 286), for an act to be considered *ultra vires* it requires a sufficiently qualified violation, manifestly in violation of powers and that the challenged act entails a structurally significant shift in the allocation of powers to the detriment of the Member States. V. Opinion of Advocate General Cruz Villalón delivered on 14 January 2015.

31 V. Hinarejos, 2015a: 565.

existence of an *ultra vires* act creates an obligation of German authorities to refrain from implementing it and a duty to challenge it. The German Court argued the OMT Decision did not appear to be covered by the mandate of the ECB, as the monetary policy is to be distinguished according to the wording, structure and purpose of the Treaties from the economic policy, which primarily falls into the responsibility of the Member States.

The objective of the OMT Decision is to neutralize spreads on government bonds of selected Member States, which fall under the category of an act of economic policy, especially because the monetary policy framework of the ESCB does not differentiate between individual Member States. The parallelism of the OMT with assistance programs of the EFSF or the ESM and the risk of undermining their objectives and requirements confirm this assessment. The purchase of government bonds to provide relief to individual Member States that is envisaged by the OMT Decision appears as the functional equivalent to an assistance measure.

However, Judge Lübbe-Wolff had a strong dissent with most the Senate, arguing the court exceeded its judicial competence to secure the rule of law. A similar perspective was adopted by Judge Gerhardt, who noted that by admitting such an *ultra vires* review, the door is opened to a general right to have the laws enforced, which the Basic Law does not contain³². Despite these contradicting voices, the CJEU was asked to rule on the validity of an act found by the BVerfG to be *manifestly ultra vires* the ECB and “which involved a *structurally transgression of powers*”³³. The ECB itself pronounced vividly against these claims, arguing that the aim of the scheme is not to facilitate the financing conditions of certain member states, or to determine their economic policies, but rather to unblock the Bank’s monetary policy transmission channels and that the elements of conditionality was necessary to ensure that the OMT scheme would not interfere with the macroeconomic reform agreed between ESM and the member state in receipt of financial assistance³⁴.

32 Gerhardt, 2014.

33 V. Craig, 2016: 4. However, the BVerfG claimed it was only obliged *in principle* to comply with a ruling by the CJEU.

34 V. Hinarejos, 2015a: 567, 568.

This scenario created a Catch-22³⁵, with an unsolvable and highly problematic conflict between the ECJ's and the Constitutional Court's interpretation of primary EU law. In fact, three different scenarios could emerge: (i) the ECJ decides that the OMT Decision in effect envisages actions by the ECB, which are incompatible with its interpretation of the Treaty; (ii) the ECJ decides that the OMT Decision, even if taken as interpreted by the BVerfG, is in line with the ECB's mandate under the Treaty and in particular does not violate Article 119, 123 and/ or 127 of the TFEU; (iii) the ECJ interprets the Treaty in a way that sets effective limits to any implementation of the OMT Decision, and the resulting limits happen to be compatible with the Constitutional Court's interpretation of the relevant Treaty constraints³⁶.

Whichever path the ECJ had chosen to take would have resulted in a complicated situation. In the first scenario, the OMT Decision could not be implemented by the ECB, because doing so would violate the ECJ's interpretation of the ECB's mandate. In the second scenario, the ECJ's interpretation of the Treaty would be incompatible with the BVerfG's.

According to the Constitutional Court's perspective it would trigger a "duty to sabotage" the OMT Decision. All German public official would be obliged to work towards a reversal of the program. The third scenario would, at first glance, be the best one, as it appears to reflect a consensus between the BVerfG and ECJ, but it would come at high cost, as the Constitutional Court would necessarily render any future use of OMT ineffective. The Catch-22 is the conclusion that only rendering OMT ineffective can save it³⁷.

The ECJ started by assessing the nature of the OMT Decision, responding to the claim that the scheme should be qualified as an economic policy measure, and not monetary. The Court stated that the possible indirect effects of the Program in economic policy – namely the contribution to safeguarding the stability of the euro area – did not mean the measure should be classified as economic policy³⁸. The bond-buying conditional upon the member state's

35 Catch-22 is a novel written by Joseph Heller. The book's popularity initiated a habit of describing a problematic situation for which the only solution is denied by a circumstance inherent in the problem or by a rule as a "catch-22". For example, when you lose an object, the solution to that problem is to find the lost object. However, if you lose your glasses, you cannot find them.

36 V. Gerner-Beuerle, 2014: 286.

37 V. Gerner-Beuerle, 2014: 287.

38 The court drew an analogy with *Pringle* (Case C-370/12), which opposed the plaintiff *Mr. Pringle* to Ireland. For further Reading on the judgment, Hinarejos, 2015b: chapter 8.

compliance with ESM or EFSF was also irrelevant to the classification of the measure³⁹. The judgement conducted a review of proportionality and recognized ECB's discretion to make complex assessments and technical choices in the area and that, in its view, the OMT Program would be appropriate to achieve the objectives envisaged with the policy.

Additionally, the OMT did not collide with the prohibition on monetary financing of member states because the bond-buying would take place in the secondary market, which means it wouldn't buy bonds directly from a member state. However, the court emphasized that under some circumstances buying bonds in the secondary market would have the same effects as buying directly from the member state, in which case the outright operations should be prohibited.

To sum up, the OMT program was deemed to violate the EU internal law when the indirect bond-buying would defeat the purpose of Article 123 (1) TFEU in the same way as buying bonds directly. This means that the transactions should be limited only when it discourages the member states to pursue a sound budgetary policy (which is the purpose of the prohibition on monetary financing)⁴⁰. But to the extent that the program presented safeguards to prevent that situation⁴¹ it should be considered legal.

4. FINAL REFLECTIONS

It comes as no surprise that ECB and Eurozone' leaders stand ready to do *whatever it takes* to preserve the euro⁴². Therefore, it is baffling that the BVerfG decision failed to see the "*invisible elephant in the room*"⁴³ – financial stability –, essentially because it did not go into the merits of the ECB's monetary policy motivation. The *ratio* of the ECB's OMT program can be found on

39 V. the dissenting voice of Judge Cruz Villalón (cit. *supra*), who thought this scheme's peculiarity set it of the boundaries of the ECB's powers, which, according to *Pringle*, could only be of monetary policy with, at most, a supporting role in economic policy.

40 V. Hinarejos, 2015a: 566-570.

41 According to the OMT program, distortion to the conditions under which a member state can sell its bonds in the primary market would be limited by not announcing in advance the Bank's intention to buy a member state's bonds in the secondary market and by allowing a reasonable period of time to elapse between the member state's sale of its bonds in the primary market and their subsequent acquisition by the European Central bank.

42 Also about why preserving the euro should be a priority, v. Enderlein, 2015.

43 Thomas Beuker's expression (Beuker, 2014: 360).

the assertion that a disruption in the functioning of the markets, the fragmentation of the markets, and financial instability, hinder a proper functioning of the transmission mechanisms during the crisis. Although we might question if OMT is effective in safeguarding the proper functioning of the monetary transmissions mechanism and the singleness of the monetary policy, its impact on the markets optimism and strengthening of the euro cannot be denied.

The ECJ's decision, in line with *Pringle*, reconciles monetary and financial stability. The ECJ argued the outright transactions program is, at its core, a monetary policy scheme and that indirect bond-purchases are not textually prohibited by the TFEU, if conditional and necessary for the financial stability of the single currency. This conclusion leads to a less strict interpretation of the no-bailout clause rather than that the BVerfG would have liked, but a statement has been made by the ECJ. Therefore we can state that the pledge to do *whatever it takes to preserve the euro* has been fully tested by the ECJ.

It can be interesting, however, to contemplate another line of thought and ponder the hypothesis of a teleological interpretation of Article 125 TFEU, considering that financial stability of the currency area is the regime's higher objective. The truth is that ECB's limited powers have two rationales.

On the one hand, assure the bank's independence and maintain separation between monetary policy, fiscal policy and economic policy. On the other hand, to preserve the configuration of Economic and Monetary Union as a currency union and not a transfer union, i.e., where member states are responsible for their own debts. But these powers are not an end in themselves, but a means to achieve a greater good.

We cannot simply deny ECB's responsibility for financial stability, because in broader terms it implicates the stability of the financial system or sector and even price stability. The ECB has responsibilities, as before mentioned, in such both issues even if financial stability is an area in which Member States are primarily responsible⁴⁴. We have already stated and hereby realize that the TFEU is not only about its letter, but its objectives and spirit, and therefore there is nothing in the way of ECB's fulfillment of its major roles and premises.

As a final note, we must question if the control the ECJ exercises over European Central Bank is not a limitation in its independence, especially when complex policy options are at stake. But as much as such judicial control

44 V. Beuker, 2014: 361.

can be regarded as a restraint in the Bank's independence, we cannot have it any other way.

Although as challenging as it may be, *we should do whatever it takes to preserve the euro*. The unconventional use of powers by the European Central Bank, backed by the ECJ, has been an important tool in safeguarding the stability of the Eurozone.

It is desirable that less of the burden for preserving the euro falls on ECB's shoulder – a wish expressed by Mario Draghi himself. In fact, the EU democratic Institutions are the ones to look at for inspiration and solutions, but failing to act accordingly. They should be the ones *leading the way through*.

But as long as the ECB is needed to preserve the “fragile and imperfect”⁴⁵ currency union, it should be there, even if it means non-conventional approaches.

However, all EU Institutions must adapt and perform accordingly, or the system as a whole is at stake. *And, believe me, it will be enough. (?)*

45 Kennedy, 2015.

REFERENCES

- ALTAVILLA, Carlo, GIANNONE, Domenico & LENZA, Michele
 2014 «The Financial and Macroeconomic Effects of OMT Announcements», in *ECB Working Paper no. 1707*, July 9.
- BASSO, Henrique S. & COSTAIN, James S.
 2016 «Fiscal Delegation in a Monetary Union with Decentralized Public Spending», in *CEifo Working Paper Series no. 5775*, February 29, available at: <https://ssrn.com/abstract=2752867>.
- BEUKER, Thomas
 2014 «The Bundesverfassungsgericht preliminary reference on the OMT program: “in the ECB we do not trust. What about you?” », in *15 German Law Journal*, March, 343.
- CRAIG, Paul & MARKAKIS, Menelaos
 2016 “Gauweiler and the legality of outright monetary transactions”, in *European Law Review*, 2016, 41(1), 4-24.
- DE GRAUWE, Paul & Ji, Yuemei
 2013 “Strong Governments, Weak Banks”, in *CEPS Policy Briefs No. 305*, November 25, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2360476.
- ENDERLEIN, Henrik *et alii*
 2016 “Repair and Prepare: Growth and the Euro after Brexit”, Gütersloh, Berlin, Paris: Bertelsmann Stiftung, Jacques Delors Institut – Berlin and Jacques Delors Institute in Paris, 15, available at: http://www.delorsinstitut.de/2015/wp-content/uploads/2016/09/EN_Report_final.pdf.
- GERNER-BEUERLE, Carsten *et alii*
 2014 “Law meets economics in the German Federal Constitutional Court: outright monetary transactions on trial”, in *German Law Journal*, 15, March 1, 281.
- HAAS, Jürg/ GNATH, Katharina
 2016 “The euro area crisis: a short history”, in *Policy Paper no. 172*, Berlin: Jacques Delors Institut, pp. 1-8, available at https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/Projekte/88_Europa_staerken_und_verbinden/HistoryEuroAreaCrisis-HaasGnath-JDIB-Sept16.pdf.
- HINAREJOS, Alicia
 2015a “Gauweiler and the outright monetary transactions programme: the mandate of the European Central Bank and the changing nature of economic and monetary union”, in *European Constitutional Law Review*, 11(3), pp. 563-576.

- 2015b *The Euro area crisis in constitutional perspective*, Oxford: Croydon..
- KRUGMAN, Paul, OBSTFELD, Maurice & MELITZ, Marc J.
- 2012 *International Economics, Theory & Policy*, 9th edition, Pearson: Global Edition.
- LASTRA, Rosa
- 2012 “The evolution of the European Central Bank”, in *Queen Mary University of London, School of Law*, in *Legal Studies Research Paper No. 99/2012*, 2, available at: <http://ssrn.com/abstract=2020545>.
- MAGALHÃES, Manuel
- 2012 “A evolução do direito prudencial bancário no pós-crise: Basileia III e CRD IV”, in Paulo Câmara e Manuel Magalhães, *O novo Direito Bancário*, Coimbra: Almedina, pp. 285-371.
- MENESES, Álvaro Silveira de
- 2014 “E (quase) tudo a crise levou: Basileia III aproveita os ensinamentos que ficaram?”, in *Revista de Direito das Sociedades*, VI, 3-4, Coimbra: Almedina, pp. 793-807.
- PRAET, Peter
- 2016 “The ECB and its role as lender of last resort during the crisis”, speech at the Committee on Capital Markets Regulation conference on The lender of last resort – an international perspective, 10 February, available at: <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2016/html/sp160210.en.html>.
- RIGOBON, Roberto
- 2016 “Contagious, spillover and interdependence”, in ECB Working Paper Series, no. 1975, November 2016, pp. 1-21.
- SONDERMANN, David
- 2016 “Towards more resilient economies: the role of well-functioning economic structures”, in *ECB Working Paper Series*, no. 1984/November 2016.
- WOLFF, Guntram B.,
- 2013 “The ECB’s OMT Programme and German Constitutional Concerns”, in *Think Tank 20: The G-20 and Central Banks in the New World of Unconventional Monetary Policy*, available at: https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/TT20-european-union_wolff-2.pdf.

News Articles

- Financial Times, 26 July 2012, available at: <https://www.ft.com/content/6ce6b2c2-d713-11e1-8e7d-00144feabdc0>.

Bloomberg, 27 July 2012, available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2015-07-27/draghi-s-whatever-it-takes-marks-three-years-proving-enough>.

Official documents

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT,

2014 “Principal Proceedings ESM/ECB: Pronouncement of the Judgment and Referral for a Preliminary Ruling to the Court of Justice of the European Union”, *Press release no. 9/2014 of 7 February 2014, Orders of 17 December 2013 and of 14 January 2014*, separate opinion of Justice Gerhardt, available at: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2014/bvg14-009.html>.

EUROPEAN CENTRAL BANK

2012 “Technical features of Outright Monetary Transactions”, press release, available at: https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html.

2014 “ELA Procedures (the procedures underlying the Governing Council’s role pursuant to Article 14.4 of the Statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank with regard to the provision of ELA to individual credit institutions)”, available at: https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/201402_elaprocedures.en.pdf?10cc0e926699a1984161dc21722ca841.

EUROPEAN COMMISSION

2006 “Public Finances in EMU 2006 – The first year of the revised Stability and Growth Pact”, COM (2007), 304final, 13.06.2006.

EUROPEAN COURT REPORTS

2015 “Opinion of Advocate General Cruz Villalón delivered on 14 January 2015. Gauweiler v. Deutscher Bundestag. Case C-62/14”, available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CC0062&from=EN>.

DOSSIER TEMÁTICO

Direito processual penal e probatório

“OPERAZIONE MANI PULITE” E SEU CONTEXTO POLÍTICO, JURÍDICO E CONSTITUCIONAL*

Renzo Orlandi

ABSTRACT: The article analyses the devastating impact that the judicial investigation known as Operation “Clean Hands” (*Mani pulite*), which occurred between 1992 and 1994 in Milan, had on the fate of the Italian ruling class. The article also explains the legal and procedural context in which the Clean Hands operation has matured, taking into account the trends that have characterized the evolution of Italian criminal procedural law, especially since the new Code of Criminal Procedure entered in force on October 24, 1989. Also discussed is the investigative technique used in Operation Clean Hands. The article also refers to the harsh conflict between the judiciary and the criminal lawyers that stemmed from the substantial marginalization of defence in the many processes that Clean Hands had brought. Finally, the article reflects on the Italian experience, drawing some critical conclusions regarding the behaviour of all categories of subjects gathered and confronted during the Clean Hands: politicians, magistrates, journalists, criminal lawyers.

SUMÁRIO: 1. A Operação Mãos Limpas: uma investigação judiciária de dramáticas implicações políticas. 2. O contexto político internacional e interno. 3. O contexto jurídico-processual. 4. Modalidades investigativas e de condução dos processos da Mãos Limpas. 5. O conflito entre classe política e magistratura: crise da imunidade parlamentar. 6. O conflito entre advocacia e magistratura: a batalha pelo justo processo. 7. Considerações conclusivas. 8. Quais lições?

1. A OPERAÇÃO MÃOS LIMPAS: UMA INVESTIGAÇÃO JUDICIÁRIA DE DRAMÁTICAS IMPLICAÇÕES POLÍTICAS

A expressão “Mãos Limpas” é o nome em código dado a uma operação de investigação dirigida a múltiplos episódios de corrupção política, com o envolvimento

* Artigo anteriormente publicado em: *Constituição, Economia e Desenvolvimento – Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Curitiba), vol. 8, n.º 15 (jul.-dez. 2016), pp. 378-405. Tradutor: Professor Marco Aurélio Nunes da Silveira, Universidade de Passo Fundo (Brasil).

de empreendedores públicos e privados. No jargão jornalístico, foi também amplamente utilizada a expressão *Tangentopoli* (= cidade das propinas), para indicar um lugar onde as práticas de corrupção (“*le tangenti*”, as propinas) eram habituais. Inicialmente, aquele lugar era facilmente identificável com Milão, sede da Bolsa, capital econômica, centro de grandes negócios industriais com muitas ramificações no mundo da política. Posteriormente, quando se percebeu que tais práticas eram muito difundidas, o termo *Tangentopoli* adquiriu um significado simbólico e se tornou sinônimo de malversação político-administrativa. Esclarecimentos terminológicos à parte, *Mãos Limpas* e *Tangentopoli*, entendidas em sentido estrito, identificam um curto período da história político-judiciária italiana: aquele que vai do início de 1992 ao fim de 1994.

Processos por corrupção foram muitos na Itália e até hoje ainda são. No entanto, a série de processos reunidos sob o rótulo de “Mãos Limpas” tem uma característica singular. O que os distingue daqueles celebrados em outros tempos, por factos análogos, é o impacto devastador que aquela experiência judiciária teve sobre o destino da classe governante italiana. A investigação e os muitos processos que dela decorreram criaram as premissas para um perigoso vácuo de poder, irracionalmente vivido pela maior parte da opinião pública com um forte sentimento de libertação. Terminava, como resultado daqueles processos, aquela que logo foi chamada de Primeira República, nascida da escolha feita pelo povo italiano apenas 70 anos atrás (em junho de 1946), pouco antes da entrada em vigor da primeira constituição democrática (1.º de janeiro de 1948). Nascia a Segunda República, não por opção constituinte, nem como efeito das revisões constitucionais, nem por insurreições ou protestos de rua, mas pela via judiciária.

Tudo acontece, como já mencionado, entre o início de 1992 e o fim de 1994. Em 17 de fevereiro de 1992, foi preso Mario Chiesa, presidente de um hospício em Milão, apanhado em flagrante delito enquanto embolsava um pequeno suborno (sete milhões de liras, equivalente a cerca de quatro mil dólares) de um empresário que com isto queria garantir um contrato de limpeza. Parecia uma prisão casual, uma coisa de pouca importância, e assim foi considerado nos primeiros comentários jornalísticos e nas tomadas de posição dos responsáveis pelo partido político a que pertencia Chiesa¹. Em vez disso, foi o início de uma

1 Poucos dias após a prisão de Mario Chiesa, Craxi emitiu uma declaração, que lhe será depois repreendida, com a qual separava a responsabilidade do preso daquela de seu partido: “Eu me preocupo em criar as condições para o país enfrentar os momentos difíceis que temos e me encontro um trapaceiro que lança

longa série de prisões e iniciativas de investigação que colocaram definitivamente fora de jogo os maiores líderes políticos da época.

No curso de 1993, multiplicava-se o número de ministros, parlamentares, prefeitos de grandes cidades e grandes empresários envolvidos em procedimentos penais por factos de corrupção. A corrupção, se sabe, é crime difícil de provar, porque todos aqueles que participam têm interesse em ocultar ou dissimular a conduta ilícita. Daí a necessidade de apuração por via indireta. O crime-isca, por assim dizer, aquele que permite penetrar a espessa membrana de silêncio que envolvia a conduta corrupta é, inicialmente, o financiamento ilícito de partidos políticos (sobretudo os governistas) e, no que toca aos empresários, a adulteração do balanço, visando à provisão de fundos ocultos utilizados para financiar ilicitamente a política.

Em 1994, a legislatura iniciada em abril de 1992 é abruptamente interrompida como resultado da colocação de dezenas de parlamentares na condição de réu. As Câmaras são antecipadamente dissolvidas e as eleições (que acontecem no final de março) atribuem a vitória a uma nova formação política, liderada por um empresário que terá um papel de destaque nos próximos vinte anos: Silvio Berlusconi. Neste curto espaço de tempo, todos os partidos históricos que, desde a queda do fascismo, deram alma à vida política italiana desaparecem ou renascem com novos nomes.

2. O CONTEXTO POLÍTICO INTERNACIONAL E INTERNO

Para entender a singularidade do acontecimento judiciário e compreender plenamente o efeito que teve sobre a estrutura político-governamental, é útil enquadrar os desdobramentos judiciários da Mãos Limpas no contexto político, tanto internacional como interno.

A queda do Muro de Berlim (novembro de 1989) e o fim do regime soviético (agosto-novembro de 1991) tiveram fortes e, por assim dizer, rápidas repercussões sobre a situação política italiana, onde um forte partido comunista disputava o poder local e central, em composições moderadas, que giravam em torno da Democracia-Cristã. Ambas as realidades políticas, depois do fim da Segunda Guerra Mundial, foram sustentadas (mesmo financeiramente) pelos líderes dos dois blocos, a saber, a União Soviética e os Estados Unidos. O enfraquecimento (nos anos 80) e depois a queda do comunismo soviético (início dos

uma sombra sobre toda a imagem de um partido que, em Milão, em cinquenta anos, nunca teve um dirigente condenado por factos graves de corrupção”: cfr. Beccaria & Marcucci, 2015: 12.

anos 90) determinaram um progressivo afrouxamento e, depois, uma cessação destas relações de solidariedade político-financeira. As forças políticas foram, portanto, obrigadas a encontrar em outro lugar as fontes necessárias ao financiamento das custosas máquinas organizacionais, escritórios com centenas de empregados e funcionários, e frequentes campanhas eleitorais que se tornavam cada vez mais dispendiosas pelo uso publicitário dos meios televisivos.

Nos anos 80, começou a crescer e se tornar decisiva para a formação dos governos uma força política de inspiração social-democrática (o Partido Socialista), uma força que estava há muito tempo separada do comunismo soviético e que mantinha, ao mesmo tempo, alguma distância do governo dos EUA. Em outras palavras, os socialistas, embora se tenham tornado cruciais, no curso dos anos 80, para a formação de cada maioria parlamentar, eram desprovidos de apoio econômico pelas duas grandes forças (comunismo soviético e capitalismo americano), ambas interessadas na evolução da política italiana e, portanto, dispostas a ajudar, inclusive financeiramente, os partidos amigos (respectivamente, o Partido Comunista Italiano e a Democracia-Cristã). Os socialistas – à época liderados por um hábil político, Bettino Craxi – eram estranhos a esta partição: foram, portanto, obrigados a procurar internamente o sustento econômico que outros partidos foram capazes de obter por outras vias. Encontraram alianças e correspondência de interesses com o empresariado italiano, dedicado à construção de obras públicas (estradas, ferrovias, metrô, aeroportos, prisões, infraestrutura esportiva, etc.), que logo se tornaram a ocasião para ocultos financiamentos políticos. Isto explica por que a liderança do Partido Socialista foi atingida primeiramente e com particular dureza pela investigação iniciada em 1992, com a detenção do socialista Mario Chiesa.

No entanto, o fim do comunismo soviético também teve o efeito de colocar as outras forças políticas do governo (principalmente a Democracia-Cristã) em uma posição semelhante à dos socialistas. Os Estados Unidos estavam, de facto, interessados em sustentar (economicamente) o partido católico, porque viram nele um baluarte contra o comunismo e o avanço do Partido Comunista Italiano. Iniciada a crise do modelo soviético, não havia mais necessidade de tal baluarte. A Democracia-Cristã e outros partidos menores do governo (Partido Republicano, Partido Liberal, Partido Social-Democrata) procuraram, portanto, fontes alternativas de financiamento e a buscaram lá onde os socialistas já as tinham encontrado, vale dizer, no empresariado dedicado às obras públicas, que as próprias forças políticas eram capazes de programar. O custo de cada obra era superfaturado em 10%, então distribuídos entre os partidos governistas na

medida de seu peso eleitoral². Ainda, outras opções de política econômica (em particular nas áreas de energia e química) eram bem controladas pela política nacional através da participação estatal em grandes empresas do campo petrolífero, siderúrgico e químico, de modo que os indivíduos interessados em lucrar com as suas participações minoritárias, ou dispostos a adquirir as ações de grandes empresas públicas, foram forçados a financiar (ocultamente) os partidos políticos do governo e, às vezes, até mesmo da oposição.

A existência de um sistema ramificado e bem experimentado de financiamento ilícito, desconhecido por muitos cidadãos distantes da política, era, na verdade, bem conhecido pelos políticos profissionais. Quando, em julho de 1992, a poucos meses da prisão de Mario Chiesa, Bettino Craxi disse abertamente que todas as forças políticas, incluindo a oposição, tinham fontes ilícitas de financiamento e desafiou os parlamentares a desmenti-lo, ninguém se atreveu a contradizê-lo. Este silêncio foi interpretado como confissão, se não de uma corresponsabilidade de todos os parlamentares presentes, pelo menos de uma consciência geral de que o financiamento ilícito era uma forma de ilegalidade amplamente tolerada e nunca denunciada, nem mesmo pelas forças de oposição.

Neste quadro se coloca a iniciativa da magistratura milanesa, que foi grandemente facilitada pela mudança de atitude que o contexto internacional (queda do comunismo soviético) propiciou também na classe empresarial italiana.

Muitos empresários, sentindo-se excluídos do âmbito da especulação política, não mais suportaram a intromissão dos partidos nos assuntos econômicos. Até mesmo os empresários envolvidos nos malfeitos começaram a receber exorbitantes e injustificados pedidos de financiamento dos partidos. Desaparecido o espectro do comunismo, não havia mais nenhuma razão em pagar aquelas forças que, até então, de alguma maneira, tinham assegurado a preservação do sistema. Muitos homens de negócio – sobretudo no norte da Itália, a parte economicamente mais desenvolvida do país – abandonaram os partidos do governo e voltaram as suas preferências para um novo partido político (a *Lega Nord*), que esteve, de facto, entre os primeiros fortes apoiadores da investida judiciária a um sistema político entendido como apodrecido e corrupto por uma grande fatia da opinião pública.

² Este foi, ao menos, o percentual aplicado em Milão por Mario Chiesa, como se conclui do que se lê nos autos processuais: cfr. Beccaria & Marcucci, 2015: 12 e nota 18.

3. O CONTEXTO JURÍDICO-PROCESSUAL

O pano de fundo político ajuda a compreender o meio pelo qual a investigação foi capaz de nascer e se desenvolver, levando à concretização, no curso de dois anos, a extinção dos partidos que haviam governado a Itália nas décadas anteriores. O quadro, no entanto, deve ser completado com alguns detalhes sobre o contexto jurídico e processual em que a Operação Mãos Limpas amadureceu.

A investigação inicia poucos meses antes da entrada em vigor do Código de Processo Penal (ocorrida em 24 de outubro de 1989). A reforma tinha a intenção de abandonar o modelo de inspiração inquisitória e matriz napoleônica (*Code d'instruction criminelle*, de 1808), para apostar no modelo acusatório, vagamente semelhante ao norte-americano. A característica principal do novo processo penal deveria ser a nítida e rigorosa separação das fases de investigação e do processo. Desaparecia o “*giudice istruttore*” (juiz de instrução preliminar). A fase de investigação foi confiada ao Ministério Público, que deveria se limitar a reunir informações suficientes para formular a acusação³. Estas mesmas informações, todavia, não poderiam ser utilizadas no processo: as provas para condenar o acusado seriam recolhidas perante um juiz, no contraditório entre as partes. Na verdade, esta configuração do Código de Processo Penal logo teve a objeção dos juízes que realizavam as investigações, que – em muitos dos seus principais componentes – lutaram para convencer os juízes a levantar exceções de inconstitucionalidade, a fim de declarar ilegais as disposições que colocavam obstáculos à utilização, no processo, das informações recolhidas pela polícia ou pelo Ministério Público⁴.

A Corte Constitucional acolheu aquelas demandas em três sentenças importantes (números 24, 254 e 255), que, entre fevereiro e maio de 1992, levaram a uma brusca involução inquisitória do sistema processual. Graças a elas, praticamente todas as informações recolhidas na fase de inquérito poderiam facilmente ser transformadas em prova de culpa.

3 Diferentemente do Brasil, a lei processual italiana define o Ministério Público como o verdadeiro *dominus* da investigação criminal preliminar. Os poderes de iniciativa investigativa autônoma da polícia são muito circunscritos e limitados à necessidade de conservar os vestígios ou o corpo de delito. Tal regra tende a assegurar a independência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo (que controla os órgãos de polícia). Isto implementa o preceito constitucional segundo o qual “a autoridade judiciária dispõe diretamente da polícia judiciária” (art. 109, da Constituição italiana), onde “autoridade judiciária” se entende especificamente como “Ministério Público”.

4 Para uma explicação mais detalhada e analítica dos debates e acontecimentos que levaram à reforma processual penal de 1988, remete-se a estudo anterior: Orlandi, 2016: 15 ss.

O ano de 1992 mostrou ser crucial para o destino do processo penal italiano: a inspiração *adversarial* que caracterizou a reforma entrada em vigor alguns meses antes estava perdida. A favorecer esta brusca transição contribuiu significativamente a situação de emergência que sucedeu ao assassinato de dois valentes magistrados Giovanni Falcone e Paolo Borsellino (maio-julho de 1992), que se destacaram na luta contra o crime organizado. Logo depois do primeiro dos dois homicídios, lançou-se uma medida legislativa (decreto-lei n. 306, de 08 de junho de 1992) que confirmava o valor probatório das investigações conduzidas pelo Ministério Público, alinhando-se substancialmente à citada jurisprudência constitucional. Naquele clima social peculiar, prevaleceram as vozes plangentes daqueles magistrados (especialmente o Ministério Público) contrários à reforma acusatória do processo penal: uma reforma, em suas palavras, bastante inadequada para lidar com as formas mais insidiosas de crime. A reação desta parte da magistratura condicionou, de facto, a evolução, em sentido inquisitório, tanto da jurisprudência constitucional como da lei.

Particularmente importante, no que diz respeito ao nosso assunto, será a sentença n.º 254/1992, que, ao remover a proibição de se fundamentar a afirmação da culpa em declarações recolhidas unilateralmente pela polícia ou pelo Ministério Público, alterou em medida preocupante o equilíbrio de força entre acusação e defesa. Para condenar o acusado, era suficiente que o Ministério Público obtivesse – durante o inquérito – declarações incriminadoras de um corréu, ao qual normalmente se oferecia a possibilidade de negociar uma pena destinada, no máximo, a ser suspensa condicionalmente; iniciado o processo, o corréu-acusador podia legitimamente subtrair-se à inquirição pelo defensor, valendo-se de um amplo direito ao silêncio, com o que provocava automaticamente a leitura das declarações feitas na fase de investigação e a sua utilização como prova visando ao (previsível) juízo de culpa.

Esta foi uma técnica muito utilizada, nos casos de criminalidade organizada, para proteger os delatores dos mafiosos de violência ou outras pressões ilegais durante os processos. Graças à citada sentença e à ratificação legislativa que a ela sucedeu, tal técnica foi facilmente estendida a todos os procedimentos penais, inclusive àqueles relacionados à corrupção política.

4. MODALIDADES INVESTIGATIVAS E DE CONDUÇÃO DOS PROCESSOS DA MÃOS LIMPAS

Algumas palavras devem também ser gastas na técnica investigativa que foi colocada em ação para a condução da Operação Mãos Limpas. Emerge também

aqui – como se verá – uma similaridade com as experiências e os métodos de investigação amadurecidos no campo da luta contra o crime organizado.

Já dissemos que a operação nasceu com a prisão do presidente de um hospício milanês, flagrado no ato de receber uma pequena soma em dinheiro. Parecia um dos muitos pequenos casos de corrupção, descoberto casualmente.

A história, na verdade, é diversa e um pouco mais complexa. Se o episódio guardasse relação com aquele único, pequeno, empresário, não teria ocorrido o terremoto político que sacudiu a Itália nos anos 1992-1994 e que muitos choques provocou também nos anos seguintes. Como realmente as coisas aconteceram, conta-nos em poucas palavras o protagonista principal da investigação, Antonio Di Pietro, em manifestação realizada por ocasião do primeiro dos muitos processos que caracterizaram a Mãos Limpas. Convém revisar as suas palavras, muito eloquentes ao explicar a técnica investigativa utilizada: “Senhores do órgão colegiado – principia Di Pietro –, esta é a primeira vez que levamos à atenção dos juízes de julgamento um dos ramos da investigação chamada Mãos Limpas. [...] Antes de tudo, sinto-me obrigado a relatar, embora em poucas palavras, como começou esta investigação, porque não nasceu do nada ou do acaso. Evidentemente, os 7 milhões encontrados com Mario Chiesa deram a oportunidade para desencadear uma operação que por muito tempo a Procuradoria da República estava coordenando, porque há muito tempo tinha a suspeita de um fenômeno de corrupção e malversação político-administrativa. Os sinais eram muitos e, quando falo de sinais, falo de circunstâncias processualmente verificáveis; refiro-me à primeira investigação, chamada *‘patenti facili’* [licenças fáceis], onde se demonstrou uma certa sistematicidade dos comportamentos de corrupção; refiro-me à investigação chamada *‘carceri d’oro’* [cárceres de ouro] (suborno por contratos na construção de prisões); refiro-me à investigação chamada ‘Lombardia informatica’ (suborno por contratos no mundo da saúde); refiro-me aos muitos inquéritos que resultaram em condenações por atos de malversação político-administrativa nos governos locais. Então, percebeu-se que a investigação deveria ser conduzida supondo a existência de um sistema de corrupção. Assim nasceu o chamado *‘fascicolo virtuale’* [autos virtuais], vale dizer, um conjunto de informações cruzadas dos diversos autos processuais relativos aos últimos anos no território de Milão. Todas estas informações foram encaminhadas a um banco de dados para que se pudesse fazer os cruzamentos apropriados. [...] O objetivo do *‘fascicolo virtuale’* era o de identificar os indivíduos responsáveis por recolher o

dinheiro de empresários para dar aos políticos. Um destes indivíduos era Mario Chiesa⁵.

A “Mãos Limpas” começou com a sua prisão, mas poderia ter começado com a prisão de qualquer outro intermediário entre o mundo empresarial e o mundo político. A esta altura, o sistema de corrupção já estava reconstruído e revelado por um exame cuidadoso daquilo que Di Pietro chamou de “*fascicolo virtuale*”, para o qual foram transferidas, ao longo dos anos anteriores, informações que diziam respeito não tanto a crimes individuais, mas a um vasto fenômeno de corrupção, onde os protagonistas eram sempre os mesmos políticos e empresários. Se não tivesse sido utilizada esta particular técnica investigativa, se não tivesse sido feita uma leitura cruzada entre as informações dos vários processos por corrupção naquele limitado arco temporal, o processo judicial de Mario Chiesa teria permanecido isolado.

A ideia do “*fascicolo virtuale*” é típica dos inquéritos contra o crime organizado de matriz mafiosa⁶. Também no caso do crime organizado, especialmente de tipo mafioso, a investigação não pode ser limitada (e, de facto, não se limita) a apurar crimes individuais, mas se destina a sondar e esclarecer a estrutura e a articulação das organizações criminosas, com o escopo de colocar os crimes individuais (homicídios, extorsões, agiotagem, tráfico ilícito, etc.) no contexto de um mais amplo “fenômeno criminal”.

O “*fascicolo virtuale*” se inspirava na mesma lógica investigativa. Isto deu aos magistrados de acusação uma posição de vantagem e superioridade cognitiva sobre os réus individuais, vistos como peões em um jogo muito mais amplo do que o singular acontecimento que os envolvia: um jogo dirigido e gerido por políticos, muitos dos quais poderiam facilmente se esconder atrás da imunidade parlamentar.

No nível organizacional, preferiu-se o trabalho de equipe à investigação realizada por um único magistrado. Em seguida, constituiu-se, junto à Procuradoria da República de Milão, um grupo de seis magistrados, coordenados pelo

5 Di Pietro, 1993: 59-60.

6 As investigações de que fala Di Pietro tinham ocorrido no final da década de 80, quando já estavam disponíveis computadores pessoais de razoável potência, que permitiam o armazenamento e a elaboração de significativas quantidades de dados também por um único magistrado. O uso da tecnologia da informação – na qual Di Pietro se destacava – se revelou um meio poderoso para construir o *background* cognitivo que permitiu ao grupo de magistrados milaneses desenvolver suas investigações com amplitude considerável. Sobre a importância desta (então nova) modalidade de investigação, veja-se as declarações do próprio Di Pietro, 2000: 27 ss. Para uma reflexão teórica que busca identificar os problemáticos aspectos jurídicos desta técnica de investigação, remete-se a estudo anterior: Orlandi, 1996: 568 ss.

procurador, que por dois anos se ocupou quase exclusivamente dos casos de corrupção política na área de Milão.

Esta é também uma característica comum das investigações de factos de criminalidade organizada. O precedente famoso era representado pela maxi-investigação contra a máfia siciliana, conduzida, em meados dos anos 80, por um grupo de magistrados do qual faziam parte Giovanni Falcone e Paolo Borsellino. Pode dizer-se que a experiência, que culminou na condenação de centenas de mafiosos, fez escola e foi adotada pelos magistrados milaneses quando perceberam que enfrentavam não casos individuais de corrupção, mas sim um sistema amplo e articulado, que foi pacientemente composto como um quebra-cabeça, e que não era conveniente deixar para um único magistrado.

Evidentes as vantagens do trabalho em grupo: se um dos investigadores, por alguma razão, faltasse (devido à doença, morte ou designação para outra função), a memória da investigação permaneceria nos membros restantes do grupo.

Além disso, a força-tarefa investigativa – se bem coordenada – é menos exposta a campanhas sensacionalistas ou a ataques diretos que réus poderosos são muitas vezes capazes de organizar contra uma única pessoa.

Finalmente, o grupo de investigadores dá ao exterior uma imagem de firmeza associada à ideia de um agir desinteressado e distante do protagonismo que normalmente acompanha (e muitas vezes com razão) o juiz solitário na luta contra o crime.

Aqui também surge – neste compreensível e certamente eficaz pormenor organizacional – a desproporção entre a força da acusação e a fraqueza de uma defesa forçada a jogar nos erros do adversário ou a render-se, colaborando com a autoridade judiciária.

Última característica comum às técnicas de investigação contra o crime organizado foi representada pelo uso bastante desenvolvido da colaboração com o júizo (delação premiada). Mesmo com a ausência de especiais isenções ou atenuantes aos réus dispostos a fornecer informações úteis à investigação, foi fácil para o Ministério Público obter a colaboração, abstendo-se de pedir, em face daqueles, a emissão de medidas coercitivas e dando o consentimento para a possível *barganha*.

Como já mencionado, esta prática foi muito facilitada pela sentença n.º 254/1992, pela qual a Corte Constitucional havia tornado possível a prolação de sentenças com base em declarações feitas pelo corréu ao Ministério Público, ainda que não confirmadas durante o processo, diante de um juiz imparcial, no contraditório das partes. Em outras palavras, o corréu fazia um

favor ao Ministério Público, fornecendo declarações incriminadoras destinadas a valer como prova no processo. Por sua parte, o Ministério Público retribuía o favor, deixando de pedir a emissão de provimentos cautelares e favorecendo uma saída “indolor” do processo por meio da barganha judicial, muitas vezes combinada com a suspensão condicional da pena.

Isto, no longo prazo, determinará tensões muito fortes com a classe dos advogados, que – com razão – se perceberá posta à margem da arena processual. Sobre este ponto, voltaremos em breve, depois de me deter sobre o conflito que opôs a magistratura da época à classe política, com amplos setores da opinião pública raivosa e alinhada contra os partidos governistas.

5. CONFLITO ENTRE CLASSE POLÍTICA E MAGISTRATURA: CRISE DA IMUNIDADE PARLAMENTAR

A legislatura iniciada em abril de 1992, poucas semanas depois do início da Operação Mãos Limpas, durou menos de dois anos (em relação aos cinco previstos pela Constituição italiana). As Câmaras foram dissolvidas antecipadamente, no início de 1994, em razão do caos que a investigação milanesa produziu nas duas assembleias parlamentares. Aquele período foi um tormento para os numerosos parlamentares diretamente envolvidos na investigação. Protegidos pela imunidade, não podiam ser presos, nem submetidos a processo, salvo se a Câmara à qual pertenciam concedesse a autorização para proceder em face deles.

Nos decênios precedentes, esta autorização foi concedida muito raramente, mesmo na presença de grave e evidente ilicitude penal, que não encontrava qualquer justificação na atividade política realizada. Amadureceu, portanto, na opinião pública, uma forte aversão a este privilégio. Há tempo se falava em reformar a imunidade parlamentar, no sentido de atenuar o senso de impunidade que automaticamente vinha associado pelo uso ocasional que dele as assembleias parlamentares costumavam fazer. Muitos projetos foram apresentados durante as duas décadas anteriores: nenhum aprovado⁷. A Operação Mãos Limpas mudou as cartas na mesa. Já não era mais possível frear a indignação pública. Imprensa e televisão estavam atentas a cada episódio, ainda que pequeno, capaz de promover a ira popular contra os políticos. Impunha-se uma modificação de rota no uso daquele privilégio. As duas Câmaras, assim, começaram a conceder permissão para proceder contra os seus membros sem

⁷ Veja-se, sobre isto, as informações dadas em Orlandi: 1994, 97 ss.

muitas dificuldades. Frequentemente eram os próprios parlamentares que – para escapar ao linchamento da opinião pública – pediam aos colegas para remover aquele obstáculo à instauração do processo contra eles. Todavia, isto não bastou para conter o impulso reformista que, em outubro de 1993, resultou na reforma da imunidade parlamentar⁸. Desaparecia, assim, a autorização necessária para submeter os membros do Parlamento ao processo penal. Restava, sim, a inviolabilidade (substancial) pelas opiniões expressas no exercício da atividade política, além da imunidade (processual) em relação a prisões, buscas e interceptação de comunicações.

A abolição da autorização para proceder teve um efeito imediato sobre as delicadas relações entre justiça e política, eis que deixou os parlamentares expostos a acusações penais, frequentemente requeridas por adversários políticos. Em outras palavras, o fim da autorização para proceder favoreceu o uso anômalo e instrumental da justiça penal como meio de luta política. Sobre este ponto, voltaremos a seguir.

A mencionada emenda constitucional marcou um ponto a favor da magistratura, percebida por grandes setores da opinião pública como vencedora heroica na batalha contra a política corrupta. Graças à Operação Mãos Limpas, a velha classe dominante foi completamente desbaratada. Os velhos partidos políticos desapareceram ou mudaram seus nomes. A popularidade dos políticos alcançou níveis baixíssimos. Daí derivou uma crise de representação e um vácuo de poder que precisava ser preenchido.

Na primavera de 1994, as eleições foram vencidas pela coalizão liderada por Silvio Berlusconi, rico empresário de televisão à frente de um novo partido político que, no primeiro teste eleitoral, conseguiu conquistar o governo do país. Apesar de suas muitas conexões e amizades com pessoas influentes da decadente classe dirigente, Berlusconi será capaz de se estabelecer como “homem novo”, como “empresário emprestado à política”, distante dos políticos de profissão, cuja imagem foi desfigurada pela investigação milanesa. Berlusconi tem um olho dirigido aos magistrados que conduziram a Operação Mãos Limpas, a ponto de propor a dois deles para participar do governo em posições de importância primária (Ministério da Justiça e Ministério do Interior). Ambos recusaram, não confiando na figura de Berlusconi. E tinham razão, porque o próprio Berlusconi entrará, em breve, na investigação dos procuradores de Milão, também ele por factos de corrupção.

8 A emenda constitucional (*legge costituzionale*) n. 3/1999 reescreve o art. 68 da Constituição.

O clima, porém, mudou. A nova classe política não era mais aquela “profissional”, formada nas escolas partidárias ou nos lugares de recrutamento (universidades, sindicatos, associações laicas e católicas) típicos da chamada “Primeira República”. Os novos políticos vinham predominantemente da sociedade civil: profissionais liberais, empresários, celebridades, jornalistas conhecidos do grande público; pessoas, em geral, que exibiam como qualidade uma total ausência de cultura política.

Hoje, à distância de mais de vinte anos, podemos dizer que aquela “nova” classe política era decididamente pior do que aquela que a investigação milanesa contribuiu para destituir. Mas, em seguida, em 1994, a mensagem do cidadão comum, bravo empreendedor, bom profissional, “temporariamente emprestado à política”, funcionou. A raiva e a indignação popular estavam atenuando. Enquanto isso, o número de pessoas envolvidas nos processos por corrupção crescia em medida incontrolável, alcançando também homens pouco conhecidos e, por isso, menos detestáveis do que os políticos. Homens com os quais o cidadão comum poderia facilmente se identificar e em relação aos quais estava inclinado a experimentar aquela solidariedade humana que é natural nutrir quanto àqueles que podem aparecer como vítimas de uma fúria reacionária. Em outras palavras, depois de um biênio abundante de tensão inquisitória, sentia-se a necessidade de um retorno à normalidade, um retorno às garantias processuais, ao respeito pelos direitos de defesa. Como já dito, as técnicas de investigação utilizadas pelos magistrados de Milão deixaram a defesa à margem da disputa processual. Daí derivou, na prática, um desequilíbrio em favor da acusação, que não poderia ser tolerado em longo prazo.

No final de 1994, com a saída da força-tarefa de um de seus membros mais representativos, pode dizer-se encerrado aquele que podemos considerar o “primeiro tempo” da Operação Mãos Limpas⁹. Uma classe dirigente foi enviada para casa. Uma outra, mais ou menos nova, lhe sucedeu. A opinião pública está dividida. Não está mais mobilizada e acriticamente alinhada com os magistrados. Resta comemorar centenas de processos instruídos naqueles dois anos, com defensores que se sentiram privados de direitos percebidos como

9 Antonio Di Pietro deixa a Procuradoria da República de Milão em 06 de dezembro de 1994, a fim de melhor se defender de algumas acusações (de condutas corruptas) das quais sairá absolvido. Sairá definitivamente da magistratura seis meses depois, em junho de 1995, para se dedicar à política em uma nova formação liderada por ele. Sobre as circunstâncias de seu abandono, primeiro à Procuradoria da República, depois à magistratura, pode ler-se suas declarações em *Intervista su Tangentopoli*, cit.; veja-se, em particular, o capítulo *Addio alla toga*, p. 128 e ss.

componentes essenciais de um processo justo, como o direito de interrogar ou contradizer as testemunhas de acusação, o direito de realizar a sua própria investigação alternativa à do Ministério Público, o direito de se defender no processo penal, não em processos midiáticos, tramados por meios de comunicação (imprensa, televisão) impiedosos em apresentar, como culpados, réus talvez destinados a serem absolvidos. O conflito que agora será superado é aquele entre a magistratura e a advocacia. Os cinco anos seguintes ao fim da Mãos Limpas viverão desta tensão (que não podemos considerar resolvida ainda hoje, em 2016).

6. CONFLITO ENTRE ADVOCACIA E MAGISTRATURA: A BATALHA PELO JUSTO PROCESSO

A marginalização substancial da defesa nos muitos processos que a Operação Mãos Limpas havia propiciado, determinou – como já mencionado – um conflito duro e áspero entre a magistratura e a advocacia criminal, que já há alguns anos vinha organizando uma espécie de sindicato (a *Unione delle camere penali*). Esta organização logo se torna um elemento catalisador de um protesto que foi expresso em polémicas abstenções de audiências judiciais e em uma contínua e agressiva atividade de *lobby* dirigida a obter as mudanças normativas indispensáveis à restauração da dignidade para a defesa do acusado.

Encerrada a inicial fase investigativa da Operação Mãos Limpas, os protestos produzirão, lentamente e com dificuldade, alguns dos resultados desejados.

Em 1995 (Lei n. 332), é revista, em sentido garantista, a disciplina da custódia cautelar. Vem igualmente reforçada a posição do defensor na fase de investigação preliminar e, em particular, no procedimento de execução das medidas coercitivas.

Em 1997 (Lei n. 267), tenta-se restaurar o direito de exame cruzado das testemunhas de acusação, que a já mencionada sentença n. 254/1992, da Corte Constitucional, tinha ajudado a redimensionar em medida verdadeiramente preocupante. A tentativa será logo neutralizada por outra sentença da Corte Constitucional (n.º 361/1998), que, em essência, reafirma a possibilidade de que um réu seja condenado com base em declarações feitas ao Ministério Público e nunca passadas pelo filtro do contraexame pela defesa. Isso determinou não apenas a reação furiosa das *Camere penali*, mas também do Parlamento, que viu essencialmente usurpada a sua função legislativa. De facto, a Corte Constitucional atribuiu a si própria uma tarefa que – de acordo com muitos comentadores – não lhe pertencia ao declarar inconstitucional a norma legal

que restituía ao acusado o direito de contestar as testemunhas de acusação. Assim nasce a iniciativa parlamentar que, dentro de um ano, levou a uma revisão fundamental do art. 111 da Constituição, e, em particular, do parágrafo 4.º daquele artigo, onde hoje lemos que *“a culpa do réu não pode ser provada com base em declarações dadas por quem, por livre escolha, sempre se subtraiu voluntariamente ao interrogatório por parte do imputado ou de seu defensor”*. Desta nova regra, a Corte Constitucional teve que tomar conhecimento, superando a própria jurisprudência anterior, pouco sensível à exigência de garantir a formação da prova no contraditório entre as partes.

Resta não satisfeita a exigência, repetidamente apresentada pela advocacia criminal italiana, de uma separação das carreiras (hoje unificadas) entre Ministério Público e juízes, a fim de melhor garantir a imparcialidade do órgão judicante. Uma separação objetada com convicção por toda a magistratura italiana, que vê nisso um primeiro passo no sentido do enquadramento do Ministério Público na função governamental, sob o controle do Ministério da Justiça. Diga-se, a este respeito, que a Constituição italiana de 1948, em resposta à politização do órgão de acusação experimentada durante o período fascista, pretendeu repudiar a ideia (de antiga origem francesa) que vê o Ministério Público como o representante do Poder Executivo junto à autoridade judicial. E há quem diga, cremos que com alguma razão, que uma operação como a Mãos Limpas não teria sido realizada se o Ministério Público tivesse que obedecer às ordens do governo. No entanto, o tema da separação das carreiras (promotor e juiz) é um persistente motivo de conflito entre a advocacia criminal e a magistratura na Itália.

7. REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A EXPERIÊNCIA DA MÃOS LIMPAS

Meditando sobre a experiência italiana, parece-nos que podem ser tiradas conclusões críticas em relação ao comportamento de todas as categorias de sujeitos reunidos e confrontados durante a Mãos Limpas: políticos, magistrados, jornalistas, advogados. Acreditamos que nenhuma dessas categorias tem motivo para censurar-se pelos erros dos quais, considerando as coisas com a cabeça fria, seria melhor se abster. Erros quase certamente destinados a serem repetidos, porque o contexto polêmico em que se coloca o embate processual de altas apostas, frequentemente, estimula comportamentos reativos e irracionais, adotados na onda de emoções e sentimentos difíceis de controlar. Vale a pena, todavia, prodigar-se neste exercício, em uma tentativa de dar uma saída prática à exposição aqui desenvolvida.

a) Os políticos italianos – no curso do último quarto de século – frequentemente lamentaram e denunciaram a intromissão da magistratura em assuntos políticos. Disto, em retrospectiva, são os políticos que devem censurar-se, eis que – na experiência italiana – decorreu exatamente do uso de um argumento que teve um formidável efeito *boomerang*. Sabe-se que a luta política, sobretudo quando se liberta das grandes visões ideológicas e se personaliza, vive de golpes baixos, de acusações de ineficiência, deslealdade, imoralidade, etc., dirigidos a colocar em maus lençóis o adversário da vez. No entanto, em face de tais ataques, a resposta do político que se sentia agredido era sempre a mesma: isto de que sou acusado não é um crime. Com o que se pretendia minimizar o conteúdo do ataque, mas se deixava implícito (talvez sem se dar conta) outra coisa: isto é, que somente a imputação de um crime poderia bloquear uma carreira política, e não a reprovação moral de uma conduta considerada criminalmente irrelevante. Se é assim, faz-se coincidir os limites da responsabilidade política com os da responsabilidade penal. Um erro grave, graças ao qual se reconhece somente à magistratura o poder de decidir o destino de um político.

Na realidade, os dois âmbitos de responsabilidade são e devem permanecer distintos. Nem todos os crimes são susceptíveis de entravar uma carreira política: com efeito, pode haver factos penalmente relevantes dos quais o político assume publicamente a responsabilidade, porque são consistentes com os motivos inspiradores de suas batalhas (por exemplo, aqueles que cultivam plantas de maconha e informam a imprensa, como gesto coerente com uma campanha antiproibicionista).

Por outro lado, há comportamentos penalmente irrelevantes ou, de facto, não perseguíveis, que assinalam, todavia, a inadequação do indivíduo a desenvolver funções de representação política (a exemplo, a habitual convivência com pessoas em relação às quais existem preconceitos ou de moral duvidosa; a inclinação à deslealdade nas relações interpessoais; a escassa transparência sobre as origens de sua riqueza; a tendência a manipular a vontade dos outros). Uma organização política deve ser capaz de reconhecer e expelir de suas fileiras pessoas indignas de fazer política, antes que causem problemas que mereçam denúncia penal. Em última análise, se as diversas formações políticas selecionassem seus representantes também na medida de critérios éticos e comportamentais, reduzir-se-ia muito a dita intromissão da justiça penal em assuntos da política.

b) Quanto aos magistrados, as críticas apresentadas apontam sobretudo ao excesso de protagonismo e à politização de sua atividade em matéria penal (como atestam os estudos de C. Guarneri citados na bibliografia). Há alguma

verdade nesta observação. De facto, alguns magistrados amam os holofotes da popularidade e encontram satisfação ao próprio narcisismo quando se ocupam de casos destinados a ganhar a atenção da opinião pública. E também é verdade que alguns juízes mal compreendem o significado de suas funções quando pretendem usar seus poderes para enfraquecer ou aniquilar uma facção política considerada perigosa para a sociedade: um magistrado (seja promotor ou juiz) não é um sujeito político, não foi eleito para dirigir à sua vontade a atividade repressiva; foi selecionado burocraticamente (por concurso público) para aplicar a lei. Trata-se de fraquezas humanas e, respectivamente, de atitudes ideológicas que certamente devem ser desencorajadas no plano cultural *lato sensu*, mas são difíceis de erradicar com normas jurídicas.

Há, pois, outro aspeto, delicadíssimo, do qual pouco se ocuparam os debates doutrinários que se seguiram à experiência da Mãos Limpas. Referimo-nos ao meio pelo qual o magistrado criminal (sobretudo o Ministério Público) deveria lidar com casos que envolvem pessoas em posições de poder (político, econômico, empresarial, etc.). A queda dos privilégios de imunidade (que abrangia, principalmente, os políticos) ajudou a igualar a posição de todos os cidadãos perante a lei. Trata-se, sem dúvida, de uma afirmação da igualdade entendida como conquista da civilização; isto não pode ser negado. Necessita, todavia, realisticamente reconhecer que o processo penal, desde os seus estágios iniciais, produz efeitos imediatos e, por assim dizer, inevitavelmente “nocivos” no tecido social. Uma investigação criminal perturba não só a vida de quem a sofre, mas também das pessoas que lhe são próximas: vizinhos, parentes, amigos, colegas de trabalho, etc. Quando é dirigida contra uma pessoa em posição de responsabilidade especial (política, administrativa, econômica), o âmbito dos sujeitos que podem padecer, indiretamente, dos efeitos “nocivos” da iniciativa judiciária se alarga proporcionalmente à posição de ápice ocupada pelo imputado em seu âmbito social. Esta afirmação não deve inspirar a repriminção de inaceitáveis formas de privilégio, que, além disso, a opinião pública não entenderia ou aceitaria. Se, em linha geral e abstrata, não se pode instituir tratamentos privilegiados, no plano prático é, todavia, oportuno ter em conta a diferença que – de facto – existe entre o imputado, por assim dizer, comum e aquele um pouco especial em razão dos reflexos sociais negativos que o processo, por conta deste, pode ter. Nenhum tratamento de favor; antes, uma atenção às consequências nefastas do processo penal, as quais – repetimos – é oportuno que a magistratura (sobretudo o Ministério Público) enfrente concretamente.

Dever-se-á, portanto, usar uma cautela particular no controle das notícias de crime em face de “homens de poder”, mais expostos do que os cidadãos comuns a partidárias campanhas de imprensa ou a ataques políticos que não hesitam em usar a via judiciária para amplificar o efeito de degradação pessoal que a investigação criminal quase sempre comporta. Na Itália, depois da Mãos Limpas, tivemos numerosos exemplos de políticos imprudentemente submetidos a processo como resultado de superficiais acusações que se revelaram, em seguida, infundadas: enquanto isso, porém, o dano já está causado; o político teve que abandonar o cargo e a absolvição final não restitui aos cidadãos, que por ele se sentiam representados, o tempo perdido longe das funções que forçosamente deixou.

Particular cuidado deve também ser tomado em manter no maior sigilo possível as informações sobre procedimentos relativos a “homens de poder”, para evitar a instrumentalização que os meios de comunicação estão prontos (e felizes) a fazer. Em suma, o magistrado deve andar em linha reta no seu caminho. O “homem de poder” – desprovido de qualquer imunidade – que violou a lei penal deve ser perseguido. Devem ser usados, porém, aqueles meios (organizacionais, práticos) capazes de minimizar as consequências sociais negativas de eventual investigação criminal.

O estabelecimento de boas práticas neste delicado âmbito de relações entre justiça e política seria provavelmente facilitada por uma reforma do ordenamento judiciário que separasse – também no plano organizacional – a carreira do Ministério Público daquela do juiz. A proposta – como já mencionado – recebe oposição da magistratura italiana, com grande determinação, particularmente ciosa das prerrogativas que a constituição política a reconhece. Se, todavia, fosse possível implementar a separação, garantindo ao mesmo tempo a autonomia e independência de todos os magistrados (promotores e juizes), resultariam mais bem definidos os papéis e modalidades de trabalho no Ministério Público, com a consequência de que o órgão de acusação teria uma percepção mais limitada de suas próprias tarefas e congruente com as suas atribuições institucionais. Um promotor que age percebendo-se como um juiz imparcial trabalha sobre um *background* psicológico pouco reconfortante para quem sofre a investigação: e a situação é compreensivelmente mais delicada quando o réu é um político.

c) Chegamos aos jornalistas. A quantidade de interesses afetados pelo processo em face de empresários e políticos torna compreensível a atenção mórbida que os meios de comunicação (imprensa, TV, etc.) reservam a tais

eventos. A experiência da Mãos Limpas pôs em evidência a densa rede de relações que tende a se estabelecer entre a magistratura e a imprensa quando um político ou empresário acaba sob investigação.

Ao longo dos anos, estas relações se tornaram mais intensas e misteriosas, no interesse de ambas as partes: os magistrados ganham em notoriedade, dando destaque ao seu trabalho. Os jornalistas obtêm antecipadamente informações, muitas vezes sigilosas, a fim de expandir a esfera de seus leitores ou espectadores. Afinal, qualquer um que pretenda usar obliquamente a justiça como instrumento de luta política, mira exatamente sobre a imprensa para desacreditar os adversários políticos, difundindo notícias sobre o seu envolvimento em investigações criminais.

Esta má prática está na origem do fenômeno chamado “processo midiático”: um processo paralelo àquele conduzido pela autoridade judiciária, onde os fatos são reconstruídos com mal dissimulada imparcialidade pelo jornalista e sua equipe. São publicados (em transmissões televisivas e agora nas extensões *web* dos principais jornais nacionais) trechos de interceptações telefônicas, resumos de declarações de testemunhas, pareceres de peritos, que fornecem ao leitor elementos suficientes para formar – por conta própria – um juízo, normalmente de culpa. Se, então, o processo judicial real é concluído com uma absolvição, restaria ainda a dúvida de que a decisão favorável ao acusado é consequência do excesso de formalismo processual que sufoca a justiça penal.

O “processo midiático” é um fruto envenenado que contamina, de fora, o processo judicial, condicionando fortemente o ambiente no qual farão valer os seus argumentos e trabalharão – com vistas à verdadeira sentença – juízes, defensores, promotores, imputados. Em relação a este fenômeno deplorável, não podem ser responsabilizados os jornalistas. Não se pode francamente esperar que eles não publiquem notícias em que a massa de leitores está muito interessada. É o seu trabalho. Além disso, a liberdade de imprensa é um ingrediente essencial de uma sociedade democrática e certamente não pode ser limitada quando a notícia diz respeito a pessoas com responsabilidades públicas, sobre cuja conduta anormal ou ilegal o cidadão comum, compreensivelmente, quer ser informado. Uma coisa, no entanto, é informar, outra é construir (na televisão) um falso julgamento, com atores-figurantes no lugar dos verdadeiros sujeitos processuais, como já vimos muitas vezes na Itália nos últimos anos: esta não é a liberdade de imprensa; é, ao invés, um entrave ou um condicionamento do processo judicial realizado nas formas e com as garantias que o “processo mediático” não é obrigado a respeitar. Disto, se alguma coisa, os jornalistas

(não todos, obviamente) são censuráveis: ceder à tentação de organizar um processo paralelo, muitas vezes por exigências de audiência e espetacularização: um processo, todavia, suscetível de surtir efeitos tremendamente negativos para o acusado.

d) Restam algumas observações a fazer sobre outro componente subjetivo que anima a cena judicial: a advocacia. Ela não pode ser censurada por certas distorções de que padeceu a justiça penal italiana durante e após a experiência da Mãos Limpas. No fundo, os defensores sofreram – durante quase uma década, de 1992 a 1999 – com o excessivo poder do Ministério Público. Na verdade, é necessário dar crédito a muitos deles – em particular aqueles reunidos na *Unione delle Camere penali* – por haverem lutado com determinação para afirmar as razões do garantismo, diante de uma opinião pública muito cética sobre a validade de tais razões. Como já observado, a chamada reforma constitucional do “justo processo” (novembro de 1999), que aparou do juízo penal certas arestas inquisitórias, é em grande parte mérito da advocacia.

O que, se alguma coisa pode ser reprovável às organizações de advogados criminais é a falta de vontade em cultivar espaços de reflexão comum com as associações de juízes. O excesso crítico que existe em muitas tomadas de posição – também isso um mau legado da Mãos Limpas – não contribui à pesquisa e à identificação de soluções razoáveis e ao desenvolvimento de boas práticas que tornem menos injusta a cotidiana administração da justiça. Magistrados e advogados vivem os mesmos eventos, compartilham uma forçada vida cotidiana, têm problemas, em parte, comuns: depois da temporada de conflitos, é interesse de todos (até mesmo da comunidade) que se encontrem espaços comuns de diálogo e um quadro de valores a partilhar.

8. QUAIS LIÇÕES?

Qual conclusão se pode tirar da experiência aqui descrita? Quais lições? As opiniões ainda estão divididas na Itália. Há quem veja na Mãos Limpas uma salutar obra de regeneração ética, tornada possível por uma magistratura finalmente independente do poder político. Uma obra quiçá anômala de transformação do quadro político, feita pela via judiciária diante da incapacidade da classe política de reformar a si própria¹⁰. Outros, entretanto, estão inclinados a pensar que a Operação Mãos Limpas perigosamente desorientou a relação entre os poderes do Estado, entre magistratura e política, atribuindo

10 Tal, por exemplo, a opinião de Barbacetto, Gomez & Travaglio, 2012.

aos procuradores e juízes poderes, de facto, incontroláveis e sem contrapesos, especialmente quando as suas iniciativas são sustentadas por movimentos irracionais da opinião pública¹¹.

Aos magistrados da Mãos Limpas vem, da maioria, o reconhecimento do mérito (ou da coragem) de ver penalmente perseguidas, com grande determinação, pessoas influentes na política e na economia; pessoas até então consideradas intocáveis. A magistratura tinha finalmente feito o que, nos últimos anos, não se atrevera a fazer, senão esporadicamente: perseguir os ricos e poderosos. Todos são iguais perante a lei. Esta foi a mensagem, no fim das contas, positiva e inebriante (para a opinião pública majoritária), que facilmente se associava à iniciativa dos magistrados milaneses. Mas a isto se conectavam aspectos negativos e preocupantes que, anos mais tarde, podemos compreender com maior clareza¹².

O primeiro entre estes aspectos negativos, a crise e, pode dizer-se, o declínio do garantismo de marca progressista. A experiência da Mãos Limpas teve o estranho e paradoxal efeito de transformar os velhos garantistas em reacionários e os velhos reacionários em garantistas. A *intelligentsia* liberal e progressista, desde sempre alinhada, naturalmente, em favor dos direitos individuais no processo penal, foi induzida a tomar partido da acusação e se pôs, sem hesitação, ao lado do Ministério Público, contra os políticos corruptos, percebidos como representantes de um mundo conservador destinado a um inglorioso declínio. Em contrapartida, os expoentes da cultura conservadora descobriram o garantismo, no momento em que muitos de seus homens terminaram sob inquérito; mas, tratava-se de um garantismo “interesseiro”, que pareceu pouco sincero e privado do idealismo iluminista que era uma característica típica do garantismo progressista. Ninguém, na Itália, com muito poucas exceções, que não fizeram notícia, poderia ser dito um verdadeiro garantista, depois da Mãos Limpas¹³. Este foi um dos frutos mais amargos daquela experiência, do qual ainda hoje sofremos o reflexo no plano jurídico-cultural.

11 Esta é a opinião prevalente no jornalismo da direita italiana, em numerosos artigos de jornais polémicos contra o superpoder da magistratura experimentado durante a experiência da Mãos Limpas. Exemplar, a este respeito, a opinião manifestada por L. Amicone, na entrevista ao magistrado Carlo Nordio (*Processo al processo. L'insostenibile strapotere di noi pubblici ministeri*), publicada em <http://www.tempi.it/processo-al-processo-insostenibile-strapotere-di-noi-pm#.V3ZDW45Uvqs>.

12 Para um relato atento e equilibrado sobre os aspectos também negativos da Mãos Limpas, veja-se Nelken, 1997: 596 ss.

13 Uma exceção é representada por uma organização dos advogados criminalistas – *l'Unione delle Camere penali Italiane* – que buscou contrastar a involução inquisitória do nosso sistema processual, contribuindo

O outro efeito negativo está – em nossa opinião – no curto-circuito entre política e justiça que a investigação milanesa acabou por provocar. Subitamente, ficou claro que para minar um governo, uma administração local, um líder de partido, a acusação criminal era um meio muito mais rápido e eficaz do que uma longa e cansativa batalha travada com as armas da política. Descobriu-se, em outras palavras, que o processo judicial era muito mais direto e letal do que o confronto e a diatribe eleitoral. Daí o uso anômalo e distorcido do processo penal como arma política, que, desde então, tem caracterizado cada vez mais a arena política na Itália. Um costume não apenas italiano, pode dizer-se, dada a dramática experiência que o Brasil vive nos dias de hoje.

Aquele curto-circuito teve um ulterior efeito preocupante: a criação de um vácuo de poder, sempre perigoso em um estado democrático, exposto ao risco – percebido pela prevalente opinião pública como uma oportunidade – de que o vazio seja preenchido por homens “fortes”, de inspiração autoritária, que estariam “naturalmente” ao lado do povo. É um risco que a Itália correu com a aventura berlusconiana, que durou cerca de vinte anos. Se não houve submissão às pulsões autoritárias – apesar de presentes em algumas forças políticas dos governos liderados por Silvio Berlusconi – isto se deve essencialmente à inclusão do Estado italiano no contexto político-constitucional europeu: seja o pertencimento à União Europeia, seja a adesão ao Conselho da Europa, com o vínculo que daí deriva em relação à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, agiram como fatores determinantes para evitar tendências não liberais.

Nisto, verifica-se uma significativa diferença entre o vácuo de poder experimentado na Itália, em 1994, e aquele que está sendo produzido como resultado da Operação Lava Jato. O Estado brasileiro tem menos vínculos internacionais do que aqueles que (afortunadamente) condicionaram e tem condicionado a soberania italiana. Limitando-se a um par de exemplos, os efeitos positivos sobre a liberdade dos cidadãos italianos das decisões emitidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos são significativos e sérios para os Estados-membros do Conselho da Europa. Não tanto como nos parece que se possa dizer das decisões proferidas pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos sobre o destino dos cidadãos brasileiros. E um discurso análogo vale para as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, chamadas a dar prevalência

de maneira significativa à reforma constitucional apelidada de “justo processo”. Instituída em 1982, *l'Unione delle Camere penali Italiane* conta com aproximadamente oito mil associados.

ao direito da União sobre as normativas de cada Estado. A sua jurisprudência, inspirada nos princípios insculpidos no Tratado de Lisboa, a partir da tutela “da dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito aos direitos humanos” (art. 2º do Tratado citado).

Acrescente-se que o uso frequente do processo penal como meio para se livrar de um adversário político altera de maneira perigosa a relação entre a classe política e a magistratura: cada iniciativa da primeira dirigida a interferir com as atividades da segunda tende a ser interpretada como obstáculo à apuração de verdades incômodas para a parte política posta à mira. Por outro lado, iniciativas conscienciosas da magistratura em relação aos políticos, durante as campanhas eleitorais ou em momentos delicados de suas carreiras, muitas vezes surgem como perseguição destinada a favorecer os adversários.

Todos os atores do sistema foram enfraquecidos: acaba a confiança no Judiciário, quando se suspeita de sua instrumentalização para fins políticos; deteriora-se o relacionamento com a classe política, quando o político posto sob investigação é descrito e tomado como o representante de uma “casta” que, contando com a força derivada do sufrágio eleitoral, não suporta os entraves resultantes da iniciativa judiciária que o envolve.

A desconfiança na magistratura pode desenvolver-se e crescer também em consequência de outro conflito além daquele tratado no parágrafo precedente. A experiência da Mãos Limpas – como mencionado – terminou por alterar, ao ponto de se tornar patológica, a relação entre a magistratura e a advocacia. O processo penal deveria ser o lugar onde os conflitos, sejam sociais, sejam interpessoais, são enfrentados no plano de uma cívica e complexa disputa argumentativa, com respeito aos papéis que cada sujeito desempenha. Nos últimos anos, no entanto, com frequência, a cena processual se torna lugar de furioso confronto, onde acusação e defesa se acusam mutuamente de abusar dos direitos ou das faculdades a elas atribuídas pela lei processual e onde o juiz luta para dar a imagem de imparcialidade essencial para que o exercício da jurisdição penal possa ser percebido e aceito como “justo”. Sobre este terreno, há muito trabalho a ser feito, pelo menos na Itália. Muitas desconfianças, manifestadas publicamente nos processos da Mãos Limpas, nas relações entre defensores e acusadores, precisam ser superadas.

E nem mesmo se pode dizer que a exemplar experiência vivida no biênio 1992-1994 tenha servido para erradicar o fenômeno da corrupção política. Estão agora em curso, na Itália, centenas de processos judiciais contra empresários acusados de pagar políticos para ter em troca favores de todo tipo. Algumas

investigações recentes revelaram práticas de malfeitos em que os protagonistas eram ainda os mesmos que tinham sido julgados e condenados na época da Mãos Limpas.

O governo correu para se proteger, criando (em 2014) uma autoridade especial (*Autorità Nazionale Anticorruzione*) com a tarefa de prevenir práticas inidôneas através de um estreito monitoramento dos contratos públicos e atividades empresariais financiadas com fundos estatais ou regionais: sinal de que a repressão se mostrou totalmente inadequada para lidar com um fenômeno criminoso capaz de se regenerar em formas sempre diversas e insidiosas.

Piercamillo Davigo, um dos magistrados do *pool* investigativo da Mãos Limpas, recém-eleito presidente da Associação Nacional de Magistrados, traçou um balanço deprimente da experiência, admitindo, essencialmente, o fracasso. Numa entrevista publicada em abril de 2016, num jornal italiano, quando perguntado se a situação hoje (no que diz respeito à disseminação de práticas de corrupção) é a mesma dos anos 90, Davigo responde seco: “É pior do que então. É como aquela anedota inventada sob o fascismo. O governante da província chega a uma pequena cidade e a encontra infestada por moscas e mosquitos; queixa-se ao prefeito: ‘Aqui não se faz a batalha contra as moscas?’. ‘A fizemos – diz o prefeito. Só que as moscas venceram’. Pois, na Itália, venceram as moscas. Os corruptos”¹⁴.

14 *Corriere della sera*, 16 de abril de 2016. O texto da entrevista pode ser lido em: http://www.corriere.it/politica/16_aprile_22/davigo-politici-continuano-rubare-ma-non-si-vergognano-piu-86ad1ea2-07f3-11e6-baf8-98a4d70964e5.shtml.

BIBLIOGRAFIA

- BARBACETTO, G., GOMEZ, P. & TRAVAGLIO, M.
 2012 *Mani pulite. La vera storia 20 anni dopo*, Chiarelettere, Milão.
- BECCARIA, A. & MARCUCCI, G.
 2015 *I segreti di Tangentopoli. 1992: l'anno che ha cambiato l'Italia*, Newton Compton Editores, 2015.
- BELLU, G. M. & BONSAANTI, S.
 1993 *Il crollo. Andreotti, Craxi e il loro regime*, Roma-Bari: Laterza
- COLAPRICO, P.
 1996 *Capire Tangentopoli. Un manuale per capire, un saggio per riflettere*, Milão: Il Saggiatore.
- COLARIZI, S. & GERVASONI, M.
 2006 *La cruna dell'ago. Craxi, il partito socialista e la crisi della Repubblica*, Roma-Bari: Laterza.
- CRAZI, B.
 2014 *Io parlo e continuerò a parlare. Note appunti sull'Italia vista da Hammamet*, Milão: Mondadori.
- DAMILANO, M.
 2012 *Eutanasia di un potere*, Roma-Bari: Laterza.
- DAVIGO, P. & SISTI, L.
 2012 *Processo all'italiana*, Roma-Bari: Laterza.
- DI PIETRO, A.
 2000 *Intervista su Tangentopoli*, organizzato per G. Valentini, Roma-Bari: Laterza.
 1999 *Memoria. Gli intrighi e i veleni contro "Mani pulite"*, Milão: Kaos Edizioni.
- FERRAJOLI, L.
 2011 *Poteri selvaggi, La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari: Laterza.
- GIGLIOLI, P., CAVICCHIOLI, S. & FELE, G.
 1997 *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*, Bolonha: Il Mulino.
- GUARNIERI, C.
 2003 *Giustizia e politica. I nodi della seconda Repubblica*, Bolonha: Il Mulino.
 2007 *Judicial Politicization*, in *Encyclopedia of Law and Society*, Londres: SAGE, pp. 1025 – 1029.
- 2015 *I protagonisti del processo penale: i magistrati*, in *Il diritto penale fra scienza e politica*, Bolonha: Bononia University Press, pp. 209-218.
- MONCALVO, G. & DI PIETRO, A.
 1992 *Il giudice terremoto, l'uomo della speranza*, Ferrara: Edizioni Paoline.

NELKEN, D.

1997 *Il significato di Tangentopoli: la risposta giudiziaria alla corruzione e i suoi limiti, in Storia d'Italia, Annali vol. XIV, Legge, diritto, giustizia*, Turim: Einaudi, p. 596 ss.

ORLANDI, R.

1996 “Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell’inquisitio generalis?”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 568 ss.

PASQUINO, G.

2013 *Finale di partita. Tramonto di una repubblica*, Milão: Università Bocconi.

TEODORI, M.

1994 *Ladri di democrazia. Dalla P2 a Tangentopoli. Il malaffare politico che ha portato alla fine della Repubblica*, Nápoles: Pironti Editore.

O JORNALISTA ASSISTENTE NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

*Antonieta Arcoverde Nóbrega**

ABSTRACT: The constitution of journalists as assistants in criminal proceedings is a common practice in Portugal, giving rise, oftentimes, to scandals promoted by these professionals by publishing acts and evidence from the files. The role of the assistant in criminal proceedings is solely to assist the State Prosecutors in the investigation and prosecution, requiring evidence and promoting procedural acts. This is not usually done by journalists who access the case with outside interests. For this reason, and due to the incompatibility of the journalist's work roles with the principles and safeguards governing criminal proceedings, it is argued that journalists as such have no legitimacy to become an assistant in criminal proceedings.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O exclusivo interesse na obtenção de informação processual para uso midiático – caso polêmico. 3. O assistente – sua posição processual, legitimidade e relevância. 4. Mídia e processo penal – dialética conciliável? 4.1. Liberdade de crônica, liberdade de expressão e direito à informação – há limites? 4.2. Segredo de justiça interno e externo – qual a extensão? 5. O jornalista assistente no processo penal português – legitimidade em outra perspectiva. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A legitimidade para habilitar-se assistente no processo penal português excede da pessoa do ofendido, chegando a alcançar qualquer pessoa, nos casos em que o bem jurídico a ser protegido é do interesse público ou da coletividade.

Nesse passo, há polêmica acerca da atuação do assistente, eis que sua constituição nem sempre visa contribuir com o desenrolar da acusação, mas busca,

* Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela FDUL e Juíza de Direito no Estado da Paraíba, Brasil, desde 1998. O presente artigo reproduz o texto do relatório de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa na unidade curricular de Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes. O texto apresentado é de exclusiva responsabilidade da autora.

em alguns casos, atendimento de interesses pessoais, exteriores ao processo, como, por exemplo, o acesso à prova dos autos, para divulgação através da mídia, como é feito por alguns profissionais da comunicação social.

Surge, então, o problema central deste trabalho: é legítimo ao jornalista constituir-se assistente no processo penal com finalidade exterior ao processo, designadamente para divulgar fatos e provas na mídia?

Tendo em vista a elucidação da questão central, percorrem-se alguns caminhos que perspam por questões correlatas ao tema, investigando-se, então: qual a legitimidade e a finalidade da constituição de assistente nos processos para apuração de crimes em que qualquer pessoa pode habilitar-se a intervir, nos termos do art. 68.º, n.º 1, al. e), do Código de Processo Penal (CPP)? Há limites ao direito de crônica, mesmo que o processo seja público? Sendo o segredo de justiça excepcional, pode ser excepcionado quando decretado no caso concreto, em razão do direito à informação?

Assim, inicia-se esta investigação com um caso polêmico, colacionando, inclusive, artigo publicado em periódico de grande circulação, no qual um jornalista declara as razões que o motivaram a se habilitar assistente no processo do caso Freeport.

No segundo capítulo, trata-se do regime jurídico, posição processual e da importância do assistente, esmiuçando-se os fundamentos legais para a legitimidade dessa constituição no processo pátrio.

No terceiro capítulo, busca-se conformar a dialética entre a publicidade do processo penal, com sua restrição nos casos em que cabe a decretação do segredo de justiça, e os direitos fundamentais que afetam as atividades dos jornalistas, seja por parte da mídia ou do público.

Tal abordagem, embora não se confunda com a questão central do trabalho, deve ser tida, como meio de compreender os direitos fundamentais que permeiam o universo em que se dá a conflituosa atuação do jornalista como assistente no processo penal, a partir do estudo da amplitude da publicidade que pode ser dada ao processo e dos direitos que resguardam o profissional da mídia e a própria sociedade, em relação à matéria deduzida em juízo.

Por fim, no quarto capítulo é feita uma abordagem crítica acerca da constituição de jornalistas como assistentes em processos penais, ante a evidente e exclusiva finalidade de ter acesso aos autos e sua prova, para divulgar através da mídia e a incompatibilidade desse interesse com as obrigações do sujeito processual. Nesse ponto, necessário o cotejo entre alguns pontos do estatuto do assistente com o do jornalista, notadamente acerca das respetivas atribuições.

A conclusão consubstancia-se no entendimento esposado pela autora acerca do problema da constituição de jornalistas como assistentes no processo penal português, no que tange à legitimidade para tal, sob o prisma da legalidade e da constitucionalidade, das questões postas.

2. O EXCLUSIVO INTERESSE NA OBTENÇÃO DE INFORMAÇÃO PROCESSUAL PARA USO MUDIÁTICO – CASO POLÊMICO

Utilizando-se do permissivo legal que legitima qualquer pessoa a constituir-se assistente no processo penal para apuração de crimes do interesse público, jornalistas portugueses têm insistentemente se habilitado nesses processos, com o fim exclusivo de obter informações constantes dos autos para publicá-las através dos veículos de comunicação em que trabalham.

Casos como o do Freeport, da Casa Pia e, mais recentemente, o da Operação Marquês, são exemplos emblemáticos dessa prática.

No caso Freeport, por exemplo, um dos jornalistas que se habilitaram nos autos publicou texto de seguinte teor:

“Sou assistente no processo Freeport e sê-lo-ei noutros

Pelo que se ouve e lê, há por aí algumas pessoas incomodadas pelo facto de o autor destas linhas, jornalista do PÚBLICO, se ter constituído assistente no processo Freeport e, ainda por cima, permitir-se escrever sobre esse tão peculiar tema. Pois bem, sobretudo para esclarecimento dos leitores deste jornal que possam ter dúvidas sobre o assunto, aqui deixo as minhas razões. Pedi à Direcção do PÚBLICO, no ano passado, que me autorizasse a requerer a minha constituição como assistente naquele processo, com um objectivo claro, único e exclusivamente profissional: garantir a obtenção, de forma legal e transparente, de informação consistente sobre um assunto de indiscutível interesse público. Não o fiz com a finalidade, que seria perfeitamente legítima a qualquer cidadão, mas que entendo ser incompatível com as minhas obrigações deontológicas, de intervir no processo graças ao estatuto de assistente. Não o fiz para me tornar parte interessada na investigação, para contribuir com informações, requerimentos de diligências ou com uma acusação particular. Não o fiz para recolher e divulgar informação que estivesse em segredo de justiça, a que aliás não tive nem podia ter acesso pelo facto de ser assistente no processo. Fi-lo porque ando há muitos anos nisto e conheço como as palmas das minhas mãos as obstruções, os expedientes legais, mas também ilegais, a que muitas vezes os agentes do sistema judicial (e não só) recorrem, conscientemente ou apenas por rotina burocrática, para impedir o acesso dos

jornalistas, nalguns casos apenas de alguns jornalistas, à informação que temos direito e obrigação de obter e divulgar. Fi-lo porque já muitas vezes vi ser-me recusada informação, por exemplo um despacho judicial, que não está em segredo de justiça, que me devia ser entregue sem qualquer hesitação e que no dia seguinte vejo escarrapachado no jornal ou na televisão do lado. *Fi-lo para poder informar prontamente os leitores do PÚBLICO e para dar o meu contributo a uma das mais nobres missões do jornalismo: a fiscalização dos poderes públicos.* Fi-lo também porque nunca pactuei com os esquemas promíscuos e indiscutivelmente condicionantes da liberdade de informação que vigoram em muitos meios, onde os jornalistas se transformam numa espécie de moços de recados dos detentores de informação de natureza pública, nomeadamente políticos, magistrados, polícias e titulares de cargos públicos. Não faz qualquer sentido a existência de uma espécie de mercado em que a informação que devia estar disponível ao mesmo tempo para todos os profissionais que a tratam e divulgam seja passada, por baixo da mesa, a interlocutores privilegiados, a troco do tratamento conveniente ou de harmonia com estratégias e agendas ocultas – ou nem isso. Mas enquanto for assim só há uma maneira de fugir a esses esquemas e poder continuar a trabalhar, a informar: é malhar contra a opacidade dos poderes, chatear, chatear muito; fazer perguntas escritas e exigir respostas escritas, às dezenas por mês; requerer consultas de documentos e processos; apresentar queixas à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, aos tribunais, onde for preciso, sempre que a informação não venha. Fora isso, há os casos excepcionais, aqueles que pela sua delicadeza e relevância pública exigem atitudes igualmente excepcionais. É o caso do processo Freeport.

Tornei-me assistente para garantir que a informação chegaria aos leitores do PÚBLICO. E voltarei a fazê-lo quando o julgar necessário.”

*José António Cerejo*¹.

Percebe-se do artigo acima transcrito que seu subscritor, em tom de declaração, reconhece que não se constituiu assistente no processo penal para colaborar com a investigação ou com a acusação, mas o fez com o fim precípuo de obter informações para repassar ao leitor do sistema de comunicação para o qual escreve.

¹ Disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/opinio-sou-assistente-no-processo-freeport-e-seloei-noutros-1449778>, publ. 2/8/2010 às 19:15h (original sem destaques).

A partir dessas declarações surgem diversos questionamentos que passam pela esfera de direitos fundamentais como os direitos de informar e de ser informado, a liberdade de crônica e a liberdade de expressão, além da proteção legal da personalidade, com os meandros do segredo de justiça e da publicidade processual, até se perquirir sobre a função normativa dos sujeitos processuais, nomeadamente a do assistente, e sobre sua compatibilidade, ou não, com a atividade do jornalista.

As atribuições do assistente no processo penal português se encontram muito bem delineadas no art. 69.º CPP, não havendo hipótese de constituição com finalidades outras.

Nesse prisma, em face dos recorrentes casos em que jornalistas se constituem assistentes com finalidade exterior ao processo penal, surge o questionamento acerca da legitimidade dessas habilitações, à luz do que preceituam os arts. 68.º e 69.º CPP português. É o que se pretende deslindar nas próximas linhas.

3. O ASSISTENTE - SUA POSIÇÃO PROCESSUAL, LEGITIMIDADE E RELEVÂNCIA

A proatividade do ofendido na ação penal tem ganhado espaço na legislação processual moderna, seja de forma autônoma, nos casos em que a ação é privada, ou como auxiliar na ação pública. Presente nos ordenamentos processuais penais de diversos países, o assistente é, em geral, auxiliar do Ministério Público – doravante também chamado MP – na defesa de interesses que o afetem, como ofendido ou sucessor deste.

A atuação do assistente tem especial relevância no processo penal, visto que se propõe a coadjuvar o órgão acusador na produção da prova e no acompanhamento dos atos processuais, sobretudo nos sistemas e hipóteses em que a ação é pública.

No Brasil, seguindo a clássica função dessa figura jurídica, o assistente é sempre o ofendido, seu representante legal ou sucessor, tendo como função auxiliar o MP na acusação dos crimes de ação pública e, secundariamente, garantir interesses reflexos quanto a pretensa indenização civil, somente podendo se habilitar na fase judicial do processo². Cabe ao assistente, por meio de seu advogado, propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, participar do debate oral e arrazoar recursos acompanhando o MP, ou, nos casos

2 Mirabete, 2003: 687. As atribuições do assistente no processo penal brasileiro se encontram dispostas no art. 271 CPP.

submetidos ao Tribunal do Juri e naqueles em que for decretada a prescrição ou extinta a punibilidade do acusado, poderá recorrer por ele próprio.

Outro modelo é adotado na Espanha e na Argentina, onde o ofendido figura nos autos como acusador particular ou *querelante particular*, podendo impulsionar o processo, oferecer elementos de convicção, argumentar sobre a prova e recorrer, nos casos previstos em lei. Tal figura, em ambos os países, não se confunde com o *actor civil*, ao qual cabe, exclusivamente, deduzir a pretensão de ressarcimento dos danos civis emergentes do delito, afigurando-se como parte contingente no processo penal.

Acepção diversa é dada na França, em cujo processo penal a vítima pode intervir como parte civil, *partie civile*, deduzindo na esfera criminal também a matéria civil, sem, contudo, ter direito autônomo de recurso, sequer para proteção do seu patrimônio.

Na Itália, por sua vez, o ofendido apenas figura como parte civil, sem qualquer intervenção ou oportunidade de participação no processo penal, o que termina por ser muito criticado, até mesmo por se considerar que, na esfera civil ou administrativa, sofrerá as consequências vinculantes do processo penal do qual não tem o direito de tomar parte³.

A doutrina alemã, de outra banda, considera a atuação da vítima assistente no processo penal como litisconsórcio necessário para o acusador público, e voluntário, para o acusador particular⁴, podendo atuar, inclusive como substituto processual, nos casos em que deseje impugnar algo ou recorrer, em desarmonia com o Ministério Público⁵.

Assim, apesar de algumas semelhanças, não se verifica na legislação estrangeira qualquer precedente que se equipare à figura do assistente com a extensão conferida no Direito Processual Penal português, como destacado por Silva Dias⁶, nos moldes que se verá a seguir.

Não obstante seja definido no art. 69.º CPP português como mero colaborador do MP, a cuja atividade fica subordinada sua atuação, salvas as exceções legais, percebe-se que o assistente por aqui vai muito além desse papel de auxiliar,

3 Comentários acerca da atuação do assistente na Espanha, Argentina, França e Itália retirados de: Petek, 2011: 123-135.

4 Marques, 2000: 52.

5 Petek, 2011: 126.

6 Silva Dias, 2004: 55. No mesmo sentido: Cunha, 1995: 153.

caracterizando-se, na verdade, como autêntico sujeito processual, conforme bem explicitado por Sousa Mendes⁷ e grande parte da doutrina.

Sua constituição pode se dar desde as fases preliminares do processo penal, como o inquérito, sendo-lhe facultado oferecer provas e requerer diligências, até a dedução de acusação, independente do MP, o requerimento de abertura de instrução e a interposição de recurso das decisões que lhe digam respeito, nos moldes do art. 69.º, n.º 2, als. *a*), *b*), *c*) c/c art. 284.º, n.º 1; art. 285.º, n.º 1 e art. 287.º, n.º 1, al. *c*), todos do CPP.

A constituição como assistente opera-se por despacho fundamentado do juiz, depois de ouvidos o MP e o arguido acerca do requerimento do interessado, podendo se dar em qualquer fase do processo, através de pedido formulado ao magistrado até cinco dias antes do início dos debates instrutórios ou da audiência de julgamento⁸.

Note-se que o assistente será sempre representado por advogado, sendo um só advogado para todos os assistentes, cabendo ao juiz decidir acerca do advogado, quando houver divergência entre os assistentes, excetuando-se dessa regra os casos em que sejam vários os crimes apurados, hipótese na qual os assistentes podem constituir um advogado para acompanhar de cada crime⁹.

Mister destacar que a ação penal é pública e seu titular é o MP, motivo pelo qual o assistente é definido em lei como colaborador. No entanto suas atribuições vão muito além do papel de coadjuvante, pois, na verdade, tem capacidade autônoma que lhe permite divergir do órgão acusador oficial; acusar por fato diverso daquele da acusação oficial; requerer abertura de instrução quando o MP assim não fizer e pedir o arquivamento do inquérito; requerer julgamento com intervenção do júri¹⁰ e interpor recurso das decisões que o afetem, mesmo que o MP não o tenha feito ¹¹.

7 Sousa Mendes, 2014a: 133. Grande parte da doutrina também é no sentido de que o assistente é verdadeiro sujeito processual, a exemplo de: Antunes, 2016: 47, Silva, 2010: 355.

8 Silva, 2010: 360-361. Ver art. 68.º, n.º 3, al. *a*) CPP.

9 Silva, 2010: 361. Ver art. 70.º, n.ºs 1, 2, 3 CPP.

10 Cf. art. 13.º, n.º 2 CPP.

11 Sobre os poderes do assistente, que inclusive podem deduzir pretensão autônoma daquela do MP: Silva Dias, 2004: 55. Acerca da interpretação do termo “decisões que o afetem”, que confere legitimidade ao assistente para recorrer, tem-se que significa dizer decisão contrária à posição por ele adotada nos autos e não que contrarie interesse pessoal seu, posto que o processo penal trata de interesses públicos, conforme: Silva, 2010: 365.

Para Cunha¹² somente se justifica definir o assistente como colaborador do MP porque depois de fixado definitivamente o objeto do processo, com a dedução da acusação, ele passa a ter atuação subordinada à do MP, destinatário último de seus atos, seja por via dos atos estimulantes da atividade do órgão acusador público ou de controle de sua atividade. Destaca o Autor, por outro lado, que na fase do inquérito a atuação do assistente é mais intensa e desvinculada do MP, contribuindo efetivamente para a delimitação do objeto do processo.

Registre-se, por oportuno, que a subordinação do assistente ao MP não se consubstancia em subserviência ou necessária concertação de posições, mas, importa dizer que o assistente contribui para que os interesses confiados ao MP através da ação penal sejam mais eficazmente realizados¹³.

Vê-se, dessarte, que o assistente tem ampla atuação no processo penal português, merecendo análise acurada de alguns pontos de maior relevância para o presente estudo, nomeadamente, acerca de quem tem legitimidade de constituir-se para o mister.

Nesse aspecto é que o processo penal pátrio se diferencia dos demais sistemas conhecidos, posto que a legitimidade para se constituir assistente ultrapassa a pessoa do ofendido e seus sucessores, chegando a alcançar *qualquer pessoa*, nos casos previstos em lei, que envolvem o interesse público.

Percebe-se logo do art. 68.º, n.º 1, al. a) CPP, que, embora a jurisprudência dominante restrinja o conceito de ofendido ao titular do interesse direta, imediata e predominantemente protegido pela incriminação, o legislador, ao tutelar o *interesse que a lei especialmente quis proteger*, permite, em consonância com a melhor doutrina, um alargamento desse conceito, baseado nos modernos parâmetros da vitimologia, com ampliação da participação processual da vítima, servindo o processo como autêntico meio de pacificação social¹⁴.

Interessante notar que acaso o ofendido pretenda intervir no processo, impõe-se sua habilitação como assistente, mesmo nos casos em que o procedimento dependa de queixa ou acusação particular¹⁵, hipótese em que, findo o inquérito, o MP notifica-o para, querendo, deduzi-la e, não o fazendo o assistente,

12 Cunha, 1995: 156-157.

13 Cunha, 1995: 153 ss.

14 Silva Dias, 2004: 56-57.

15 Silva, 2010: 355.

será extinto o procedimento¹⁶. Acaso não se constitua assistente, o ofendido poderá participar do processo, mas sem intervenção direta, como preceitua o art. 67.º-A, n.º 5 CPP, cabendo-lhe o direito de colaborar com as autoridades policiais ou judiciárias, prestando informações e facultando provas, ou ainda, podendo ser arrolado como testemunha, a critério dos sujeitos processuais.

Frise-se, igualmente, que o lesado, ou seja, a pessoa que sofreu dano secundário decorrente do crime, não poderá integrar o processo como assistente, a não ser que seja também ofendido, caso contrário, apenas figurará como parte civil, para efeito de deduzir pedido de indenização nesta seara¹⁷.

Registre-se, finalmente, a possibilidade de *qualquer pessoa* se constituir assistente, nos casos que tratam de crimes contra a paz e a humanidade, tráfico de influência, favorecimento pessoal praticado por funcionário, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação econômica em negócio, abuso de poder e fraude na obtenção de subsídio ou subvenção, nos termos do art. 68.º, n.º 1, al. e) CPP¹⁸, que neste trabalho ficam todos englobados na designação genérica de crimes do interesse público, para evitar enfadonhas repetições da longa lista de crimes acima enunciada.

Inevitável o questionamento acerca de ser ou não qualquer pessoa, nos termos do art. 68.º, n.º 1, al. e) CPP, contemplada no conceito de ofendido previsto na alínea a), do mesmo artigo e número, investigando-se os motivos que levaram o legislador a alargar em tal magnitude a legitimidade para o instituto da assistência.

Em recente decisão, proferida aos 18 de novembro de 2015, o Tribunal da Relação de Coimbra¹⁹ diferenciou esses conceitos, pontuando que o conceito de ofendido recepcionado pelo Código Penal, art. 113.º, n.º 1, com base no qual se confere a legitimidade para constituir-se assistente à luz do art. 68.º, n.º 1, a) CPP, é o conjunto de pessoas a quem a lei quis especialmente proteger com a incriminação, e não, o conceito lato de ofendido disposto no direito civil. No mesmo sentido, o Acórdão do STJ, n.º 1/2003²⁰.

16 Silva, 2010: 281 e 351. Ver art. 285.º, n.º 1 CPP.

17 Silva, 2010: 355, 360, 364.

18 Afora os casos de intervenção como assistente com fulcro no art. 68.º, n.º 1, al. e) CPP, existem também dispositivos legais que prevêm a Ação Popular e outras hipóteses de participação de pessoas que não cabem no conceito estrito de ofendido, em legislação extravagante, como prelecionam Antunes, 2016: 50-51 e Silva, 2010: 366 ss.

19 TRC, Rec. Crim. n.º 839/13.7TAGRD-A.C1, Rel.: Vasques Osório, de 18/11/2015.

20 Silva Dias, 2004: 62.

Há que se reconhecer, então, que a habilitação de qualquer pessoa como assistente no processo penal português não se dá pela elasticidade no conceito de ofendido, mas, em razão do interesse público envolvido nos crimes enumerados em lei, face à relevância do bem jurídico tutelado nesses tipos penais específicos. Conclui-se, pois, que o objetivo da lei com essas habilitações resume-se em política criminal que visa uma maior transparência na administração da justiça e um combate mais eficaz a certas formas de criminalidade²¹.

Não se pode olvidar, há tendência para o alargamento do conceito de ofendido, para efeito do art. 68.º, n.º 1, al. a) CPP, conforme já mencionado, com posições firmadas pela jurisprudência e defendida por respeitadas doutrinas, a exemplo de Silva Dias²², o que já é suficiente para atender à necessidade de intervenções privadas no processo penal, não havendo motivo razoável para outras hipóteses.

Ora, conforme destaca Silva²³, a lei não exige sequer que a pessoa de que trata a alínea e), do n.º 1, art. 68.º CPP, seja cidadão português, sendo suficiente que tenha capacidade para estar em Juízo. Assim, difícil vislumbrar que tipo de colaboração com a acusação poderia proporcionar, por exemplo, pessoa estrangeira, mormente quando residente fora de Portugal, que justificasse seu interesse processual.

Nesse norte, difícil compreender o interesse processual de *qualquer pessoa*, para participar de um processo penal, ainda que como auxiliar do MP, mas com *status* de sujeito, se a sua atuação pode e deve ser absorvida pela própria atividade inerente ao órgão acusador público.

Ademais, para os casos em que a coletividade é atingida em virtude de crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos e de altas funções públicas, já existe a Ação Popular, com amparo na Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, e o dispositivo do art. 41.º, da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, em que cidadãos e

21 Silva Dias, 2004: 60, 62. O Autor aduz à p. 62 que nesse mesmo sentido se pronuncia o Acórdão do STJ n.º 1/2003. Já Silva, 2010: 358-359, afirma que o instituto *justifica-se pelo desejo de obter a colaboração de todos na deteção e processamento de tais crimes*. Ainda, o Ac. STJ n.º 1/2003 encontra-se como fixação de jurisprudência em: Sousa Mendes, 2014: 257-282.

22 Com precisão e acertadamente, Silva Dias defende o alargamento do conceito de ofendido para os fins do art. 68.º, n.º 1, al. a) CPP, demonstrando as razões pelas quais não pode prevalecer uma interpretação restritiva, em um mundo jurídico com a moderna vitimologia, os atuais conceitos de bem jurídico tutelado, sobretudo o de interesse difuso, e o sistema de instrução facultativa do processo penal. Por outro lado, o referido Autor se acosta à posição crítica de Damião Cunha em relação à figura do assistente prevista no art. 68.º, n.º 1, al. e) CPP, principal alvo deste trabalho – p. 60. Em: Silva Dias, 2004: 57-61.

23 Silva, 2010: 359.

entidades ofendidas têm legitimidade para promover a ação contra o detentor do cargo, bem como se constituir assistente no respectivo processo²⁴. Note-se que nesses casos a intervenção é justificada pelo fato de ser a entidade ou o cidadão ofendido, no crime apurado.

Percebe-se, diante de todo o exposto, a importância da atuação do assistente, notadamente quando se trata do ofendido, que dispõe de meios para colaborar efetivamente com o esclarecimento dos fatos, auxiliando para que o processo atinja o seu objetivo consubstanciado na realização da lei através decisão justa²⁵.

4. MÍDIA E PROCESSO PENAL – DIALÉTICA CONCILIÁVEL?

O processo penal é público e essa é uma importante garantia para o visado e para a credibilidade do sistema de justiça, não podendo, contudo, essa publicidade ser confundida com banalização da criminalidade ou desrespeito à moral e à dignidade dos sujeitos processuais, através da dramatização dos fatos deduzidos nos autos e do sensacionalismo desvirtualizador da realidade judicial²⁶.

A imprensa livre e independente tem papel de extrema importância na democracia e não deve ser confundida com espionagem ou outras atividades que tenham por fim dismantelar o estado ou sua ordem. Ao contrário, ela traz à tona situações que muitas vezes são ocultadas por interesses escusos, mas que devem ser reveladas para a garantia do estado de direito democrático²⁷.

A informação é, sem sombra de dúvida, direito de todos e pilar da democracia. Contudo, há que se ponderar que nem toda informação chega ao público de forma revestida de legalidade, e mais, nem toda informação levada a público se consubstancia na verdade dos fatos, inclusive daqueles levados à esfera dos Tribunais.

Em um mundo no qual imperam a liberdade de expressão e a liberdade de crônica, não se pode exigir da imprensa menos que informação verdadeira, adquirida através de fontes credíveis, com críticas aceitáveis nos limites da reserva da privacidade e do respeito à moral, ainda que esta seja mitigada nos casos em que a notícia é sobre personalidades públicas. Além disso, deve-se observar o respeito à administração da justiça, como forma de manter a estabilidade das instituições públicas e preservar o estado democrático de direito.

24 Nesse sentido: Silva, 2010: 367 e Antunes, 2016: 50.

25 Acerca dos fins a que se presta o processo penal: Cunha, 1995: 161.

26 Sobre dramatização, sensacionalismo e desvirtuamento da realidade judicial, *vide* Araújo, 2010: 41.

27 Lederman, 2013: 1-4.

Contudo, há que se reconhecer que frequentemente a mídia extrapola os limites da razoabilidade e publica os atos processuais, até mesmo quando revestidos pelo escudo do segredo de justiça, causando prejuízos ao processo, à credibilidade da justiça e às pessoas envolvidas no caso.

Assim, nas próximas linhas, far-se-á uma revisita a esses direitos e garantias ditos fundamentais e que se correlacionam com o processo penal e com a atividade dos jornalistas, a fim de que se possa melhor compreender a tensão que permeia o papel da mídia em relação ao processo penal.

4.1. Liberdade de crônica, liberdade de expressão e direito à informação – há limites?

Os direitos ou liberdades de crônica, expressão e informação estão alçados, na atualidade, a direitos fundamentais da pessoa humana, com espaço garantido nas constituições da grande maioria dos estados democráticos ao redor do mundo.

Desde a Revolução Francesa, com o surgimento do Iluminismo, o Estado absoluto foi cedendo espaço ao Estado de direito e, a partir da II Grande Guerra, com a reorganização das relações internacionais, estabeleceu-se a essência dos direitos humanos, com os ideais de liberdade, justiça e paz no mundo, materializados através da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948.

A partir desse marco histórico, diz-se que o indivíduo se tornou pessoa humana, enquanto que a liberdade e a dignidade se tornaram paradigmas da civilização, afirmando o Estado de Direito e a Democracia. É, pois, nesse contexto que surgem os direitos fundamentais da atualidade.

Nessa esteira, a informação se converte em bem jurídico capaz de satisfazer a necessidade do saber e influenciar no cotidiano do indivíduo. Essa dimensão se dá em razão de a informação se constituir em um saber genérico, acessível a todos, e não um saber científico, compartimentado e de acesso restrito.

A informação pelo meio massivo, dessarte, é bem de interesse jurídico, na medida em que tem papel formador no saber do homem médio, capaz de influenciar suas decisões para o próprio destino, o da sua família, a escolha do partido político e da religião, que se refletem na sociedade em que vive²⁸.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em seu art. 10.º, e a Constituição da República Portuguesa (CRP), art. 37.º, garantem os direitos de informar, de ser informado e a liberdade de expressão, enquanto que

²⁸ Carvalho, 2003: 210.

a liberdade de imprensa, advem nos artigos seguintes, de ambas as normas – art. 11.º CEDH e art. 38.º CRP. Frise-se, que os três direitos, ou liberdades, são autônomos entre si, embora correlatos, até mesmo por se entrelaçarem na manifestação comunicativa²⁹.

Registre-se que o Direito à informação deve ser compreendido em duas variantes, o direito de informar e o direito reflexo de ser informado. Por isso mesmo, o direito de informar deve ser exercido dentro dos parâmetros da verdade, transparência e imparcialidade³⁰, paradigmas que também devem guiar a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão.

Nesse passo, como destaca Andrade³¹, a liberdade de crônica não pode se distanciar da inocência e autenticidade da comunicação, mantendo-se distante da alienação e da coerção, o que se traduz na verdade, transparência e imparcialidade acima mencionadas, valores que se enrobustecem através da teoria da ação comunicacional de Habermas, que deve ser absorvida pela comunicação social.

Por outro lado, não se pode olvidar que os chamados direitos da personalidade, fundamentais para uma vida digna e livre, também encontram previsão nos sistemas jurídicos modernos, inclusive na seara constitucional.

A legislação portuguesa, em todas as esferas – constitucional, civil e penal –, tem avançado nessa proteção, incluindo nos direitos da personalidade, dentre outros, o direito da reserva da vida privada e da intimidade, o direito à palavra, o direito à imagem, o direito à autodeterminação informacional e o direito ao sossego³².

Depreende-se, daí, que nenhum direito é irrestrito, eis que, toda pessoa é detentora de direitos que, de uma forma ou de outra, findam por limitar os direitos das demais e assim sucessivamente. Isso nada mais é do que o princípio da relatividade dos direitos fundamentais.

No mais, os direitos da personalidade, elencados no art. 26.º, n.ºs 1 e 2 CRP, são hodiernamente considerados corolários da dignidade da pessoa humana, tida como metaprincípio fundamental, que constitui alicerce de toda sociedade

29 Nas palavras de Andrade, 1996: 40, mesmo reconhecendo a “descontinuidade categorial-sistemática e mesmo normativa, que medeia entre a liberdade de imprensa e as liberdades de expressão e informação”, no contexto das sociedades contemporâneas, a liberdade de crônica pode ser vista como “manifestação paradigmática” das outras duas.

30 Carvalho, 2003: 193.

31 Andrade, 1996: 57.

32 Andrade, 1996: 12-15.

livre e democrática, posto que norteia os direitos e deveres da pessoa, bem como a posição do estado perante elas³³.

Ainda, a própria CRP, no art. 37.º, n.º 3, preserva os bens jurídicos protegidos pelo direito criminal, dispondo expresso limite constitucional à liberdade de imprensa e ao direito de informar, ao chancelar a tutela penal para proteção desses bens, em geral atrelados aos direitos da personalidade, como é o caso da honra, imagem, intimidade, e ainda, alguns outros de natureza pública, como é o caso preservação da investigação, da presunção de inocência do arguido e da proteção das vítimas e das testemunhas³⁴.

O resguardo dos direitos da personalidade vai muito além no processo penal, como por exemplo nas chamadas proibições de provas³⁵ que evitam danos muitas vezes irreparáveis à pessoa dos sujeitos processuais e equilibram a paridade de armas entre acusação e defesa³⁶; na presunção de inocência do arguido, ou através da instituição do tipo incriminador do art. 371.º, n.º 1 do Código Penal (CP), para os casos de violação do segredo de justiça.

Com efeito, nos moldes já analisados, a liberdade de expressão e a de imprensa, assim como o direito de informar, devem ser entendidos à luz do art. 335.º do Código Civil (CC), segundo o qual, na colisão de direitos deve-se obedecer ao princípio da ponderação, com conformação da concordância prática para direitos iguais ou de mesma espécie e utilizando-se o princípio da proporcionalidade para resolver os casos em que um direito deve ser sacrificado para a realização essencial de outro de superior magnitude³⁷.

Assim sendo, Costa Pinto³⁸ alerta para o fato de que o direito de informação, assim como as liberdades de expressão e de imprensa, não é ilimitado ou

33 Miranda, 2014: 222.

34 Costa Pinto, 2004: 84-85.

35 Andrade, 1996: 9-10. O Autor destaca que a legislação penal, embora tenha avançado, não pode acompanhar no mesmo ritmo as lei civis e constitucionais acerca do reconhecimento e proteção do direito geral de personalidade, destacando na seara criminal as proibições de prova. Destaca, por fim, que em termos de tutela geral da personalidade, prevalece o preceito: *A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.*

36 Alguns autores não aceitam que se fale em paridade de armas no processo penal português, já que neste não existem partes, *vg.* Maria João Antunes, *apud* Mexia, 2014: 407. Essa teoria não parece a melhor, pois não se pode negar que, apesar da imparcialidade que deve recobrir seus atos, o MP é órgão acusador, cabendo ao arguido defender-se, ainda que ao final, concluindo-se pela absolvição, possa o MP formular pedido absolutório, mas ao longo do processo MP e arguido apresentam-se em posições antagônicas.

37 Matos, 2013: 123.

38 Costa Pinto, 2004: 84.

absoluto, já que seu exercício pode implicar na ofensa a bens jurídicos que, por sua magnitude, merecem a tutela criminal, com proteção garantida pela Lei fundamental.

Por outro lado, Andrade³⁹ adverte para o cuidado que o penalista deve ter para não limitar desmesuradamente a comunicação social, face à proliferação de novas categorias de crime que terminam por constituir uma forma de pressão do poder estatal sobre a imprensa, através de leis penais simbólicas, que surgem como tutela avançada a alguns bens jurídicos, através da criminalização de comportamentos afetos a essa categoria.

Nesse norte, impõe-se refletir acerca da extensão que se deve permitir à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa e ao direito de informar, pois neles também se encontra o direito reflexo de ser informado e, não se pode aceitar da imprensa menos que informações verdadeiras e obtidas de forma amparada em lei, além de revestidas de verdade, ética e moralidade, mormente em razão do papel formador de opinião que detém a mídia e do seu largo poder de alcance popular.

Posto isso, necessário destacar que os princípios da relatividade ou convivência das liberdades públicas e o princípio da ponderação ou harmonização de bens jurídicos devem sempre ser observados na aferição de qual dos direitos fundamentais irá prevalecer em caso de conflito, evitando-se o sacrifício total de um em prol do outro e reduzindo o alcance de um na esfera de proteção do outro, de modo a preservar as finalidades precípuas da constituição e nos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, impor restrições a esses direitos, a fim de que prevaleça o interesse público⁴⁰.

Depreende-se, dessarte, que a liberdade de crônica ou imprensa, assim como a liberdade de expressão e o direito à informação, encontram limites solarmente delineados na Constituição da República Portuguesa, destacando-se, dentre outros, a preservação dos direitos da personalidade, a presunção de inocência e o segredo de justiça, que constituem bens jurídicos igualmente tutelados na esfera constitucional, sobretudo por irem de encontro ao interesse público e contribuírem com a harmonia e a estabilidade das relações sociais em seus múltiplos aspectos, favorecendo a tão almejada paz social.

39 Andrade, 1996: 36-37.

40 Moraes, 2011: 96-97.

4.2. Segredo de justiça interno e externo – qual a extensão?

A publicidade é regra inerente a todo estatuto processual dos estados democráticos, como garantia que ampara não somente a sociedade, mas, também, a credibilidade e a lisura do sistema de justiça e do próprio processo.

Nos exatos termos do n.º 1 do art. 86.º CPP, o processo penal português é público, ressalvadas as exceções previstas em lei, caso em que será decretado o segredo de justiça pelo magistrado, ou, na fase de inquérito, pelo Ministério Público, com necessária validação do juiz.

Exceção a essa regra é o segredo de justiça, que somente deve ser decretado em situações especiais, para garantia da privacidade em casos, como o tráfico de pessoas e os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, ou naqueles casos em que o sigilo se preste a garantir a coleta de prova idônea, nas fases e atos processuais em que seja imprescindível.

O segredo de justiça consagrou-se como garantia constitucional no art. 20.º, n.º 3 CRP, por alteração ditada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro daquele ano, vinculando, desde então, o legislador ordinário à sua emolduração.

Sua natureza jurídica, ao contrário do que parece, não é de direito subjetivo do arguido, eis que extrapola o plano individual de titularidade de direitos, perspassando pelo interesse e pelo dever do estado de promover a eficácia da investigação e a boa administração da justiça⁴¹.

Nesse tom, necessário destacar que o sigilo pode se aplicar a todo o processo, em determinadas fases, ou apenas a algumas peças nele existentes, como nos casos em que se visa garantir a reserva da vida privada do arguido ou de terceiros, podendo o magistrado não somente decretar o segredo de tais peças, como, também, determinar sua destruição ou seu desentranhamento, com entrega à pessoa a quem tal peça diga respeito, conforme art. 86.º, n.º 7 CPP.

Sabe-se que o processo penal português tem estrutura acusatória ditada pelo art. 32.º, n.º 5 CRP, com separação material e funcional absoluta entre órgão acusador e órgão julgador, não obstante os posicionamentos no sentido de que nenhum sistema processual da atualidade é impermeável, havendo quem os classifique quase que na totalidade como mistos⁴².

Seguindo essa linha, o processo penal pátrio tem duas fases bem distintas, a da investigação, tendencialmente secreta enquanto perdura o inquérito, e a

41 Mexia, 2014: 382-383.

42 Sousa Mendes, 2014a: 21-32.

do julgamento, pública por sua própria natureza⁴³, sobretudo no que tange à audiência de publicação da sentença.

Na verdade, o sigilo na fase do inquérito visa garantir a eficácia do princípio da presunção de inocência do investigado; a eficiência da investigação com preservação de certos meios de prova e a proteção de vítimas e testemunhas contra retaliações e vinganças que poderiam advir numa fase ainda tão distante do julgamento, que afinal poderá nem acontecer, como nos casos de arquivamento⁴⁴.

Por tais razões, no inquérito, o segredo de justiça é, via de regra, interno e externo, ou seja, o sigilo é resguardado não somente para o público exterior ao processo, mas também, no que tange a alguns dos sujeitos processuais como o arguido, em alguns casos; o denunciante; o ofendido; as testemunhas e o assistente, nos termos dos arts. 86.º, n.ºs 2, 3, 4, 5; 389.º, n.º 2 e 262.º, todos do CPP.

Nesse contexto, há casos em que o suspeito toma conhecimento, através da mídia, de que está sendo investigado, antes mesmo de ser formalmente cientificado do processo.

Mister esclarecer, entretanto, que apesar da possibilidade de decretação do segredo de justiça interno com relação ao arguido, não fica este totalmente desprotegido em seu direito de defesa, posto que, na forma do art. 86.º, n.º 6, c/c art. 89.º, n.º 1, ambos do CPP, poderá consultar o auto do inquérito, e dele obter cópias, extratos e certidões.

Excelente definição do segredo de justiça relativo à fase do inquérito foi delineada no parecer n.º 121/80 da Procuradoria Geral da República, transcrito por Mexia⁴⁵, no qual se demonstram os graves prejuízos que a divulgação do processo e suas provas podem trazer não somente para o arguido, mas também para o ofendido, os investigadores e os próprios julgadores, além da genuinidade da prova indiciária.

43 Costa Pinto, 2004: 71.

44 Costa Pinto, 2004: 68-71.

45 Parecer n.º 121/80 da Procuradoria Geral da República: “o segredo de justiça em processo penal, serve [...] variados interesses, alguns em notória tensão dialéctica: o interesse do estado na realização de uma justiça isenta e independente, poupada a instromissões de terceiros, a especulações sensacionalistas ou a influências que perturbem a serenidade dos investigados e dos julgadores; o interesse de evitar que o arguido, pelo conhecimento antecipado dos factos e das provas, actue de forma a perturbar o processo, dificultando o aparecimento daqueles e a reunião destas, senão mesmo a subtrair-se à acção da justiça; o interesse do mesmo arguido em não ver publicamente revelados factos que podem não vir a ser provados sem que com isso se evitem graves prejuízos a sua reputação e dignidade; enfim, o interesse de outras partes no processo, designadamente os presumíveis ofendidos, na não revelação de certos factos prejudiciais à sua reputação e consideração social, como os crimes contra a honestidade.” Apud, Mexia, 2014: 387.

Na fase de instrução, iniciada com a dedução da acusação, o sigilo transmuda-se em apenas externo, face à necessidade de oferecimento de defesa; do contraditório e da busca da verdade material, arts. 289.º e 297.º ss., todos do CPP.

A essa altura, os sujeitos processuais passam todos a ter acesso aos autos, por força do art. 89.º, n.º 1 CPP⁴⁶, permanecendo vinculados a manter o sigilo acerca dos atos, provas e documentos que ainda estiverem sob o manto do segredo de justiça.

Interessante notar que a partir da leitura da sentença, todo processo se torna público, por comando do art. 87.º, n.º 5 CPP, decaindo o segredo de justiça anteriormente decretado, a não ser quanto a peças protegidas pela reserva da vida privada dos sujeitos processuais ou de outrem, que podem ser, inclusive destruídos ou desentranhados do processo, quando não mais forem importantes para seu deslinde, conforme já acima assinalado.

Não é totalmente sem razão, pois, que grande parte da doutrina critica duramente as regras do segredo de justiça da atual legislação processual penal portuguesa, chegando a indicá-las como *caricatas*⁴⁷, uma vez que se apresentam com extrema rigidez na fase do inquérito e com tanta benevolência na instrução e julgamento do processo.

Impende reconhecer, pois, que o segredo de justiça interno, não obstante favoreça a obtenção de uma prova indiciária genuína e contribua para a eficiência da investigação, ao se tornar quase uma regra, macula a amplitude da defesa, o que é de certa forma incompatível com as garantias inerentes ao processo moderno.

À luz do que adverte Palma⁴⁸, algumas medidas sigilosas, como busca e apreensão e quebra de sigilos telefônicos, que enfraquecem o contraditório, podem até se configurar meios naturais de uma justiça penal eficaz e defensivas do Estado de Direito democrático quando tratam da criminalidade organizada, contudo, ao se tornarem uma cultura no processo penal, e se estenderem à criminalidade comum, tornam-se um perigo. Essa concepção, *mutatis mutandi*, pode ser aplicada ao excessivo rigor do segredo de justiça interno.

Por outro lado, com a flexibilidade que a norma processual confere à gama de sujeitos processuais que têm acesso aos autos durante a instrução e com a

46 Costa Pinto, 2004: 73.

47 Crítica nesse sentido é bem delineada em: Costa Pinto, 2004: 82.

48 Palma, 2004: 52.

publicidade geral do julgamento, o segredo de justiça externo termina por configurar verdadeira falácia, em total descompasso com o rigor do sigilo interno.

Tal distorção, não raras vezes, enseja a exploração midiática de fatos deduzidos em juízo, com informações distorcidas e desnecessária exposição de pessoas e fatos protegidos pelo segredo de justiça.

Aliás, em interessante reflexão acerca da comunicabilidade que envolve o processo penal, Palma⁴⁹ chama a atenção para o fato de que as decisões judiciais devem ser publicizadas pelo próprio tribunal, como permite a legislação própria, evitando, assim, que o jornalismo judiciário, muitas vezes manipulável pelas fontes, agudize os conflitos que envolvem o crime, ao invés de exercer o papel catalisador de emoções inerente ao processo penal.

Com efeito, por não exercerem a necessária comunicabilidade com a imprensa, ao que parece, os Tribunais de quase todo o mundo vêm sendo bastante complacentes com a quebra de sigilos processuais, em homenagem, sobretudo, à liberdade de imprensa, à liberdade de expressão e aos direitos de informar e de ser informado.

Em esclarecedor estudo, que aborda o comportamento das Cortes da América do Norte acerca da divulgação pela imprensa de matéria de segurança nacional desde os idos de 1971, Silver⁵⁰ demonstra, através da narrativa de vários casos, anteriores e posteriores ao fatídico 11 de setembro de 2001, que os tribunais têm a forte tendência de não responsabilizar os jornalistas pela divulgação de fatos verdadeiros, havendo a só possibilidade de processar os responsáveis pela aquisição das informações provenientes de meios ilegais.

Os Tribunais Portugueses, por outro lado, vinham priorizando a valorização do direito à privacidade e o segredo de justiça, condenando os jornalistas que não obedeciam ao que prevê o art. 88º, CPP, nas penas dos tipos incriminadores dos arts. 419.º e 317.º CP, o que ensejou crítica de alguns doutrinadores⁵¹ e algumas condenações por parte do TEDH⁵².

Diante de reiteradas decisões que valorizam demasiadamente a liberdade de expressão, os Tribunais portugueses começam a mudar de entendimento, como

49 Palma, 2004: 42-44.

50 Silver, 2012: 449-450, 451, 452, 472, 479-480, 482.

51 Costa Pinto, 2004: 72.

52 Segundo Araújo, 2010: 68, entre os anos de 2000 e 2009, foram oito as condenações do estado português pelo TEDH por violação da liberdade de expressão. Casos emblemáticos nesse sentido são: Caso Campos Dâmaso c. Portugal, Queixa n.º 17107/05, sentença 24/4/2008 e Caso Laranjeira Marques da Silva c. Portugal, Queixa n.º 16983/06, acórdão 19/1/2010.

ocorreu nos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça n.º 941/09.0TVLSB.L1.S1 e n.º 1667/08.7TBCBR.L1.S1.

Nesses julgados, o STJ, seguindo a jurisprudência do TEDH, flexibilizou o segredo de justiça e a reserva da vida privada, para que prevalecesse a liberdade de expressão, sob o fundamento de que, em havendo colisão de direitos fundamentais iguais ou da mesma espécie, devem seus titulares ceder na medida do necessário para possibilitar que todos surtam algum efeito, sem relevante prejuízo para qualquer das partes, caso em que, ultrapassados os limites, estará o agente passando para o campo da ilicitude⁵³.

Assim, vê-se que a tensão entre a mídia, o processo penal e seus sujeitos, é realidade vigorosa e ainda longe de ser pacificada

5. O JORNALISTA ASSISTENTE NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS – LEGITIMIDADE EM OUTRA PERSPETIVA

O permissivo do art. 68.º, n.º 1, al. e) CPP português, autoriza qualquer pessoa a se constituir assistente nos processos para apuração dos crimes do interesse público que elenca em seu bojo, objetivando, conforme foi visto, maior transparência na administração da justiça e um combate mais eficaz a certas formas de criminalidade, através da colaboração da sociedade para com a investigação e a prova a ser produzida nos autos⁵⁴. Não é demais lembrar a advertência de Silva Dias⁵⁵, no sentido de que esse instituto é absolutamente desligado do conceito de ofendido, sobretudo porque as incriminações nele inseridas tutelam interesses públicos, impassíveis de particularização do sujeito passivo.

Pois bem, é com fulcro nesse dispositivo que os jornalistas se constituem assistentes no processo penal pátrio, vinculando-se aos comandos ali insculpidos.

As atribuições do assistente, delineadas art. 69.º CPP, indicam que lhe cabe, em colaboração ao MP, intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo diligências; deduzir acusação independente daquela do MP e interpor recurso das decisões que o afetem, mesmo que o órgão acusador não

53 STJ, Rev. 1667/08.7TBCBR.L1.S1, Rel.: Paulo Sá, de 2/12/2013.

54 Ver nota 21.

55 Silva Dias, 2004: 60, explicando o instituto da assistência com relação à al. e), do art. 68.º, n.º 1 CPP, é enfático ao afirmar que as incriminações que se referem ao dispositivo do, *tutelam em primeira linha interesses públicos*, razão pela qual, *o Assistente não podia estar mais desligado do conceito restrito (em bom rigor, de qualquer conceito) de ofendido*. Afirma que os objetivos do permissivo, são político-criminais, visando o combate mais eficaz à criminalidade e uma maior transparência da administração da justiça, criticando essa abertura, conforme mencionado na nota 22.

o tenha feito, somente se justificando esta última prerrogativa, quando tiver atuado nas demais fases do processo⁵⁶.

Vê-se, então, que a habilitação do assistente, mesmo nos casos da alínea e), n.º 1, art. 68.º CPP, o vincula a uma posição de proatividade nas investigações e na acusação, condição indispensável para que tenha legitimidade de figurar nos autos.

Inicialmente, convém registrar, a prática forense tem demonstrado, em análise empírica, que geralmente os jornalistas se constituem assistentes com o fim exclusivo de recolher e divulgar informações processuais, o que, por si só, torna ilegítimas essas habilitações, por não se afinarem com o que determina o art. 69.º CPP.

Por outro lado, já se tem notícia, eis que frequentemente o assunto volta às rodas da polémica, de que dois jornalistas assistentes, recentemente, requereram diligência e deduziram acusação no processo da Operação Marquês, pleiteando que a ex-namorada de um arguido fosse também processada naqueles autos⁵⁷.

Essa proatividade dos jornalistas assistentes, para lá de incomum, pareceu, salvo melhor juízo, represália às acusações da referida senhora, no sentido de que eles estariam se beneficiando da posição de assistentes para ter acesso privilegiado às provas colacionadas aos autos e divulga-las na mídia para a qual trabalham.

Tal atuação, no geral, não acontece em casos de interesse midiático, como se depreende da declaração do senhor José António Cerejo, antes transcrita, na qual afirma que não se constituiu assistente “*para contribuir com informações, requerer diligências ou formular uma acusação, mas para garantir que as informações chegassem aos leitores do veículo de comunicação para o qual trabalha*”⁵⁸.

Na realidade, assistentes que não colaboram com as investigações ou com a acusação, seja requerendo provas ou praticando efetivamente atos

56 No sentido de que o assistente somente terá interesse de agir para recorrer se houver atuado efetivamente nas fases anteriores do processo: Cunha, 1995: 159-160.

57 Em notícia veiculada no Público e em toda a imprensa, a jornalista Fernanda Câncio, ex-namorada do ex-primeiro-ministro José Sócrates, processado na Operação Marquês, critica o Correio da Manhã e o grupo Cofina por terem jornalistas constituídos assistentes naquele processo penal, acusando-os “*de terem usado essa posição processual para acederem aos elementos do processo que depois divulgam nos órgãos de comunicação de que fazem parte*”. Disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/cancio-processa-correio-da-manha-por-divulgacao-de-conversas-do-caso-socrates-1711988>. Posteriormente, tornou-se público e notório que esses assistentes requereram que Fernanda Câncio fosse processada naqueles autos, como foi noticiado, por exemplo pelo Observador, Disponível em <http://observador.pt/2016/05/11/liga-fernanda-cancio-operacao-marques/>.

58 Cerejo, 2015, cit. nota 2, íntegra do texto no Capítulo I.

processuais, padecem da falta de interesse processual e tornam ilegítima sua posição de sujeito auxiliar da acusação. Mas, no caso dos jornalistas, a situação vai além.

Com efeito, mesmo nos raros casos em que os jornalistas efetivamente atuam no processo, em evidente manobra para se legitimarem na tão polêmica constituição como assistentes, essa posição não se coaduna com o exercício de suas profissões, por diversas razões, que passo a elencar.

Estabelece o Estatuto do Jornalista⁵⁹, em seu art. 1.º, n.º 1, que: “1 – São considerados jornalistas aqueles que, como ocupação principal, permanente e remunerada, exercem com capacidade editorial funções de pesquisa, recolha, selecção e tratamento de factos, notícias ou opiniões, através de texto, imagem ou som, destinados a divulgação, com fins informativos, pela imprensa, por agência noticiosa, pela rádio, pela televisão ou por qualquer outro meio electrónico de difusão.”

Nessa esteira, observa-se que o jornalista tem atividade bem definida em seu estatuto profissional, revestida de função social, com importante papel formador de opinião no cenário das comunicações sociais, conforme já foi destacado ao se tratar das liberdades de imprensa e de expressão, ao lado do direito de informação, que são direitos fundamentais não somente do jornalista, mas também do povo que acessa a informação.

Analisando, então, a atividade característica do jornalista, tem-se que é seu dever pesquisar, recolher, selecionar e tratar fatos, notícias ou opiniões, para divulgá-los, com fins informativos, pela imprensa.

Ora, o acesso ao processo penal não se pode prestar à recolha de notícias para divulgação midiática. E essa recolha e divulgação de notícia, nada mais são, do que atividade característica das funções do jornalista, notória mola propulsora de suas habilitações no processo.

Ao permitir o ingresso do jornalista no processo como assistente, não se pode retirar dele o exercício de suas funções laborais, presumindo-se, então, que utilizará as informações ali colhidas para divulgá-las, como é imanente à sua atividade. Essa divulgação precipitada, no entanto, poderá prejudicar a fideidignidade da prova a ser produzida, perturbar a serenidade dos sujeitos processuais e obstar o bom andamento do processo.

Ademais, o art. 3.º do Estatuto da classe, que disciplina as funções incompatíveis com a atividade do jornalista, em sua alínea c), do n.º 1, dispõe sobre a

59 Estatuto do Jornalista – Lei n.º 1/99, de 1 de janeiro de 1999, com as modificações decorrentes da Lei n. 64/2012, de 6 de novembro, e Lei n.º 114/2012, de 20 de dezembro.

incompatibilidade entre o exercício do jornalismo e os serviços de informação e segurança, além de qualquer organismo ou corporação policial.

Ora, se a prática do jornalismo não se coaduna com as atividades de investigação e de polícia, evidentemente, também não se compatibiliza com o mister de investigar e julgar, inerentes ao sistema de justiça, materializado no processo, do qual se deve extrair uma decisão justa, livre dos vícios advindos de pressões e exposições da opinião do momento, matéria prima para o mercado midiático.

Nesse viés, ressalta Mata-Mouros⁶⁰ que a verdade projetada pela imprensa é de partida, mas apresenta-se ao público como palavra final, enquanto que a verdade produzida no processo é amadurecida pelo tempo, com a dilação probatória e o contraditório.

Destaca a Autora que a verdade noticiosa é verdade de partida, porque surge logo com a notícia do fato e é repassada para a opinião pública sem sofrer obrigatório controle de plausibilidade ou contraditório, abrindo espaço para que o público interessado faça a seu respeito um juízo de valor aleatório. A verdade noticiosa ou midiática, dessarte, pode trazer em si inquietação, escândalo, perplexidade, que muitas vezes só vem a ser serenada depois do longo transcurso de um processo, quando é noticiada a sentença, com a verdade apurada judicialmente.

Ao revés, a verdade que surge nos autos, salienta a Autora, é uma verdade amadurecida pela produção equitativa de prova, refinada pelos debates legítimos de todos os sujeitos processuais, transmudando-se através da sentença em veredicto que deve ter o condão de restabelecer a serenidade e a paz social, através do sentimento de efetivação da justiça que atinge não somente os sujeitos processuais, mas, igualmente, a sociedade que dela toma conhecimento⁶¹.

Dessa forma, a mediação dos atos judiciais prejudica a sociedade que, através de fragmentos do processo, pensa conhecer toda a sua realidade, formando julgamentos paralelos e muitas vezes equivocados, o que tumultua a administração da justiça, na medida em que põe em risco sua credibilidade, sem motivos plausíveis para tal. Além disso, com a mediação, direitos dos sujeitos processuais são desrespeitados, pois, através das notícias, rapidamente o arguido se torna condenado pela opinião pública, sem sequer ter se concluído o processo e julgamento judicial, com as garantias a que faz jus.

60 Sobre a disparidade entre a verdade jornalística e verdade judicial, ver: Mata-Mouros, 2007: 27-31, também destacada por Araújo, 2010: 37.

61 Mata-Mouros, 2007: 27-31.

A razão de todo esse desalinho é que, para se apresentar como prova em juízo, o depoimento ou documento colacionado passa pelos rigores técnicos do processo, com o contraditório, perícias e outras providências que venham a ser necessárias, enquanto que, para o jornalista, ao contrário, é assegurado o sigilo da fonte, nos termos do art. 11.º, n.ºs 1 e 2, Estatuto do Jornalista, pelo que a notícia obtida até mesmo por fonte sigilosa, e nem sempre idônea, é jogada para a opinião pública, sem a necessária filtragem de veracidade, que devem informar a prova que leva a uma condenação. Isso ocorre porque a mídia se alimenta do imediatismo, sob pena de perder espaço para a concorrência.

Oportuna, dessarte, a preocupação de Araújo⁶² com a atual feição que tem tomado a atividade jornalística, uma vez que para atender às exigências de mercado, a mídia compete pela audiência, pela publicidade, pelas fontes e pelos investidores, na procura de retorno dos investimentos e visando o lucro, o que torna a informação um bem de consumo, deixando de ser bem de interesse público, para ser bem de interesse comercial, sujeito ao sensacionalismo, a *tabloidização*, o *infotainment* e a superficialidade.

Destaca ainda a Autora⁶³ que, se por longo período a justiça portuguesa se manteve em silêncio midiático, hoje as questões a ela relacionadas têm agenda diária na imprensa, com a cobertura de processos judiciais, sobretudo os criminais, posto que, ao despertar emoções, o crime vende, transformando-se em excelente produto, em um jornalismo cada vez mais marcado pela cultura mercantilista.

Tudo isso, sem sombra de dúvida, é incompatível com a serenidade, certeza e imparcialidade que garantem a efetivação de boa justiça, através da atuação dos sujeitos no processo judicial.

Nesse passo, com a atuação do jornalista como assistente no processo criminal, as notícias levadas a público, ora a partir de uma prova do processo, ora por informação obtida alhures, com fonte sigilosa, terminam por se fundir para o público, ficando todas com a aparência de algo que saiu dos autos, através do assistente, favorecendo a criação de juízos equivocados pela sociedade e gerando a expectativa de um julgamento muitas vezes divorciado da real prova dos autos.

Aliás, nesse tocante, outra situação que se repete é a violação do segredo de justiça, que, ao contrário do que se pensa à primeira vista, não visa resguardar direitos do arguido, posto que, na fase investigatória, até mesmo ele pode ser

62 Araújo, 2010: 22-23.

63 Araújo, 2010: 31.

incluído nas vedações do segredo interno. Na verdade, o segredo de justiça, nos casos excepcionais em que é decretado, visa, sobretudo, prezar pela originalidade da prova e a garantia da eficácia da prestação jurisdicional. Por isso, sua violação desestabiliza o processo e prejudica seu bom andamento, sendo contudo, prática contumaz do jornalista assistente, como é de se prever, ante as peculiaridades de sua profissão⁶⁴.

Nesse ponto, há de se convir que mais uma vez a habilitação do jornalista, profissional que tem a notícia como matéria prima e sua recolha e divulgação como finalidade laboral, não se coaduna com as obrigações impostas ao assistente no art. 69.º CPP, que somente comporta as exceções expressamente previstas em lei.

Demais disso, no momento em que se constitui assistente no processo, o jornalista passa a ser acusador, afastando-se da imparcialidade que deveria ter para noticiar o fato, segundo a deontologia e o estatuto da sua profissão⁶⁵, a fim de garantir a qualidade e a isenção da informação que leva ao público e cumprir o relevante papel social de seu ofício.

Por fim, a alegação de alguns jornalistas no sentido de que se constituem assistentes para fiscalizar a atividade do Ministério Público, conforme o fez, como pano de fundo, o senhor José António Cerejo⁶⁶, também não merece acolhida. Não se pode perder de vista que essa fiscalização é apenas atribuição reflexa do assistente, bem como de toda a sociedade, e dos órgãos designados em lei para o desiderato, não podendo se constituir em única premissa para justificar a sua habilitação no processo.

Sabe-se que a fiscalização recíproca entre os órgãos de soberania dispostos no art. 110.º ss., CRP e, até mesmo na estrutura interna dos Tribunais, entendendo-se como tal todo o sistema de justiça não somente da magistratura, mas também do MP e dos advogados, com acompanhamento mediato da sociedade, têm perfeitas condições de realizar o controle da administração da justiça, não

64 Na Operação Marquês, já mencionada, o Ministério Público há pouco anunciou que processará treze jornalistas em razão da violação do segredo de justiça, sendo vários deles assistentes no processo, como se vê das matérias disponíveis em: <http://observador.pt/2016/06/09/operacao-marques-13-jornalistas-va-a-julgamento-por-violacao-do-segredo-de-justica/> e <http://www.dn.pt/portugal/interior/operacao-marques-13-jornalistas-va-a-julgamento-por-violacao-do-segredo-de-justica-5219320.html>.

65 Ver Código Deontológico do Jornalista, de 4 de maio de 1993, Estatuto do Jornalista – Lei n.º 1/99, de 1 de janeiro, com as modificações decorrentes da Lei n.º 64/2012, de 6 de novembro, e Lei n.º 114/2012, de 20 de dezembro.

66 Ver texto transcrito no capítulo 1.

havendo qualquer necessidade fiscalização direta dos jornalistas assistentes nos processos criminais, para garantir essa transparência.

Aliás, conforme multimencionado, a atuação dos jornalistas nos processos, muito mais que oportunizar transparência da administração da justiça, a tem prejudicado, ante a instabilidade criada a partir da divulgação de notícias que nem sempre refletem a realidade processual.

Frise-se, as liberdades de imprensa ou crônica, expressão e informação são pilares da democracia, e engrandecem a atividade do jornalista, que, no entanto, não tem qualquer função a desempenhar no processo penal. Não se pode permitir que o processo se torne mera fonte de notícia para qualquer dos seus sujeitos.

Diante de tudo isso, percebe-se que a intervenção de jornalistas como assistentes, ao invés de servir como auxiliar na persecução criminal, consubstancia-se em fator de perturbação processual, eis que não se reveste da objetividade e da imparcialidade que devem informar o processo penal⁶⁷.

Por todos esses motivos, tenho como ilegítima a constituição do jornalista como assistente no processo penal, ante a incompatibilidade das suas funções profissionais com os deveres do assistente, além de considerar que, muito mais que contribuir para a eficácia do combate à criminalidade ou para uma justiça mais transparente, como requer o instituto da assistência, essa habilitação tumultua o processo e lhe traz prejuízos⁶⁸.

6. CONCLUSÃO

A constituição do assistente no processo penal português apenas se justifica para que o sujeito possa colaborar com o Ministério Público, promovendo atos e requerendo provas que favoreçam *o jus puniendi* do estado, podendo habilitar-se para tal o ofendido, ou qualquer pessoa, nos casos em que o crime a ser apurado envolva o interesse público.

67 Sobre os prejuízos da intervenção particular no processo penal, por não se revestir da necessária imparcialidade e objetividade: Correia, 1959, *apud* Silva, 2010: 352. Se alinhando com esse pensamento, Cunha, 1995: 160, em nota 13, que alude a preocupação do direito alemão com a excessiva intervenção do ofendido, a fim de evitar que o desejo de retribuição deste não se sobreponha ao interesse público da ressocialização. O Autor indica como exemplo dessa corrente, Roxin, *Strafverfahrensrecht*, Munchen, 22 ed., 1991, p. 407 e ss.

68 Aliás vou além, considero que o permissivo da al. e), n.º 1, do art. 68.º CPP somente contribui para tumultuar o processo e dificultar seu bom andamento, devendo o instituto da assistência se limitar aos ofendidos, ainda que num conceito mais amplo, como defendem Augusto Silva Dias e José Damião da Cunha, conforme nota mencionada.

Na hipótese prevista no art. 68.º, n.º 1, al. e), CPP, o permissivo de que qualquer pessoa pode se constituir assistente nos crimes ali enumerados visa a transparência da justiça e a colaboração da sociedade para o efetivo combate àquele tipo de criminalidade, que envolve o interesse público por ter como bem jurídico ofendido, o patrimônio público, a paz ou a humanidade.

A participação do jornalista no processo penal, na qualidade de assistente, fulcrada no dispositivo acima mencionado, ainda que restrita aos processos de apuração de crimes do interesse público, em nada auxilia na efetivação de justiça ou no combate à criminalidade, ao contrário, serve de meio para a obtenção de interesses meramente pessoais e exteriores ao processo, desequilibrando-o e tumultuando-o.

Observa-se do art. 1.º do Estatuto do Jornalista, que é seu dever funcional recolher e tratar notícias para divulga-las através da mídia. Atente-se que essa é a função essencial do jornalista.

O processo penal, no entanto, não pode servir de mero instrumento de recolha de notícias para posterior divulgação, mormente em se tratando dos sujeitos ou participantes nele habilitados, com funções disciplinadas em lei, como é o caso do assistente, auxiliar do MP, a quem cabe intervir no processo, com amplos poderes, outorgados na legislação processual pátria, a teor do art. 69.º, n.ºs 1 e 2 CPP.

Questiona-se, pois, a legitimidade dessas habilitações, mesmo em se tratando daquelas em que há disfarçada atuação processual para justificar a constituição do jornalista, uma vez que efetivamente incompatíveis com a atividade laboral do jornalista e porque se fundam em motivação e interesse exteriores ao processo penal.

Não se pode olvidar que com a mercantilização da imprensa e a concorrência entre os sistemas, o processo penal é ambiente fértil para notícias, sobretudo quando trata de pessoas com destaque político ou social, de quem, naturalmente se mitiga o direito à reserva da vida privada. Contudo, o processo não é bem de consumo e não pode ser utilizado para estimular condenações sociais antecipadas acerca dos casos ainda pendentes de julgamento pelo Tribunal.

Com efeito, uma divulgação equivocada de atos e provas do processo, não somente traz prejuízos de ordem moral para os sujeitos processuais e pessoas a eles relacionadas, como também, cria ambiente instável para a própria realização da justiça, uma vez que possibilita formação de convicção e até pré-julgamento paralelo pela sociedade, muitas vezes dissociado do conjunto probatório dos autos.

Não resta dúvida, tal situação pode abalar a fideidignidade da prova a ser colhida, influenciando testemunhas ou gerando pressões que venham a abalar a serenidade dos sujeitos processuais. Além disso, informações que não refletem a totalidade do caderno processual, favorecem julgamentos sociais distorcidos e têm reflexo na credibilidade da sentença vindoura, que se aterá à análise apurada da prova existente no processo, amadurecida pelo contraditório e demais garantias instrumentais, para a efetivação de uma decisão justa.

Por tudo isso, vê-se que a atividade do jornalista, consistente na recolha, tratamento e divulgação de notícias, segundo preconiza seu estatuto, é incompatível com o acesso ao processo como assistente, ante a indiscutível utilização do conteúdo processual como matéria prima para seu mister profissional, trazendo notórios prejuízos à administração da justiça e ao bom andamento do processo, ao invés de colaborar no combate à criminalidade, como requer o instituto da assistência.

Percebe-se, pois, verdadeira incompatibilidade de funções entre o exercício do jornalismo e os deveres do assistente, por evidente conflito de interesses, que deve ser resolvido em prol do interesse público, consubstanciado no resguardo da efetividade da prestação jurisdicional, livre da influência de sujeitos que desestabilizam e tumultuam o processo.

A análise acurada dessas situações conduz à incontestável conclusão de que a habilitação de jornalista como assistente no processo penal não se reveste de legitimidade, eis que foge ao escopo do art. 68.º, n.º 1, al. e), c/c art. 69.º, n.ºs 1 e 2, ambos do CPP.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa

1996 *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal – uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, Maria João

2016 *Direito processual penal*, Coimbra: Almedina.

ARAÚJO, Cláudia

2010 *Os crimes dos Jornalistas – Uma análise dos processos judiciais contra imprensa portuguesa*, Coimbra: Almedina.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de

2003 *Liberdade de Informação e o direito difuso à informação verdadeira*, Rio de Janeiro: Renovar.

CEREJO, José Antonio

2015 *Sou assistente no processo Freeport e sê-lo-ei noutros*. Disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/opinioao-sou-assistente-no-processo-freeport-e-seloei-noutros-1449778>.

CORREIA, Eduardo

1959 “Terão os assistentes legitimidade para deduzir acusação por crimes públicos, quando o MP se tiver abtido de a formular?”, RLJ, 91, pp. 301 e ss.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da

2004 Segredo de justiça e acesso ao processo, em: Maria Fernanda Palma (coord. cient.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina.

CUNHA, José Damião da

1995 *Algumas Reflexões sobre o Estatuto do Assistente e do seu Representante no Direito Processual Penal Português*, em: RPCC, ano 5, abril a junho.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS

2016 *Operação Marquês: 13 jornalistas vão a julgamento por violação do segredo de justiça*. Disponível em <http://www.dn.pt/portugal/interior/operacao-marques-13-jornalistas-va-a-julgamento-por-violacao-do-segredo-de-justica-5219320.html>.

LEDERMAN, Marty

2013 *Are Journalists in Danger of Prosecution for Espionage?* Disponível em <https://www.justsecurity.org/1138/journalists-danger-prosecution-espionage>, Georgetown.

MARQUES, José Frederico

2000 *Elementos do direito processual penal*, 2.º ed., Campinas: Milenium.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima

2007 *Direito à inocência – Ensaio de processo penal e jornalismo judiciário*, Estoril: Príncipeia.

MATOS, Maria João Marques Pinto de

2013 *Liberdade de Expressão/Imprensa: divergência face ao paradigma de julgamento nacional*. Em: *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Casos Nacionais*. Lisboa: CEJ, 2013. Disponível também em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Jurisprudencia_Tribunal_Europeu_Direitos_Homem.pdf.

MEXIA, Ana

2014 *Ainda o segredo de justiça – uma outra perspectiva (in)constitucional*, em: RPCC, Ano 24, n.º 3, Coimbra: Coimbra Editora.

MIRABETE, Julio Fabbrini

2003 *Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*, 10.ª ed., São Paulo: Atlas.

MIRANDA, Jorge

2014 *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo III e IV, 1.ª ed., Coimbra.

MORAES, Alexandre

2011 *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. – 8.ª ed., São Paulo: Atlas.

OBSERVADOR

2016a *O que liga Fernanda Cândia à Operação Marquês?* Disponível em <http://observador.pt/2016/05/11/liga-fernanda-cancio-operacao-marques/>.

2016b *Operação Marquês: 13 jornalistas vão a julgamento por violação do segredo de justiça?* Disponível em <http://observador.pt/2016/06/09/operacao-marques-13-jornalistas-va-a-julgamento-por-violacao-do-segredo-de-justica/>.

PALMA, Maria Fernanda

2004 O problema penal do processo penal. Em: Palma, Maria Fernanda (coord. científica). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina.

PETEK, João Pedro

2011 *O novo papel da vítima no processo penal e a assistência à acusação*. Revista Direito & Justiça, v. 37, n. 2, pp. 123/135, Porto Alegre. Também disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/9015/6679>.

PORTUGAL

1993 *Código Deontológico do Jornalista, de 4 de maio de 1993*. Disponível em http://static.publico.pt/nos/livro_estilo/29-codigo-d.html.

- 2012 *Estatuto do Jornalista – Lei n.º 1/99, de 1 de janeiro de 1999, com as modificações decorrentes da Lei n.º 64/2012, de 6 de novembro, e Lei n.º 114/2012, de 20 de dezembro.* Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=136&tabela=leis.
- 2015 Código de Processo Penal e Legislação Complementar – Edição Universitária. *Augusto Silva Dias, João Gouveia de Caires e Vânia Costa Ramos* (orgs.) 5.º ed. atual., Lisboa: AAFDL.
- 2016 *Constituição da República Portuguesa*, Lisboa: AAFDL.

PÚBLICO

- 2015 *Ex-namorada de Sócrates processa Correio da Manhã por divulgação de conversas falsas.* Disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/cancio-processa-correio-da-manha-por-divulgacao-de-conversas-do-caso-socrates-1711988>.

SILVA, Germano Marques da

- 2010 *Curso de Processo Penal I – Noções gerais, elementos do processo penal*, 6.ª ed., Lisboa: Verbo.

SILVA DIAS, Augusto

- 2004 A tutela do ofendido e a posição do assistente no processo penal português. Em: Palma, Maria Fernanda (coord. cient.) *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina.

SILVER, Derigan A.

- 2012 *National Security and the Press: the Government's Ability to Prosecute Journalists for the Possession or Publication of National Security Information.* Disponível em <https://www.law.upenn.edu/institutes/cerl/conferences/ethicsofsecrecy/papers/reading/Silver.pdf>, 9/4/2012.

SOUSA MENDES, Paulo

- 2014 *Elementos de Estudo – Direito Processual Penal*. 3.ª reimp, Lisboa: AAFDL.
- 2014a *Lições de Direito Processual Penal*, 2.ª reimp., ed. setembro/2013, Coimbra: Almedina.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunais Portugueses

Ac. TRC, Rec. Crim. n.º 839/13.7TAGRD-A.C1, Rel. Vasques Osório, de 18/11/2015.

Ac. STJ, Rev. 941/09.0TVLSB.L1.S1, Rel. Gregório Silva Jesus, de 21/10/2014.

Ac. STJ, Rev. 1667/08.7TBCBR.L1.S1, Rel. Paulo Sá, de 2/12/2013.

Ac. STJ n.º 1/2003, Proc. 02P609, Rel. José Carrilho de Simas Santos, de 16/1/2003.

TEDH – 2.ª Secção

Caso Campos Dâmaso c. Portugal, Queixa n.º 17107/05, sentença de 24/4/2008.

Caso Laranjeira Marques da Silva c. Portugal, Queixa n.º 16983/06, acórdão de 19/1/2010.

A CONSAGRAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA NA ORDEM JURÍDICA: A DIVISÃO BIPARTIDA DOS DADOS RELATIVOS ÀS COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS

*Joana Leal de Oliveira Geraldo Dias**

ABSTRACT: Firstly, the gathering of evidence by electronic means involved only the analysis of the type of data relating to electronic communications, in accordance with legislative developments, case law and doctrine. However, with the entry into force of the Cybercrime Law, a new paradigm was seen in our legal system, in terms of the type of evidence admissible for access and retrieval, which allowed us to overcome the typological division of data (tripartite), providing a time division (bipartite), which takes into account the moment of access, depending on whether it is stored data or data in transmission, without excluding, in each of the phases, all data related to the communication and subsequent to it, ensuring greater protection of the content of private communication and, in turn, reinforcing the protection of the right to inviolability of communication and privacy, in its aspect of the right to informational self-determination, in terms of articles 34 and 35 of the Portuguese Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A tipologia dos dados relativos às comunicações electrónicas para efeitos de acesso e de obtenção. 2.1. A evolução legislativa. 2.2. As soluções adoptadas no ordenamento jurídico português. 2.3. O novo paradigma na ordem jurídica: a lei do cibercrime e a consagração da divisão bipartida. 3. A análise crítica das opções legislativas. 3.1. A descoordenação legislativa: algumas propostas de resolução. 3.2. Posição pessoal. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A realidade digital obriga o legislador a fazer escolhas que têm implicações na legitimidade e na autoridade da lei, “gerando desafios que ultrapassam as

Artigo com origem em Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, no âmbito de Direito Penal IV, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Por opção da autora, no presente trabalho não se utiliza o Novo Acordo Ortográfico.

fronteiras das disciplinas e envolvem perspectivas teóricas múltiplas¹. Deste modo, o presente trabalho visa dar a conhecer a consagração de um novo paradigma na ordem jurídica, com a entrada em vigor da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro), que resultou na divisão bipartida dos dados relativos às comunicações electrónicas, cujo problema incide sobre o tipo de dados que legitima o respectivo acesso e obtenção, atendendo ao momento a que se reportam, *mutatis mutandis*.

De acordo com esta problemática, este trabalho encontra-se dividido em duas partes, designadamente, a primeira pretende retratar a tipologia dos dados relativos às comunicações electrónicas para efeitos de acesso e de obtenção, contemplando, por um lado, a evolução legislativa da concepção de dados (divisão tripartida, quadripartida ou bipartida) e por outro, as diversas soluções adoptadas no ordenamento jurídico português, acompanhando o entendimento da doutrina e da jurisprudência quanto à sua tipologia e dos direitos em causa, em função dos quais se procede à ponderação da exigibilidade ou da dispensa de despacho judicial com vista à obtenção. A segunda parte apresenta uma análise crítica das opções legislativas, consoante a perspectiva de alguns autores às Leis n.ºs 48/2007, 32/2008 e 109/2009, e, por último, a posição pessoal sobre esta temática.

Neste contexto, cumpre esclarecer que na presente exposição far-se-á alusão, em termos gerais, a determinadas disposições processuais constantes da Lei n.º 109/2009, cujo regime não nos compete aprofundar, bem como advertir que a nossa análise não visa enunciar os conceitos legais sobre os vários tipos de dados (visto essa tarefa pertencer ao legislador), cabendo antes, proceder a uma abordagem dos tipos à luz do enquadramento jurídico-normativo a que respeitam.

2. A TIPOLOGIA DOS DADOS RELATIVOS ÀS COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS PARA EFEITOS DE ACESSO E DE OBTENÇÃO

2.1. A evolução legislativa

a) O Projecto de Lei n.º 271/IX – uma miragem de inovação

Primeiramente, em Janeiro de 2003, o Grupo Parlamentar do Centro Democrático Social – Partido Popular (CDS-PP), apresentou na Assembleia

1 Madison, 2005: 348.

da República o Projecto de Lei n.º 271/IX, designado por *Regime Jurídico da Obtenção de Prova Digital Electrónica na Internet*². Neste Projecto de Lei adoptou-se a terminologia prevista na Convenção do Cibercrime, doravante, CCiber³, visando garantir a obrigação de conservação dos dados relativos às comunicações por parte dos operadores das telecomunicações e, ainda, o acesso em tempo útil a essa informação pelas autoridades de investigação criminal. O mesmo retomou a *distinção tripartida* entre *dados de base*, de *tráfego* e de *conteúdo*, distinguindo até entre dados de base sujeitos ou não ao regime da confidencialidade, com a nomenclatura subjacente ao primeiro Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República (PGR) n.º 16/94, *infra* citado.

Não só não fez qualquer menção aos dados de localização se encontrarem contemplados na categoria dos dados de tráfego⁴, contrariamente ao que se sufragava, como também previu uma noção inovadora da categoria dos *dados de base* – a *listagem dos movimentos de comunicações* – passando a respeitar à comunicação em si, não apenas à conexão à rede pelo utilizador, ao consagrar, nos seus artigos n.ºs 2 e 3, que os dados de tráfego e os dados de base não estão sujeitos ao regime de confidencialidade⁵, podendo ser fornecidos aquando solicitados pelas autoridades de polícia criminal ou às entidades judiciárias, quer para efeitos de investigação criminal, como da própria prevenção criminal. Tratando-se de dados de base sujeitos ao regime de confidencialidade, o pedido aos operadores das comunicações electrónicas deveria ser, em princípio, realizado e fundamentado pelas autoridades judiciárias.

2 Da *Exposição de Motivos* constava “seja da manipulação fraudulenta de dados com o intuito lucrativo [...] seja da utilização indevida da informação contida em arquivos ou suportes informáticos alheios, [...] Está em causa o tratamento de dados pessoais com vista à respectiva protecção, bem como a protecção de privacidade no sector das comunicações electrónicas”, bem como “a reserva da intimidade da vida privada e da vida familiar e o sigilo das comunicações não são os únicos valores que, nestes domínios, importa ao Estado de Direito salvaguardar: [...] pelo uso indevido das telecomunicações e pela falta de prevenção do uso ilícito dos meios electrónicos, tarefa da qual os operadores devem partilhar por natureza e necessidade”.

3 A Convenção do Cibercrime do Conselho da Europa, adoptada em Budapeste em 23 de Novembro de 2001, é o primeiro trabalho de relevo sobre o crime no ciberespaço.

4 Definindo os *dados de base* como “os dados pessoais relativos à conexão à rede de comunicações, designadamente número, identidade e morada de assinante, bem como a listagem de movimentos de comunicações, e que constituem elementos necessários ao estabelecimento de uma base para a comunicação”.

5 Por serem compreendidos como os dados relativamente aos quais o utilizador não tenha manifestamente expressado o desejo de não serem publicitados.

Em suma, este Projecto de Lei revela uma configuração de regime inovador relativamente à visão predominantemente propugnada pela jurisprudência, no sentido de conferir um maior grau de exigência para os dados de tráfego do que para os dados de base, sujeitos ou não ao regime de confidencialidade, dispensando, assim, a intervenção judicial para a obtenção destes elementos de prova, excepto quanto aos dados de conteúdo. No entanto, como entendeu Rita Castanheira Neves⁶, o Projecto de Lei n.º 271/IX “foi longe demais no alcance das suas disposições, [...] há rígidos limites de proporcionalidade, adequação e necessidade a respeitar e também de que em matéria de restrição de direitos, liberdade e garantias há que salvaguardar o mais possível o princípio de reserva do juiz”.

b) A Proposta de Lei n.º 155/IX – uma proposta com os dias contados

Em Outubro de 2004, foi apresentada, pelo Partido Social Democrata (PSD), a Proposta de Lei n.º 155/IX, que aprovava o *Regime de Obtenção da Prova Digital Electrónica*. Este estabelecia uma *distinção quadripartida de dados relacionados com comunicações electrónicas*, na medida em que os *dados de localização* foram autonomizados⁷, consagrando-se, igualmente, a definição de *dados de tráfego*, *dados de base* e *dados de conteúdo*, de acordo com uma terminologia quase literal à que constava do Projecto de Lei n.º 271/IX, com algumas variações, nomeadamente em sede de limitação do acesso de dados a um catálogo de crimes (artigo 3.º), tal como ao acesso de dados de base, através do qual se previa um regime que distinguia a *listagem de movimentos de comunicação* juntamente com os dados de base sujeitos ao regime de confidencialidade, dos demais dados de base, ou seja, os que não se encontravam sujeitos a esse mesmo regime, aos quais se aplicava a regra prevista para os *dados de localização* e de *tráfego*. Já no que concerne aos *dados de conteúdo*, esta Proposta de Lei remetia *in totum* para o regime das escutas telefónicas, passando-se a aplicar o catálogo de crimes consagrado no Código de Processo Penal (CPP).

A Comissão Nacional de Protecção de Dados (CNPd) *criticou o facto de se ter adoptado uma classificação dos vários tipos de dados que não respeitou os critérios estabelecidos em instrumentos internacionais vigentes em matéria de protecção*

6 Cf. Neves, 2011: 233.

7 Definidos como “quaisquer dados tratados numa rede de comunicações electrónicas que indiquem a posição geográfica de equipamento terminal de um utilizador de um serviço de comunicações electrónicas publicamente disponível”.

de dados de carácter pessoal tratados e armazenados em ficheiros automatizados⁸. Acresce que esta iniciativa legislativa caducou, por motivos atinentes à queda do Governo Constitucional, por dissolução parlamentar da iniciativa do Presidente da República. (sublinhado nosso)

c) Os Projectos de Lei n.ºs 240/X e 367/X – o recurso ao passado

Em Março de 2006, o Grupo Parlamentar do PSD retomou a Proposta de Lei *supra* mencionada, no âmbito do XVII Governo de Portugal, apresentando o Projecto de Lei n.º 240/X, com igual denominação e conteúdo da mesma.

Mais tarde, com o intuito de se proceder às alterações legislativas ao CPP, pela Unidade de Missão para a Reforma Penal, o Grupo Parlamentar do CDS-PP retomou o Projecto de Lei apresentado em 2003, propondo o Projecto de Lei n.º 367/X, atribuindo-lhe a mesma denominação e teor do mesmo.

d) A Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto – uma sistematização conceptualmente confusa

Em 2007, foram aprovadas as alterações ao CPP, pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, tendo o debate parlamentar que antecedeu a publicação da mesma, abrangido uma discussão conjunta com os Projectos de Lei n.º 240/X e 367/X. Esta Reforma veio proceder à revogação do artigo 190.º, dando lugar ao actual artigo 189.º, com um novo n.º 2. Finalmente, implementou-se um regime legal quanto ao regime aplicável à obtenção de *dados de tráfego*⁹, que exigia agora a obtenção de despacho judicial.

No entanto, o seu regime foi alvo de críticas, nomeadamente, a nível sistemático (inalterada a estrutura de 1987), contemplou a possibilidade de obtenção de prova relativa a todas as comunicações electrónicas *na mesma norma* através da qual opera a extensão do regime das escutas telefónicas ao correio electrónico, aos suportes digitais e à interceptação das conversas ambientais. Ademais, da presente norma, nenhuma referência se retira quanto às disposições elencadas nos Projectos de Lei n.º 217/IX, 240/X e 367/X, bem como na Proposta de Lei n.º 155/IX, designadamente, no âmbito do dever de preservação dos dados por parte dos operadores de comunicação. Também não teve em conta a Directiva n.º 2006/24/CE, de 15 de Março, do Conselho e do Parlamento,

8 Neste sentido, atenda-se aos Pareceres n.ºs 27/2004, de 8 de Junho, e 29/2004, de 29 de Junho de 2004.

9 *V.g.*, inclua-se, aqui, a questão controvertida referente à *facturação detalhada*.

relativa à “conservação de dados no domínio das comunicações electrónicas” (já publicada no JOUE antes da Reforma de 2007).

e) A Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho – a criminalidade grave e os pressupostos estritos

No ano de 2008, o legislador aprovou a Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho¹⁰, que transpôs a Directiva n.º 2006/24/CE, que regulou a “conservação e a transmissão dos *dados de tráfego* e de *localização* relativos a pessoas singulares e a pessoas colectivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, para fins de investigação, detecção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes” (art. 1.º, n.º 1). Ainda assim, o seu regime estabelecia pressupostos mais estritos do que qualquer um dos Projectos Lei *supra* referidos, como a exigência de despacho fundamentado do juiz¹¹.

Diversamente ao artigo 189.º do CPP de 2007, o artigo 4.º da Lei n.º 32/2008 permite-nos concluir que os dados de base se integram na categoria abstracta dos dados de tráfego¹².

f) A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro – Lei do Cibercrime

A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, aprovou a Lei do Cibercrime (LC), transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a “ataques contra sistemas de informação”, adaptando o direito interno à CCiber. Nestes termos, surgem duas inovadoras definições de dados, a saber: os *dados informáticos* (art.º 2.º, al. *b*) e os *dados de tráfego* (art.º 2.º, al. *c*)¹³. (realce nosso)

Como se pode observar, a presente lei apresenta um âmbito próprio de regulamentação, ou seja, o da criminalidade informática, bem como o dos regimes cometidos por meio de um sistema informático ou em relação aos quais seja

10 O seu processo legislativo iniciou-se com a Proposta de Lei n.º 161/X, do Conselho de Ministros de 6 de Setembro de 2007.

11 Na redacção do seu art. 3.º, não só dispõe como finalidade exclusiva a “investigação, detecção e repressão de crimes graves”, como também impõe que a transmissão de dados só pode ser ordenada ou autorizada por despacho fundamentado do juiz.

12 Prevê que se inserem na categoria de “dados necessários para encontrar e identificar a fonte de uma comunicação” o “nome e endereço do assinante ou do utilizador registado”, assim como o “nome e o endereço de assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP, o código de identificação de utilizador ou o número de telefone estavam atribuídos no momento da comunicação”.

13 Cf. Venâncio, 2011: 35.

necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico, tal como não prejudica o regime da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho¹⁴ (arts. 11.º, n.ºs 1 e 2). Ao contrário desta última, a LC prevê a preservação e acesso a *dados informáticos* e de *tráfego* por ordem do MP, podendo aquela preservação ser também ordenada pelos Órgãos de Polícia Criminal (OPC), perante autorização da autoridade judiciária competente ou quando haja urgência ou perigo na demora.

Importa realçar que, a preservação dos dados pode ser ordenada por todos os cidadãos (não apenas aos operadores/fornecedores de comunicações) que tenham disponibilidade ou controlo dos *dados informáticos específicos armazenados num sistema informático, incluindo os dados de tráfego*, ficando vinculados ao dever de preservação expedita de dados de modo a *assegurar a confidencialidade da aplicação da medida processual*¹⁵ (art.º 12.º, n.ºs 1 e 4) e, ainda, ao dever de apresentação dos dados, que implica a comunicação ao processo ou que se permita o acesso ao mesmo, sob pena de punição por desobediência (art. 14.º, n.ºs 1 e 3), mediante injunção.

O legislador ao prever, no seu artigo 18.º, a intercepção da comunicação electrónica em transmissão, fez referência aos *dados de conteúdo* e aos *dados de tráfego*. De acordo com o que será abordado *infra* (ponto 3.), o que se pretendeu foi atender a *dois momentos*: um relativo à *transmissão das comunicações electrónicas, considerando a tutela constitucional acrescida do direito da privacidade e da inviolabilidade das comunicações* aquando da intercepção em tempo real, *quer quanto aos dados de conteúdo como quanto aos dados relacionados com a comunicação*, sob pena de violação do direito ao segredo das comunicações electrónicas; o outro, relativo à *intromissão em momento posterior* à cessação da comunicação, ou seja, aos dados armazenados, cuja protecção já não se afigura tão rígida por se reportar à protecção da privacidade na sua projecção de *autodeterminação informacional*. Por fim, resta acrescentar que a intercepção só pode ser autorizada pelo juiz, perante requerimento do MP, durante a fase de inquérito e se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter (artigo 18.º, n.º 2 da LC).

14 Cf. Neves, 2011: 237.

15 A par da ordem expedita de dados, enquanto medida com carácter *prévio*, uma outra medida de obtenção de prova com carácter *urgente* pelo perigo de perda irreversível de determinados dados, pode relacionar-se com todos os *dados informáticos* que integram os de *conteúdo* (já não os de comunicação, mas antes informação em forma de dados pessoais).

2.2. As soluções adoptadas no ordenamento jurídico português

a) Considerações gerais

No âmbito do acesso e obtenção de dados relativos às comunicações electrónicas como meios de obtenção de prova baseados na interceptação e registo de comunicações, uma das principais preocupações prendeu-se com a captação do próprio conteúdo da mensagem, sendo que, por vezes, os dados relativos à comunicação afiguram-se mais significativos do que a própria comunicação. Contudo, a “obtenção de dados relativos às comunicações, com vista a fazer prova em processo penal tem que constar expressa e minuciosamente prevista na lei, sob pena de violação do princípio da legalidade”¹⁶, isto porque o direito ao sigilo das comunicações electrónicas não é um direito absoluto, sucedendo que, ao abrigo do artigo 34.º, n.º 4 *in fine* da Constituição da República Portuguesa (CRP), se prevêem restrições, cabendo à lei ordinária definir os seus limites.

Porém, podia suceder que, numa comunicação electrónica, por não estarem em causa elementos que respeitem ao conteúdo da comunicação, mas perante *elementos externos*, os mesmos eram directamente solicitados aos operadores das comunicações electrónicas, pelos órgãos de polícia criminal (OPC), ou pelo MP, por se considerarem menos lesivos da privacidade da pessoa, já não directamente à inviolabilidade das comunicações, facto que legitimava o acesso por mera solicitação dessas entidades. Diversamente, o acesso aos dados de conteúdo apenas tinha lugar através de um despacho judicial, por se aplicar o regime das escutas telefónicas, precisamente por incidirem sobre o conteúdo da comunicação.

Para além disso, cumpre ter presente que esta necessidade de acesso e de obtenção conflitua com os direitos à reserva da privacidade e à inviolabilidade das comunicações. Gomes Canotinho e Vital Moreira¹⁷ identificam que “o conteúdo do direito ao sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada abrange toda a espécie de correspondência de pessoa para pessoa [...] e todas as telecomunicações [...]. A garantia do sigilo abrange não apenas o conteúdo da correspondência, mas o *tráfego* como tal (espécie, duração, intensidade de utilização)”, uma vez que “a Constituição não apenas garante o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privados (n.º 1) mas também proíbe toda a ingerência”. Seguindo o entendimento de Pedro

16 Cf. Neves, 2011: 209.

17 Cf. Gomes Canotinho & Vital Moreira, 2007: 544 e 545.

Gonçalves¹⁸, os direitos em causa abrangem tanto a proibição do acesso não autorizado de terceiros ao conteúdo das comunicações, a chamada vigilância ou a interceção de comunicações, como a proibição da divulgação e utilização por terceiros desse conteúdo e das circunstâncias (hora, duração, endereços, *et al.*) das comunicações estabelecidas.

b) O contributo dos Pareceres do Conselho Consultivo n.ºs 16/94, de 1996 e 21/2000, de 2000: a divisão tripartida dos dados

Com o intuito de aceder e obter os dados relativos às comunicações electrónicas, a questão inicial relacionava-se com a delimitação dos tipos de dados, dando origem à primeira orientação defendida pela PGR, através dos seus Pareceres do Conselho Consultivo n.ºs 16/94, de 1996 (“TELEPAC, Serviços de Telecomunicações, S.A.”) e 21/2000, de 2000¹⁹ (“TMN”). Nos casos que serviram de base a estes pareceres, suscitou-se a questão de saber se as informações e os dados sobre a utilização dos sistemas da rede, requisitados com maior regularidade pela Brigada de Investigação do Crime Informático da PJ, estariam abrangidos pelo sigilo das telecomunicações e, em caso afirmativo, se as informações poderiam ser requisitadas, sem qualquer mandado judicial, directamente pela Polícia Judiciária.

Apesar da complexidade da matéria em causa, adoptou-se uma *distinção tripartida das espécies ou tipologias de dados ou elementos*: os *dados de base* (dados relativos à conexão à rede), os *dados de tráfego* (dados funcionais necessários ao estabelecimento de uma ligação ou comunicação e os da rede, por exemplo, localização do utilizador, do destinatário, duração da utilização, data e hora, frequência, entre outros) e, por fim, os *dados de conteúdo* (dados relativos ao conteúdo da comunicação ou da mensagem). Chama-se a atenção para o facto de os *dados de localização* parecem inserir-se entre a categoria dos *dados de tráfego*, embora, *por vezes, autonomizados*. (sublinhado nosso)

c) A divisão defendida pela doutrina e pela jurisprudência

Como se pode retirar de algumas decisões proferidas nos tribunais portugueses, a jurisprudência nem sempre foi ao encontro do que se defendeu no

18 Cf. Gonçalves, 1999: 190.

19 Estes Pareceres “Telepac” e “TMN”, podem ser consultados, respectivamente, em: <http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/0/58101f7b2b6fb7818025689e00501437?OpenDocument> e <http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/0/b90edf9f8e8a47e480257515003eb4e8?OpenDocument>.

âmbito de uma problemática específica – a sujeição dos diferentes tipos de dados ao sigilo das telecomunicações – que, podendo não se reportar directamente aos tipos de dados relativos às comunicações electrónicas, ajudaram a compreender e a superar as várias dificuldades subjacentes, contribuindo para a sua ponderação *mutatis mutandis*.

Neste sentido, salienta-se o *Acórdão do TC n.º 241/02, de 29 de Maio*²⁰, que se pronunciou quanto às exigências de obtenção de dados relativos às telecomunicações, considerando que, se os *dados de base* forem disponibilizados pelo titular, em listas públicas de assinantes, os mesmos não estarão abrangidos pelo sigilo das telecomunicações. Já se a lei garante a estes dados um regime de confidencialidade caso o titular opte ou não por os divulgar (reserva da intimidade da vida privada). Com efeito, os dados relativos ao número de telefone, nome e residência do assinante, estariam abrangidos pelo sigilo, tal como resultou do Parecer da PGR de 1996.

Não obstante, no *Acórdão TRL de 23 de Junho de 2004*²¹, retrata-se o acesso à *facturação detalhada*, com *trace-back* a localização celular, elaborado com base nos termos dos Pareceres acima referidos e da respectiva legitimidade para a solicitar. Entendeu-se que esta competência cabia, apenas, ao juiz para autorizar o próprio acesso ao conteúdo da conversação telefónica²². Por fim, o TRL veio referir que os *dados de base* (*cópia do contrato telefónico*) podem ser solicitados pelo MP, contrariamente aos *dados de tráfego* (*a listagem*), enquanto elementos inerentes à própria comunicação, que exigem que haja prévio despacho judicial.

Uma outra orientação surgiu por parte do *Acórdão TRL de 15 de Maio de 2003*²³, que entendeu, minoritariamente, que a necessidade de despacho judicial só se colocava em matéria de obtenção dos *dados de conteúdo*, sendo que o legislador não quis estender essa supervisão estritamente judicial, aos *dados de base* e aos *dados de tráfego*, podendo estes “ser fornecidos pelos operadores de telecomunicações a solicitação da autoridade judiciária competente para a

20 Consultável em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ce7999e8a0dc962f802574d4004ef5f9?OpenDocument>.

21 Consultável em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/033cbd481c837f2180256f620052b6ab?OpenDocument>.

22 O MP veio invocar que “a privacidade das comunicações telefónicas ou telemóveis, como corolário da reserva de intimidade da vida privada, [...] a proibição do ulterior acesso de terceiros a elementos que revelem as condições factuais em que decorreu uma comunicação (*factura detalhada*)”.

23 Consultável em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/57573f8a356e0e1580256e91003e8ea2?OpenDocument>.

fase de inquérito, ou seja, o Ministério Público”. A par desta posição minoritária, o Acórdão do TRL de 27 de Setembro de 2007²⁴, defendeu que os *dados de tráfego* “não implicam uma devassa como aquela que advém do registo das conversações ou comunicações”, julgando com base nesta distinção entre *dados de conteúdo* e *dados de tráfego*, que tinha aplicação no levantamento do segredo profissional, nos termos do art. 135.º do CPP.

Em tese, alguns autores, nomeadamente, Nuno Maurício e Catarina Iria²⁵, defendem a distinção entre os *dados de conteúdo* e os *dados de tráfego*, considerando que, não obstante, os *dados de tráfego* serem abrangidos pelo sigilo das telecomunicações, sustentam que na tutela destes e dos *dados de conteúdo* estão em causa diferentes bens jurídicos, *i.e.*, nos primeiros, *tutela-se a mera privacidade, ao passo que nos segundos, tutela-se a reserva da intimidade*. Esta distinção releva, particularmente, no âmbito da intercepção das comunicações, daí a diferenciação de tratamento da categoria de dados levada a cabo por estes autores, no sentido de se dever conferir uma “menor exigência nos casos de intercepção dos dados de tráfego, atenta a sua menor danosidade a um bem também ele de menor protecção e ainda o seu particular interesse para a investigação da criminalidade mais gravosa”. Já para Pedro Verdelho²⁶, era a divisão tripartida que se afigurava correcta que se devia consagrar.

Ainda assim, contrariamente ao que se contempla no *Acórdão do TRL de 15 de Maio de 2003*, estes autores sustentam que a menor exigência na obtenção dos *dados de tráfego* não se deveria repercutir no afastamento da exclusividade da autorização judicial, antes na consideração da suficiência do *interesse para a descoberta da verdade*, afastando-se o carácter subsidiário do recurso a este tipo de intercepções.

Posteriormente, com a Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto²⁷, que regula o tratamento de dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, a fundamentação jurisprudencial a exigir despacho judicial para a obtenção de dados de tráfego, para além de se fundar nos Pareceres da PGR, passou, também, directamente a citar a presente lei, nos termos do seu

24 Consultável em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/0e870e9e2782243380257839005785c2?OpenDocument>.

25 Cfr. Maurício & Iria, 2006: 96-98.

26 Cf. Verdelho, 2004: 126-129.

27 Que veio revogar a Lei n.º 69/98, de 28 de Outubro.

artigo 4.º, n.º 1²⁸. Assim, veja-se o *Acórdão do TRG de 10 de Janeiro de 2005*, ao salientar que “a distinção entre dados de tráfego das comunicações e o seu conteúdo é, hoje em dia irrelevante, já que a Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, equipara os dados de conteúdo para efeitos de garantia da inviolabilidade das comunicações”. Isto para concluir que o acesso à *facturação detalhada* exige despacho judicial, ao abrigo do artigo 269.º do CPP, por se tratar de um registo de comunicações²⁹. Ao nível da tutela legal, tornou-se, *mutatis mutandis*, anacrónica a equiparação de determinados dados de base aos dados de tráfego. Aliás, exemplo disso é o presente acórdão que se funda na *equiparação dos dados de conteúdo aos dados de tráfego*, com recondução dos dados de base ao âmbito de protecção conferido aos dados de tráfego.

Porém, mais tarde, o *Acórdão do TRE de 26 de Junho de 2007*³⁰, com fundamento no referido artigo 4.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, *retoma a divisão tripartida* entre *dados de base*, de *tráfego* e de *conteúdo*, segundo o qual os *dados de base* apenas são necessários ao acesso à rede e instrumentais à comunicação, dispensando-se, assim, a sujeição a despacho judicial para a sua obtenção. Por outro lado, no que concerne aos *dados de tráfego* e aos *dados de conteúdo*, uma vez se tratar de elementos da própria comunicação, estes gozam das garantias de inviolabilidade das comunicações, nos termos do artigo 34.º, n.ºs 1 e 4 da CRP, do artigo 27.º, n.º 1, al. g), da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (Lei das Comunicações Electrónicas) e do artigo 4.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto.

Entre outras divergências doutrinárias que se colocaram acerca da matéria *sub judice*, estas decisões traduzem, de forma nítida, a seguinte questão: tendo os *dados de base* deixado de ser objecto de discussão do sigilo das telecomunicações, bem como a respectiva legitimidade de autorização a elementos destas, esta situação teria que ver com o facto de poderem ser revelados mediante solicitação de qualquer entidade judiciária ou órgão de polícia criminal, respeitando à conexão à rede e não às comunicações em si, ou por se entender

28 Prevendo que “as empresas que oferecem redes e/ou serviços de comunicações electrónicas devem garantir a inviolabilidade das comunicações e respectivos *dados de tráfego* realizadas através de redes públicas de comunicações e de serviços electrónicos acessíveis ao público”.

29 Termos em que “sempre que estiver em causa o fornecimento de dados (sejam eles quais forem) relativo a informações [...], apenas o juiz de instrução pode ordenar o seu fornecimento, verificados que estejam os pressupostos legais”.

30 Consultável em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7bd2dd8af10b34c380257b27003a5697?OpenDocument>.

que o nome, a morada e o número de utilizador são elementos que se inserem na categoria mais ampla dos *dados de tráfego*, face aos quais não se pode dispensar, em caso algum, uma autorização judicial? De acordo com isto, Benjamim Silva Rodrigues³¹ considera que apenas se identificam os *dados de tráfego* e os *dados de localização*, remetendo a sua definição para o artigo 2.º, n.º 1, als. *b)* e *c)*³² da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto. Ademais, o mesmo refere que a inviolabilidade do segredo da mensagem se estende, materialmente, a todos aqueles dados relativos à comunicação, tal como tendo sido este o entendimento do TEDH, segundo o qual a garantia de inviolabilidade das comunicações privadas permanece mesmo depois do termo do processo ou do ciclo informacional e comunicacional, procedendo, nesta medida, a uma extensão temporal.

Em suma, como se tem vindo a analisar, da estruturação tripartida passou-se, agora, para um novo paradigma na ordem jurídica, que assentou numa distinção de *carácter temporal do processo de comunicação*, agrupando em cada uma das fases, todos os dados relativos à comunicação e, por outro lado, posteriores à mesma.

2.3. O novo paradigma na ordem jurídica: a Lei do Cibercrime e a consagração da divisão bipartida

Face ao que se tem vindo a expor, consagrou-se um sustento legal próprio, estabelecendo-se a distinção entre o acesso a *dados armazenados* e o acesso a *dados em transmissão*, ainda que, com diferentes regimes, com base na tutela constitucional do direito da privacidade e da inviolabilidade das comunicações, quer quanto aos dados de conteúdo, como quanto aos dados relacionados com a comunicação. Com efeito, interceptação só pode ser autorizada pelo juiz, perante requerimento do MP, durante a fase de inquérito e se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter – não se bastando com um grande interesse para a descoberta da verdade (art.º 18.º, n.º 2 e 3 da LC, aplicando-se, subsidiariamente o regime do arts. 187.º, 188.º e

31 Cf. Rodrigues, 2008: 459.

32 Reportando-se a “quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações electrónicas ou para efeitos da facturação da mesma” e os dados de localização, “quaisquer dados tratados numa rede de comunicações electrónicas que indicam a posição geográfica do equipamento terminal de um assinante ou de qualquer utilizador de um qualquer utilizador de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público”.

190.º do CPP). No que subjaz ao momento posterior à cessação da comunicação, essa protecção já não se afigura tão rígida por se reportar à protecção da privacidade na sua projecção de *autodeterminação informacional*, prevendo-se a autorização ou ordenação pelo juiz, estando em causa um grande interesse para a descoberta da verdade ou da prova³³, ou ainda, os OPC nos casos previstos no art.º 252.º do CPP, aplicando-se por remissão, o regime da correspondência – art.º 179.º do CPP, *ex vi* art.º 17.º da LC.

Esta distinção bipartida com fundamento num reforço de protecção das comunicações vem ultrapassar a distinção tripartida dos dados relativos às comunicações electrónicas, nos exactos termos em que a jurisprudência e a doutrina os conceptualizaram, considerando apenas o “*tipo*” do dado e não o “*momento*” do acesso³⁴, isto porque o legislador conferiu uma tutela acrescida ao teor da comunicação privada (protecção da privacidade em face de terceiros). Entende-se que a partir do momento em que a comunicação cumpre o seu destino, cessa a função comunicacional em si, tomando, o destinatário, conhecimento do conteúdo da comunicação, embora não ficando desprotegido, deixa de merecer a tutela constitucional do segredo das comunicações. Isto implica que o conteúdo já encontrado na comunicação “só perde foro de protecção comunicacional, mas não deixa de ser um conteúdo axiológico-normativamente protegido pelo sentido de privacidade contido em qualquer comunicação”. Benjamim Silva Rodrigues³⁵ afirma que, em sede de comunicações electrónicas, estamos perante situações de protecção constitucional ao nível do artigo 35.º da CRP, que consagra o direito à *autodeterminação informacional*, enquanto expressão de protecção daquela privacidade, dada a devassa dos meios informáticos³⁶, conferindo, assim, um *plus* de protecção a arquivos que já foram comunicação, por aplicação do regime da apreensão da correspondência.

33 O legislador tutelou, de igual forma, o grau de protecção conferido aos meios de obtenção de prova que têm por objecto ficheiros informáticos resultantes do correio electrónico e os que resultam de comunicações postais – situação que não cabe, aqui, analisar.

34 Cf. Neves, 2011: 240.

35 Cf. Rodrigues, 2011: 481.

36 O Tribunal Constitucional Federal alemão previu a possibilidade de dar lugar à aplicação da protecção da integralidade dos sistemas informáticos.

3. A ANÁLISE CRÍTICA DAS OPÇÕES LEGISLATIVAS

3.1. A descoordenação legislativa: algumas propostas de resolução

Alguns autores consideraram que esta produção legislativa resultou numa *descoordenação*, aquando das alterações ao CPP, da aprovação das Leis n.ºs 32/2008, de 17 de Julho, e 109/2009, de 15 de Setembro, suscitando-se dúvidas de interpretação quanto aos âmbitos de aplicação e ao entendimento conceptual em torno dos dados relativos às comunicações electrónicas para efeitos de acesso e obtenção. Nas palavras de Benjamim Silva Rodrigues³⁷, o legislador português criou uma “difícil encruzilhada interpretativa” e, como afirmou Manuel da Costa Andrade³⁸, esta “encruzilhada” implicaria modificações que “aconselhavam o legislador português de 2007 a assumir uma mudança de paradigma normativo”.

Como sustenta Rita Castanheira Neves³⁹, tendo-se assistido a várias “contradições – desnecessárias, pensa-se que, [...] o legislador quis prever e regulamentar diferentemente o acesso e obtenção de dados informáticos como pressuposto geral a todos os crimes ditos informáticos ou que utilizam o computador ou qualquer outro sistema informático para a realização do crime, em grande parte porque a sua prova só é praticamente possível através da recolha de prova em suporte electrónico, consagrando-se aqui requisitos mais flexíveis de admissibilidade”.

Para Pedro Verdelho⁴⁰, aquando do acolhimento da CCiber, o direito português deveria ter implementado uma “inovação conceptual de grande importância prática, quanto ao que considera *dados informáticos* no âmbito das comunicações”⁴¹, pronunciando-se no sentido da distinção operada entre os *dados de base* e os *dados de conteúdo* (pelo Conselho Consultivo da PGR) ter

37 Cf. Rodrigues, 2011: 518.

38 Cf. Andrade, 2009: 184.

39 Cf. Neves, 2011: 236.

40 Cf. Verdelho, 2004: 126-129.

41 Relativamente ao tráfego das comunicações na *Internet*, cumpria distinguir um grupo de dados (de base e conteúdo) que, embora referentes ao tráfego, não se reconduzem aos dados de tráfego telefónico, os quais dizem respeito à factura detalhada e ao *trace-back*. A informação daí adveniente também não é susceptível de ser reconduzida à categoria dos dados de base, por nada revelarem sobre o titular do acesso à rede, o local onde se encontra ou a sua identidade, nem à categoria dos dados de conteúdo, por não ser relativa ao conteúdo da comunicação, emissor ou receptor. Deste modo, estariam em causa *dados individuais*, reportando-se “a uma singela comunicação e nada revelam quanto a outras eventuais comunicações efectuadas ou recebidas”, ou seja, a “dados pertencentes a um terceiro tipo, de natureza intermédia e diferente [...] há que concluir que não poderão ser-lhes extensíveis as reservas aplicáveis aos dados de conteúdo”.

de ser “ajustada às realidades do ambiente cibernético”. Contudo, considerou que a solução passasse, antes, por duas fases distintas dos dados (*tráfego* ou *conteúdo*) que implicam diferentes pressupostos de acesso. Assim, este autor entendeu que, para determinar o dia em que uma pessoa acedeu à *Internet*, não há necessidade de obter, primeiramente, despacho judicial, uma vez que esta informação nada revela sobre a pessoa investigada ou outras eventuais comunicações que possa ter efectuado, diferentemente da *facturação detalhada*.

Na senda do que veio consagrar a LC, Rita Castanheira Neves salienta que *importa mais olhar ao momento de vida do dado, do que propriamente à sua classificação funcional*, na medida em que, “se uma comunicação electrónica é interceptada, o acesso ao seu conteúdo, bem como aos dados relativos à sua origem, destino, trajecto, hora, data, tamanho, duração e tipo de serviço, tem de ser legislativamente tratado em função da tutela constitucional das comunicações privadas, exigindo, pelo menos, a intervenção do juiz, uma delimitação efectuada por um catálogo de crimes e por um catálogo de pessoas susceptíveis de serem visadas e um rígido critério de indispensabilidade da prova para a descoberta da verdade”, mas se se estiver perante o acesso a conteúdos e a dados relacionados que, já se encontram no seu período de armazenamento, apenas se tutela a protecção da privacidade, na vertente de *autodeterminação informacional*. Os *dados de base* não sofreram qualquer variação no regime de acesso, por se tratar de dados de conexão à rede de comunicação e não dados das comunicações entre si, sendo que a protecção que lhes é conferida encontra-se a nível da privacidade e não, eventualmente, da inviolabilidade da comunicação, pelo que só lhes devem aplicar os últimos requisitos. Para os *dados de localização*, deveria diferenciar-se os que dependem de uma comunicação dos que não necessitam de comunicação por assentarem nos próprios aparelhos de comunicação⁴².

Seguindo Manuel da Costa Andrade⁴³, cumpria valorar a posição de domínio do visado pela diligência, no sentido de a mesma exigir que a protecção da inviolabilidade da comunicação se mantenha. Nestes casos, a efectiva tutela jurídica da inviolabilidade das telecomunicações comporta uma *específica situação de perigo* criada no facto da comunicação estar *sujeita ao domínio e à heteronomia de um sistema de telecomunicações*. Assim, quanto aos *dados de conteúdo*, o

42 *Vg.*, os dados produzidos são dados de comunicação no caso de se obter a localização de pessoa, pelo seu telemóvel, unicamente através do início da chamada.

43 *Cf.* Andrade, 2009: 158.

destinatário dispõe dos meios e das faculdades para auto-tutelar a subsistência dos dados daquela comunicação, contrariamente aos *dados de tráfego*, que não chegam a estar na esfera de domínio do titular dos dados, estando sempre na efectiva disposição dos serviços que usam as redes públicas de comunicação, concluindo que “parece, pois, razoável defender que as buscas que tenham por objecto *dados de tráfego* fiquem sujeitas à necessidade de despacho judicial, já que se tratam de dados que figuram sempre e irremediavelmente ligados ao processo comunicacional [...]”.

3.2. Posição pessoal

Analizadas as orientações ou opções legislativas e o pensamento que esteve na base da doutrina e da jurisprudência, cabe ponderar e, seguidamente, colocar a *vaexata quaestio*: das supostas inovações...verdade, utopia ou falta de realismo?

Tendo em conta a evolução legislativa, os sucessivos Projectos de Lei n.ºs 217/X, 240/X e 367/X e a Proposta de Lei n.º 155/IX, apesar de contemplarem disposições inovadoras em sede de obtenção de prova digital electrónica na Internet, pouca ou nenhuma expressão tiveram na nossa ordem jurídica, sendo certo que pode ter sido reflexo da instabilidade política que se fazia sentir. Por outro lado, as opções legislativas, designadamente, a Reforma do CPP, bem como a LC, revelaram algumas debilidades. Veja-se: a primeira denotou uma ausência de ponderação em matéria de recolha de prova electrónica, em particular, na diversidade dos dados, além de não ter adaptado o acesso a comunicações escritas por via telemática ao regime da apreensão da correspondência, tutelando na mesma norma, bens jurídicos com distintos âmbitos de protecção constitucional – a verdadeira “oportunidade perdida”⁴⁴; na segunda, o legislador optou por uma via sistemática desintegrada do CPP.

Contrariamente a alguns autores⁴⁵, esta autonomização de regime plasmada na LC consagra uma tutela mais eficaz por meio de uma lei extravagante do que por via da inserção sistemática no CPP, para facilitar a tarefa do intérprete e aplicador do Direito. Afinal, a cibercriminalidade⁴⁶ reporta-se a uma matéria especial, com disposições materiais penais e processuais penais próprias. A LC

44 Cf. Mesquita, 2010: 88.

45 Cf. Mesquita, 2010: 101 e 102.

46 Cf. Brenner, disponível em <http://www.crime-research.org/library/Susan.htm>.

foi a “oportunidade de ouro”, consubstanciando uma verdadeira “Reforma” no que concerne às disposições processuais e, em particular, permitiu cessar o anacronismo travado pela jurisprudência e pela doutrina sobre a visão redutora da tripartição ou quadripartição de dados, que andando à deriva conceptual, com o Acórdão do TRG de 10 de Janeiro de 2005, dobrou o Cabo das Tormentas, não fazendo sentido que, tal como entendeu Pedro Verdelho (*supra* referido) e alguma jurisprudência, se reconheça a necessidade de tutelar três categorias de dados com fundamento e autonomia para originar três regimes distintos.

Assim, a querela acerca da tipologia dos dados relativos às comunicações electrónicas, não só se encontra ultrapassada por um sustento legal próprio, que procede, antes, à divisão bipartida – já não do tipo de dados, mas de momentos – consagrando-se um novo paradigma, mas também parece, actualmente, não fazer sentido, visto a própria evolução legislativa não estabelecer qualquer tipo de diferenciação de dados, desde a Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, que equiparou os dados de conteúdo aos dados de tráfego, para efeitos de garantia da inviolabilidade das comunicações, até então. Parece que o intuito do legislador foi consagrar um regime “desligado” de preocupações conceptuais relativas ao tipo de dados e garantístico dos direitos de protecção da privacidade e da inviolabilidade das comunicações, em simultâneo, para os dois momentos em que opera a transmissão dos dados, resultando dessa bipartição, diferentes regimes jurídicos (veja-se *supra*, cap. I, ponto 3).

Em jeito de conclusão, pensa-se que a tutela do direito à inviolabilidade das comunicações (art. 34.º da CRP) começa onde acaba a conceptualização formal do tipo de dados. Mais do que “definir”, urge “tutelar” eficazmente o teor da comunicação na sua globalidade⁴⁷, visto existir características comuns entre os vários tipos de dados, basta atender às definições legais previstas pelo legislador. Salvo melhor opinião, o ponto de partida para a resolução do problema colocado não passa pela tentativa de adopção de definições consensuais ou unívocas sobre as categorias de dados para, conseqüentemente, estabelecer os respectivos regimes ou tão pouco uma convergência por parte da doutrina ou da jurisprudência, passando antes pela sua equiparação, pelo que se deve abandonar aquela tese, nos exactos termos em que o fez a LC.

47 Cf. Moniz, 1997: 231-298.

4. CONCLUSÃO

De acordo com tudo o que se expôs, por um lado, a evolução legislativa denotou algumas debilidades para a ordem jurídica, “ficando á quem das exigências nacionais e internacionais”⁴⁸, por outro lado, a doutrina e a jurisprudência tentaram de apresentar soluções que contribuíssem para suprir essas as lacunas legislativas, como se pode verificar *supra*.

No nosso ordenamento jurídico, o legislador consagrou um novo paradigma com a LC (Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro), que permitiu ultrapassar a divisão tipológica (tripartida) dos dados relativos às comunicações electrónicas, para efeitos de acesso e de obtenção, tendo, antes, optado por uma divisão temporal (bipartida) que atende ao momento em que ocorre o acesso, bem como à tutela do direito à inviolabilidade da comunicação e à privacidade, na sua vertente do direito à *autodeterminação informacional* (arts. 34.º e 35.º da CRP), agrupando em cada uma das fases, todos os dados relativos à comunicação e posteriores à mesma.

Como tive oportunidade de salientar na última parte do presente trabalho, o primeiro passo para a solução para o nosso problema passa pela equiparação dos vários tipos de dados, como entendeu o Acórdão do TRG de 10 de Janeiro de 2005, centrada na efectiva garantia da inviolabilidade das comunicações e o segundo passo, dado pela LC, relativamente à separação dos momentos de acesso (*dados armazenados* ou a *dados em transmissão*), reforçando, assim, em especial, a tutela constitucional do direito da privacidade e da inviolabilidade das comunicações, independentemente do tipo de dados em causa.

48 Cf. Lourenço, 2002: 263-348.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa

2009 *Bruscamente no Verão Passado – A reforma do Código do Processo Penal, Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora.

BRENNER, Susan W.

2016 “Is There Such a Thing as “Virtual Crime?”, disponível em <http://www.crime-research.org/library/Susan.htm>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed. Revista, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

GONÇALVES, Pedro

1999 *Direito das Telecomunicações*, Coimbra: Almedina.

LOURENÇO, Pedro Miguel Januário

2002 “Criminalidade Informática no Ciberespaço 10 anos após a Publicação da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto”, in *Instituto Jurídico da Comunicação, Estudos de Direito da Comunicação*, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra.

MADISON, Michael J.

2005 “Law as Design: Objects, Concepts, and Digital Things”, *Case Western Reserve L. Rev.*, v. 56.

MAURÍCIO, Nuno & IRIA, Catarina

2006 “As Escutas Telefónicas como Meio de Obtenção de Prova – Necessidade de uma reforma legislativa ou suficiência de uma interpretação conforme?: Ponto de situação numa já *vaexata quaestio!*”, *Polícia e Justiça*, III Série, N.º 7, pp.

MONIZ, Helena

1997 “Notas sobre a protecção de dados pessoais perante a informática (O caso especial dos casos pessoais relativos à saúde)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7.º Fasc. 2, pp.

MESQUITA, Paulo Dá

2010 *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora.

NEVES, Rita Castanheira

2001 *As Ingerências nas Comunicações Eletrónicas em Processo Penal – Natureza e respetivo Regime Jurídico do Correio Eletrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra: Coimbra Editora.

RODRIGUES, Benjamim Silva

2008 *Das Escutas Telefónicas – A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora.

2011 *Da Prova Penal – Da Prova Electronico-Digital e Criminalidade Informático-Digital*, Tomo IV, 1.^a ed., Lisboa: Rei dos Livros.

VENÂNCIO, Pedro Dias

2011 *Lei do Cibercrime – Anotada e Comentada*, Coimbra: Coimbra Editora.

VERDELHO, Pedro

2004 “A obtenção de prova no ambiente digital”, *Revista do Ministério Público*, Ano 25, n.º 99, pp. 117-136.

Jurisprudência

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acórdão do TC n.º 241/02, de 29 de Maio, Proc. n.º 444/01.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO

Acórdão do TRL de 23 de Junho de 2004, Proc.n.º 8950/2003-3.

Acórdão do TRL de 15 de Maio de 2003, Proc. n.º 10011/2003-3.

Acórdão do TRL de 27 de Setembro de 2007, Proc. n.º 3142/09.3PBFUN-A.L1-5.

Acórdão do TRG de 10 de Janeiro de 2005, Proc. N.º 2189/04-1.

Acórdão do TRE de 26 de Junho de 2007, Proc. n.º 581/12.6PLSNT-A.L1-5.

INTERCEÇÃO DE COMUNICAÇÕES PARA PROVA DOS CRIMES DE INJÚRIAS, AMEAÇAS, COAÇÃO, DEVASSA DA VIDA PRIVADA E PERTURBAÇÃO DA PAZ E DO SOSSEGO COMETIDOS POR MEIO DIFERENTE DO TELEFONE*

Sónia Raquel da Cruz Lopes

ABSTRACT: As an occult method of investigation, the interception of communications is an essential measure for investigating so-called computer crime, as it enables the competent authorities to obtain information relevant to the investigation and to gather the evidence necessary for punish the perpetrator of the crime. However, as a hidden method of investigation it is subject to the verification of certain requirements, being restricted to a catalog of crimes. Thus, we intend to understand whether the Portuguese legislator totally ignored the interests of the investigation in favor of the protection of fundamental rights, making it impossible to intercept communications for the proof of crimes of injury, coercion, deprivation of privacy and disturbance of peace and quiet or if on the contrary it allows the use of this means of obtaining evidence to prove the crimes referred to.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A interceção de comunicações. 2.1. Em que consiste a interceção de comunicações?. 2.2. A interceção de comunicações enquanto método oculto de investigação. 3. A interceção de comunicações para prova dos crimes previstos no artigo 187.º, n.º 1, al. e), do CPP, quando tais crimes são praticados por meio diferente do telefone. 3.1. A interceção de comunicações enquanto meio de obtenção de prova que comporta necessariamente a restrição do direito ao sigilo nas telecomunicações e, como tal, dependente de previsão legal, sob pena de originar uma proibição de prova. 3.2. Âmbito de aplicação do artigo 18.º, da Lei do Cibercrime. 3.3. Será possível recorrer à interceção de comunicações prevista no artigo 18.º, da Lei do Cibercrime para prova dos crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego quando cometidos por meio diferente do telefone?. 4. Conclusão.

Este artigo corresponde, no essencial, ao relatório apresentado na unidade curricular de Direito Penal IV do mestrado profissionalizante em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em maio de 2016, sob orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

1. INTRODUÇÃO

Com este estudo, pretendemos perceber melhor o regime da interceção de comunicações previsto no artigo 18.º, da Lei do Cibercrime (LC), nomeadamente se tal meio de obtenção de prova pode ser utilizado para a prova dos crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando tais crimes são praticados por via informática.

Como sabemos, o Processo Penal tem por finalidade quer a descoberta da verdade material, a realização da justiça e o restabelecimento da paz jurídica, como também a proteção de direitos fundamentais. E, muitas vezes, estas finalidades entram em conflito e há necessidade de se proceder à restrição de direitos fundamentais, nomeadamente, Direitos, Liberdades e Garantias (DLG) e tal é permitido pela nossa Constituição da República Portuguesa (CRP), pelos artigos 18.º, n.º 2 e 34.º, n.º 4, pois se o primeiro estabelece que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, o segundo determina que as “ingerências das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação” não são proibidos “nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal”.

Ora, a interceção de comunicações constitui um desses casos, uma vez que implica necessariamente a restrição de direitos fundamentais. Todavia, tendo em consideração que este meio de obtenção de prova é um método oculto de investigação a sua aplicação é estritamente excecional e está sujeita a determinados pressupostos, como a existência de um catálogo de crimes.

Resta saber se este catálogo de crimes não veda a possibilidade de realizar uma interceção de comunicações para prova dos crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando tais crimes são praticados através de um meio informático, como por exemplo o correio eletrónico, uma vez que o artigo 187.º do Código de Processo Penal (CPP) só permite a realização de uma interceção telefónica quando tais crimes são cometidos através do telefone. Parece-nos, todavia, que tal problema já encontra uma resposta na própria lei, mas de todo o modo, somos da opinião que não se justificaria uma tutela processual penal superior para as ofensas cometidas através do telefone.

Assim, optámos por dividir este estudo em dois grandes capítulos: no primeiro capítulo iremos debruçar-nos muito resumidamente sobre o conceito de interceção de comunicações, bem como abordaremos o facto da interceção de

comunicações ser um método oculto de investigação, o que acarreta maiores restrições aos direitos fundamentais e, por isso, deve obedecer a determinados pressupostos materiais, formais-procedimentais e orgânicos para que seja válida e legítima. Por sua vez, no segundo capítulo procederemos à análise do problema concreto, onde nos iremos debruçar, em primeiro lugar, na restrição do direito ao sigilo nas telecomunicações, tendo em consideração que se atendermos somente à redação da al. e), do n.º 1, do artigo 187.º do CPP, a lei apenas possibilita o recurso à interceção de comunicações para prova dos crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego quando tais crimes são praticados através do telefone, pelo que a extensão a outros meios informáticos poderá consubstanciar uma intromissão ilegítima no direito ao sigilo das comunicações eletrónicas, o que, eventualmente, poderá dar lugar a uma proibição de prova, por falta de uma lei que legitime o recurso a este meio de obtenção de prova quando tais crimes são praticados por outro meio. Posteriormente, falaremos do âmbito de aplicação material do artigo 18.º, n.º 1, da LC, de modo a perceber qual o catálogo de crimes que pode legitimar o recurso a este meio de obtenção de prova e, por fim, iremos responder à questão por nós colocada, de modo a esclarecer se a lei prevê ou não o recurso à interceção de comunicações quando os crimes previstos na al. e), do n.º 1, do artigo 187.º do CPP são praticados por meio diferente do telefone.

2. A INTERCEÇÃO DE COMUNICAÇÕES

2.1. Em que consiste a interceção de comunicações

Em conformidade com o disposto no artigo 2.º, al. e), da LC, a interceção é “o ato destinado a captar informações contidas num sistema informático, através de dispositivos eletromagnéticos, acústicos, mecânicos ou outros”.

A doutrina italiana, à semelhança da lei portuguesa, para considerar uma dada operação como “interceção”, considera fundamental a utilização adequada de um meio mecânico ou eletrónico de forma a superar a normal capacidade dos sentidos¹. Por sua vez, a jurisprudência italiana, definiu interceção como a captação de uma comunicação dirigida a uma terceira pessoa que é realizada

1 Neste sentido, Fumu, 1990: 774, citando “utilizzazione di mezzi meccanici od elettronici idonei a superare le normali capacità de sensi”.

sem impossibilitar a sua prossecução e sem que os interlocutores, ou pelo menos um deles, disso tomem conhecimento, consistindo na apreensão em tempo real do conteúdo de uma comunicação em curso².

Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de julho de 2008³, refere que “todas as comunicações por via eletrónica ocorrem durante certo lapso de tempo. Começam quando entram na rede e acabam quando saem da mesma”⁴. No entendimento de Pedro Verdelho⁵, a comunicação é uma realidade dinâmica, vai de um lado para o outro, entre um emissor e um recetor. As mensagens de correio eletrónico, por exemplo, são uma comunicação enquanto circulam nas redes, entre o computador de origem e o de destino e é precisamente enquanto a comunicação circula nas redes que a interceção pode ser efetuada.

Deste modo, podemos chegar à conclusão que esta captação de informações ocorre em tempo real, isto é, no próprio momento em que a comunicação é efetuada ou, como refere Pedro Venâncio, “no seu trajeto do computador do emissor para o computador do recetor através da rede de servidores”⁶.

Desta forma, Paulo Dá Mesquita refere que a interceção de comunicações é “outra via de intromissão processual no conteúdo das comunicações de correio eletrónico ou de natureza semelhante, é uma outra forma de «acesso legítimo a sistema informático», para além da busca informática”⁷.

Com efeito, o artigo 18.º, da LC, que prevê o regime jurídico da interceção de comunicações aplica-se à interceção de dados de conteúdo e dados de tráfego, mas somente enquanto as comunicações ainda estão em curso⁸. Assim, “quando o momento do seu recebimento já pertence ao passado, qualquer contacto com a comunicação feita não tem qualquer correspondência com a

2 Neste sentido, Sentenza n.º 6 del 2000, Cassazione Penale, Sezioni Unite, 23 Febbraio 2000, Roma, onde refere que interceção telefónica consiste “nella captazione di comunicazioni che si svolgono fra terze persone realizzata senza impedirne la prosecuzione e senza che gli interlocutori (o almeno uno di essi) ne siano a conoscenza” e, posteriormente, refere que a interceção “consiste nell’apprensione in tempo reale del contenuto di una comunicazione in corso”.

3 Proc. n.º 3453/2008-5.

4 *Idem*: 10.

5 Neste sentido, Verdelho, 2008: 164.

6 Venâncio, 2006: 22.

7 Mesquita, 2010: 120.

8 Neste sentido ver também Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora, de 6 de janeiro de 2015, Proc. n.º 6793/11.2TDLSB-A.E1: 1; e de 20 de janeiro de 2015, Proc. n.º 648/14.6GCFAR-A.E1: 1.

ideia de interceção. As mensagens que depois de recebidas, ficam gravadas no recetor deixam de ter a natureza de comunicação em transmissão”⁹, pelo que o regime a aplicar já não será o da interceção de comunicações.

2.2. A interceção de comunicações enquanto método oculto de investigação

Do exposto podemos retirar que a interceção de comunicações se trata de um método oculto de investigação, uma vez que os visados pela diligência só tomam conhecimento depois da medida ter sido levada a cabo.

Nas palavras de Manuel da Costa Andrade, “os métodos ocultos de investigação representam uma intromissão nos processos de ação, interação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto nem dele se apercebam”¹⁰ e, por isso, continuam a interagir espontaneamente, podendo dessa forma contribuir para a sua autoincriminação.

No entanto, num verdadeiro Estado de Direito Democrático, como é o nosso, tal método de investigação oculto para subsistir tem que ser compatível com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Deste modo, o emprego de um método oculto de investigação, como o é a interceção de comunicações, tem de garantir a não ingerência naquela área nuclear da intimidade que é imprescindível para se salvaguardar a dignidade da pessoa humana. Desta forma, como menciona Rita Castanheira Neves, “é fundamental impor limites na investigação mesmo do criminoso mais hediondo, pois só assim se garantirá que há um espaço irredutível de dignidade humana que não é abalada pelas instâncias formais de controlo, as quais agem – não se pode esquecer – no cumprimento dos desígnios de um Estado de Direito”¹¹.

Com efeito, quando são alvo de um método oculto de investigação como a interceção de comunicações, os sujeitos visados pela diligência, uma vez que só tomam conhecimento da mesma quando esta já se encontra consumada, não têm qualquer possibilidade de reação ou defesa quanto a essa interceção, ainda que a mesma tenha sido regularmente decretada, o que significa que, tais meios de obtenção de prova, pela sua natureza oculta, sacrificam, no plano adjetivo-processual, o direito a recusar o testemunho, o princípio *nemo tenetur*

9 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de julho de 2008, Proc. n.º 3453/2008-5: 10-11.

10 Costa Andrade, 2009: 105.

11 Neves, 2011: 98.

se ipsum accusare, e o direito ao silêncio, ao permitirem “a obtenção fraudulenta de “confissões” inconscientes e, como tais, não livres”¹².

Além disso, no plano material-substantivo, os métodos ocultos de investigação restringem diversos direitos fundamentais, não só do visado pela diligência, mas dos terceiros que com ele comunicam, designadamente o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, o direito à inviolabilidade da correspondência e demais comunicações privadas e o direito à autodeterminação informacional e comunicacional.

Desta forma, o recurso à interceção de comunicações, enquanto método oculto de investigação, apresenta um elevado potencial de danosidade social, na medida em que comporta irremediavelmente a restrição de direitos fundamentais, pelo que só deve ser admitido excecionalmente, em função da verificação de determinados pressupostos cuja não verificação tornará ilegítimo o uso de tal meio (proibição de produção) e afetará também a possibilidade da sua valoração (proibição de valoração).

Como primeiro pressuposto temos, desde logo, o princípio da reserva de lei¹³, isto é, só a lei (da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado) pode autorizar e legitimar esta medida, em conformidade com o disposto nos artigos 18.º, n.º 2 e 165.º, n.º 1, al. c), da CRP.

Todavia, como refere Manuel da Costa Andrade, “a lei deve permitir identificar com rigor e segurança tanto o bem jurídico ou o direito fundamental lesado ou atingido como o teor do respetivo sacrifício”¹⁴. A lei deve, ainda, identificar aquilo que a jurisprudência constitucional alemã apelida de “princípio da vinculação ao fim”, ou seja, deve indicar o fundamento, o fim e os limites da interceção, de uma forma precisa e clara.

Como segundo pressuposto, exige-se a existência de um “catálogo” de crimes que legitimarão a interceção de comunicações. No entanto, tal catálogo deverá ser restrito a infrações suficientemente graves que justifiquem o recurso a este método oculto e deverá ser sempre definido segundo critérios de proporcionalidade. Consequentemente, a existência de um catálogo de

12 Costa Andrade, 2009: 107.

13 Também Víctor Moreno Catena alerta para a necessidade das diligências desta fase do processo penal respeitarem as leis em estrita conformidade com o princípio da legalidade. Neste sentido ver Catena, 2008: 78, onde refere “*como actividad realizada por servidores públicos y tendente al ejercicio del poder punitivo del Estado, las diligencias de esta fase del procedimiento deben sujetarse a las disposiciones legales, y practicarse, por tanto, cumpliendo estrictamente el principio de legalidad*”.

14 Costa Andrade, 2009: 112.

crimes, torna inaplicável este meio de obtenção de prova a outro tipo de crimes.

O terceiro pressuposto para que a interceção de comunicações seja admissível é a verificação de uma “suspeita fundada em factos concretos e medidos a partir de critérios de plausibilidade e probabilidade”¹⁵ da ocorrência da infração. Suspeita esta que terá de reportar-se ao momento em que a interceção de comunicações é autorizada pela autoridade competente.

O quarto pressuposto diz respeito à necessidade de se atender ao princípio da subsidiariedade, quer em relação aos outros métodos ocultos disponíveis, quer em relação aos métodos não ocultos. Desta forma, não deve recorrer-se à interceção de comunicações quando for possível alcançar o mesmo resultado recorrendo a um método não oculto. Todavia, se for necessário recorrer a um método oculto de investigação dever-se-á recorrer sempre ao que for menos lesivo.

De acordo com o quinto pressuposto e em conformidade com o disposto no artigo 18.º, da CRP, o recurso à interceção de comunicações deverá obedecer ao princípio da proporcionalidade. Este princípio deve estar presente quer no momento da escolha dos crimes que vão integrar o catálogo, quer no fundamento da suspeita, quer na ideia de subsidiariedade. Para além disso, Manuel da Costa Andrade refere a necessidade de se observar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o que significa que “numa ponderação global, a gravidade da intromissão não seja desproporcionada face ao peso das razões que a justificam”¹⁶.

O sexto pressuposto para que a interceção de comunicações seja legítima é a necessidade de salvaguardar a área nuclear da intimidade dos visados, pois só assim se salvaguardará o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Por último, temos um pressuposto de carácter orgânico-procedimental, relativo à entidade competente para decidir sobre a medida ou autorizar a sua realização. Tal competência deve estar sempre reservada ao juiz, salvo nos casos de “perigo na demora”. Pretende-se, com a reserva do juiz, a tutela preventiva dos direitos fundamentais dos visados, pois, tal como refere João Conde Correia, só ao juiz compete declarar, no caso concreto, “qual dos interesses deve prevalecer. Se o interesse punitivo do Estado, se os direitos fundamentais, cuja restrição se pretende”¹⁷.

15 Rodrigues, 2010: 56.

16 Costa Andrade, 2009: 116.

17 Correia, 1999: 61.

3. A INTERCEÇÃO DE COMUNICAÇÕES PARA PROVA DOS CRIMES PREVISTOS NO ARTIGO 187.º, N.º 1, AL. E), DO CPP, QUANDO TAIS CRIMES SÃO PRATICADOS POR MEIO DIFERENTE DO TELEFONE

3.1. A interceção de comunicações enquanto meio de obtenção de prova que comporta necessariamente a restrição do direito ao sigilo nas telecomunicações e, como tal, dependente de previsão legal, sob pena de originar uma proibição de prova

Como sabemos, o que está em causa no âmbito da interceção de comunicações é um valor constitucional – o da garantia do sigilo nas comunicações, constitucionalmente tutelado. Tal direito está também consagrado em alguns diplomas de direito internacional, nomeadamente, no artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), no artigo 17.º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e no artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

Ao contrário do que sucede noutros países europeus, em Portugal o direito ao sigilo das comunicações (eletrónicas) tem um tratamento autónomo no artigo 34.º da CRP, que estabelece que “O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis”, acrescentando, o n.º 4 do mesmo preceito legal que “é proibida a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação...”.

Além disso, o artigo 32.º, n.º 8, da CRP confere uma proteção constitucional reforçada ao sigilo nas comunicações eletrónicas, uma vez que comina com a nulidade as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada e nas telecomunicações.

Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁸, “o conteúdo do direito ao sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada abrange toda a espécie de correspondência de pessoa para pessoa (...) e todas as telecomunicações (telefone, telegrama, telefax, etc.). A garantia do sigilo abrange não apenas o conteúdo da correspondência, mas o «tráfego» como tal (espécie, duração, intensidade de utilização)”. Acrescentam ainda, estes autores, que “a Constituição não apenas garante o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privados (n.º 1) mas também proíbe toda a ingerência”.

18 Gomes Canotilho e Vital Moreira, 2007: 544-545.

Também Pedro Gonçalves¹⁹ refere que este direito abrange quer a proibição do acesso não autorizado de terceiros ao conteúdo das comunicações, a chamada vigilância ou interceção de comunicações, quer a proibição da divulgação e utilização por terceiros desse conteúdo e das circunstâncias (tais como a hora, a duração, os endereços, etc.) das comunicações estabelecidas.

No entanto, o direito ao sigilo das comunicações eletrónicas não é um direito absoluto e, por isso, nos termos da parte final do n.º 4, do artigo 34.º da CRP admite-se restrições em sede de processo criminal, cabendo à lei ordinária definir os limites em que essas restrições podem ter lugar. Como refere João Conde Correia, “a intervenção restritiva do legislador ordinário terá que constar da lei ou decreto-lei autorizado, com carácter geral e abstrato e não retroativo”²⁰.

De acordo com Benjamim Silva Rodrigues, “a inexistência de previsibilidade legal implicará a deslegitimação do uso de tais métodos ocultos de investigação”²¹.

No entendimento de Manuel da Costa Andrade²², a evolução tecnológica não tem “como reverso necessário e automático, o alargamento das autorizações legais de compressão ou invasão preexistentes, que terão de ser interpretadas e aplicadas no estrito respeito pelos seus limites legais”. Deste modo, conclui dizendo que “o recurso a um novo meio técnico (oculto e invasivo) de investigação em processo penal só é possível depois de prévia – explícita e autónoma – legitimação legal”.

Desta forma, caso não exista uma norma legal que permita o recurso à interceção de comunicações para a prova dos crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos por meio informático, tal possibilidade só é admissível quando tais crimes sejam praticados através do telefone, tendo em consideração que o catálogo de crimes previsto no artigo 187.º, n.º 1, do CPP apresenta um elenco taxativo, o recurso a este meio de obtenção de prova só é admissível quando tais crimes são praticados através do telefone.

Nesta medida, atento somente ao artigo 187.º, n.º 1, al. e), do CPP, a interpretação extensiva deste meio de obtenção de prova quando os crimes previstos

19 Gonçalves, 1999: 190.

20 Correia, 1999: 59.

21 Rodrigues, 2010: 54-55.

22 Costa Andrade, 2009: 113.

neste preceito legal são praticados por outro meio parece ter como consequência a intromissão ilegítima no direito ao sigilo das comunicações eletrónicas, por violar o princípio da legalidade²³.

Ora, nestes casos, à semelhança do que prevê o artigo 32.º, n.º 8, da CRP, os artigos 190.º e 126.º, n.º 3, do CPP preveem o regime da nulidade da prova como consequência da não verificação dos pressupostos exigidos, neste caso a não conformidade com o princípio da legalidade.

No entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque²⁴, o artigo 126.º, n.º 3, do CPP comina uma nulidade relativa para a intromissão ilegítima nas telecomunicações, pois é sanável pelo consentimento *a posteriori* do titular do direito. Como refere o mesmo Autor, “a legitimidade para o consentimento depende da titularidade do direito em relação ao qual se verificou a intromissão ilegal. O consentimento pode ser dado *ex ante* ou *ex post facto*. Se o titular do direito pode consentir na intromissão na vida jurídica do seu direito, ele também pode renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do ato, tudo com consequência da sanação da nulidade da prova proibida.”²⁵

Também Manuel da Costa Andrade refere que “nas hipóteses previstas no n.º 3, *o consentimento afasta a proibição*: tanto a proibição de produção como a respetiva consequência. Consequência que persiste *a mesma – nulidade/proibição de valoração – se não houver consentimento*”. Pelo contrário, “na constelação do n.º 1 a consequência – *nulidade/proibição de valoração* – persiste invariavelmente a mesma, haja ou não consentimento da pessoa atingida”²⁶.

No entendimento de Paulo de Sousa Mendes, “a tortura, a coação ou a ofensa da integridade física ou moral da pessoa em geral são métodos absolutamente proibidos de obtenção de provas. Já a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações são métodos relativamente proibidos, por isso mesmo que a proibição agora é afastada quer pelo acordo do titular dos direitos em causa, quer pelas restrições à inviolabilidade desses direitos constantes do art. 34.º, n.ºs 2, 3 e 4, da CRP”. Acrescenta ainda o mesmo Autor que “o art. 126.º repete a citada distinção entre as proibições absolutas e as proibições relativas de obtenção de provas. No caso do art. 126.º,

23 Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 5 de junho de 2012, Proc. n.º 12/12.1YREVR: 4.

24 Albuquerque, 2011: 335.

25 *Ibidem* (destaques eliminados).

26 Costa Andrade, 2009: 137.

n.ºs 1 e 2, vigora uma proibição absoluta de obtenção de provas através dos meios ali indicados, ainda que sejam obtidas a coberto do consentimento do titular dos direitos em causa. No caso do art. 126.º, n.º 3, a proibição é afastada pelo acordo do titular dos direitos em causa, ou então é removida mediante as ordens ou autorizações emanadas de certas autoridades, nos termos da lei.²⁷ Todavia, Paulo de Sousa Mendes salienta que “o art. 126.º, n.º 3, não contém um regime diverso do anterior”, ou seja, do artigo 126.º, n.º 1, na medida em que o legislador cominou igualmente a nulidade, “a mesma espécie de nulidade – das provas obtidas dessa maneira, determinando que essas provas tão-pouco podem ser utilizadas.”²⁸

Não obstante as divergências doutrinárias, dir-se-á que, se o titular do direito não consentir, a prova obtida mediante intromissão nas telecomunicações é nula, em consequência de uma proibição de produção, e não pode ser utilizada (proibição de valoração), a não ser, eventualmente, para punir quem as obteve ilegítimamente. Ora, no entendimento de Pedro Verdelho, “a consagração deste princípio pretende estabelecer claramente que quem investiga não pode recorrer aos mesmos métodos de quem é investigado. Não se pode investigar sem respeito pelas regras legais e a prova reunida tem que cumprir os requisitos formais legalmente fixados”²⁹.

No entanto, João Conde Correia tem um entendimento diverso, pois, na sua opinião, o recurso à interceção de comunicações quando os crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego forem praticados por via de um sistema informático não seria uma solução arbitrária e, conseqüentemente, não consubstanciaria uma intromissão ilegítima no sigilo das comunicações eletrónicas, pois a própria “Constituição não prevê formas de utilização abusiva deste direito”, aliás “é a própria Constituição que não protege essas formas de utilização do direito fundamental, nomeadamente quando estas integram um ilícito criminal”³⁰ e, tal como refere Vieira de Andrade, “se num caso hipotético ou concreto se põe em causa o conteúdo essencial de outro direito, se se atingem intoleravelmente valores comunitários básicos ou princípios fundamentais da ordem constitucional, deverá resultar

27 Sousa Mendes, 2015: 180.

28 *Idem*: 188.

29 Verdelho, 2004: 119-120.

30 Correia, 2014: 46.

para o intérprete a convicção de que a proteção constitucional do direito não quis ir tão longe”³¹.

João Conde Correia³² salienta ainda que “o sigilo das comunicações eletrónicas não foi concedido para, a seu coberto, se poder insultar, ameaçar ou coagir outrem ou para se poder devassar a sua vida privada”. Ora no entendimento do mesmo Autor, “nestes casos, apesar da sua reduzida relevância penal, o Estado deve ter legitimidade para intervir”, pois nada justifica “destacar as ofensas cometidas por telefone, conferindo-lhes uma tutela processual penal muito superior às cometidas por via informática”.

3.2. Âmbito de aplicação material do artigo 18.º da Lei do Cibercrime

Ao contrário das disposições processuais previstas nos artigos 12.º a 17.º da LC, cujo âmbito de aplicação se encontra regulamentado no artigo 11.º do referido diploma, o artigo 18.º consagra o seu próprio âmbito de aplicação. Ora, podemos constatar que o âmbito de aplicação desta disposição legal é bastante mais restrito e tal deve-se ao facto de este meio de obtenção de prova, enquanto método oculto de investigação, ser bastante mais restritivo e intrusivo dos direitos fundamentais do que a generalidade dos outros meios de obtenção de prova previstos na presente lei, como já tivemos oportunidade de explicar.

Com efeito, como método oculto de investigação, a interceção de comunicações só é admissível, para além dos outros pressupostos cumulativamente exigíveis para a legitimidade e validade da prova, relativamente a um catálogo específico de crimes e só poderá ser autorizada durante a fase de inquérito, “se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”.

Desta forma, o artigo 18.º, n.º 1, da LC prevê que o recurso à interceção de comunicações só é admissível em processos relativos a crimes previstos na LC ou a crimes “cometidos por meio de um sistema informático ou em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico, quando tais crimes se encontrem previstos no artigo 187.º do Código do Processo Penal”. Desta forma, o artigo 18.º da LC aplicar-se-á somente às medidas de interceção de comunicações em tempo real quanto aos crimes previstos na LC (falsidade informática, dano relativo a programas ou outros

31 Vieira de Andrade, 2012: 276.

32 Correia, 2014: 46.

dados informáticos, sabotagem informática, acesso ilegítimo, interceção ilegítima e reprodução ilegítima de programa protegido), em conformidade com o disposto na al. *a*), do n.º 1, do artigo 18.º da LC, independentemente do meio de comunicação utilizado (correio eletrónico, telemóvel, telefone, etc) e será também aplicável aos crimes previstos no artigo 187.º, n.º 1, do CPP, mas somente quando estes forem cometidos por meio de sistemas informáticos ou relativamente aos quais seja necessário recolher prova em suporte eletrónico.

Todavia, atentos à redação do artigo 187.º, n.º 1, al. *e*), do CPP, a aplicação de tal medida aos crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego só é possível quando tais crimes são cometidos através do telefone. Posto isto:

3.3. Será possível recorrer à interceção de comunicações prevista no artigo 18.º da Lei do Cibercrime para prova dos crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego quando cometidos por meio diferente do telefone?

Ora, aplicando-se aos crimes previstos no artigo 187.º, n.º 1, do CPP, a interceção de comunicações poder-se-á aplicar aos crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, pois estes crimes fazem ainda parte do catálogo.

Todavia, em conformidade com o disposto na al. *e*), do n.º 1, do artigo 187.º do CPP, tal meio de obtenção de prova só pode ser aplicado a tais crimes quando os mesmos são cometidos através do telefone e é precisamente aqui que se levanta o problema por nós colocado.

Na discussão do Plenário na Assembleia da República da proposta de lei n.º 109/X, a 14 de março de 2007, o Ministro da Justiça Alberto Costa³³ referiu que aquilo que se pretendia era proceder a uma revisão onde se alargasse o “âmbito dos crimes que podiam justificar interceções eletrónicas, abrangendo nomeadamente a ameaça da prática de crime e a evasão”. Acrescentou ainda que “um Direito Processual Penal de inspiração liberal deve ser forte na defesa dos direitos das pessoas e forte nos instrumentos de combate ao crime. É assim que passa a estar prevista a obtenção de dados sobre transmissão por via telemática, seja qual for a natureza do suporte”. Pretendia com isto dizer que esta revisão do CPP tinha em vista “robustecer a posição pública e suprir lacunas,

33 Diário da Assembleia da República, I.ª Série, n.º 59, de 15 de março de 2007: 25.

visando equiparar melhor a justiça na ação contra o crime”, introduzindo-se “novas soluções hoje requeridas”.

Todavia, já nesta altura, o Conselheiro Pinto Monteiro alertou, que havia uma falha na proposta de lei, pois havendo a possibilidade legal prevista na al. e), do n.º 1, do artigo 187.º do CPP de realização de interceções telefónicas no decurso da investigação de alguns crimes cometidos por telefone, a proposta não previa a realização de interceção de comunicações por via eletrónica, se esta for a via pela qual os crimes foram praticados³⁴ e na altura a lacuna manteve-se.

Neste sentido Carlos Adérito Teixeira³⁵ afirma existir uma dificuldade na “aplicação do regime das escutas telefónicas ao correio eletrónico em torno do catálogo de crimes, previsto no artigo 187.º do CPP, em particular face ao disposto na al. e), do n.º 1, ao prever-se ali os crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através do telefone”. No seu entendimento, “esta formulação típica não parece consentir a extensão de regime aos (mesmos) crimes cometidos através de outros meios para efeito de se considerarem de catálogo e legitimadores da “interceção” desses meios para obtenção de prova”, devido, sobretudo a duas razões: “por um lado, porque em matéria de restrição de direitos – que uma interceção sempre representa – não são admissíveis extensões do âmbito do regime que o legislador estabeleceu; por outro lado, não se poderá dizer que a *mens legislatoris* visaria incluir no catálogo os crimes cometidos através do telefone ou através de “quaisquer outros meios” (a que alude no art. 189.º) porque, em outros lugares do artigo onde se enuncia o catálogo, quando entendeu ser abrangente, usou a expressão “meio de comunicação” (cfr. n.º 4 e n.º 7 do art. 187.º) e não telefone”. Desta forma, conclui dizendo que não se pode “lançar mão desta via de obtenção de prova quando praticados os crimes daquela al. e) por meios técnicos diferentes do telefone, mesmo admitindo ser esse o único meio de prova, porquanto instrumento do crime”.

Rita Castanheira Neves³⁶ partilha do mesmo entendimento, ao referir que tal extensão não parece ser possível “dada a específica metodologia que deve seguir a interpretação da lei penal e processual penal, atento o respeito ao princípio da legalidade”. Desta forma, defende que “deveria ter sido o legislador a ter a preocupação de logo estabelecer na parte final da agora alínea e) do n.º 1

34 Neste sentido, Verdelho, 2008: 161.

35 Teixeira, 2008: 284.

36 Neves, 2011: 167.

do artigo 187.º do Código do Processo Penal a expressão *quando cometidos através de meio técnico de comunicação*. Para além disso, tal interpretação seria *in male partem*, sendo, por isso, inconstitucional”.

Todavia, há entendimentos diversos, pois de acordo com Joel Timóteo Pereira³⁷ será possível a interceção de correio eletrónico em investigações de crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego se estes forem cometidos através de e-mail, ou seja, em vez de vedar o acesso a estas comunicações eletrónicas, enquanto meio de obtenção de prova, nas investigações daqueles específicos crimes, devido ao facto de o catálogo de crimes consagrar a expressão “quando cometidos através do telefone”, o Autor equipara os demais meios de comunicação a esta expressão.

Nas palavras de João Conde Correia³⁸ numa interpretação literal da norma teremos de excluir todos os crimes não incluídos no catálogo restritivo do artigo 18.º, n.º 1, da LC, o que revela, que o propósito de “responder ao diagnóstico de uma carência do ordenamento jurídico nacional relativa à recolha de prova eletrónica”³⁹ não foi alcançado.

Todavia, no seu entender, o catálogo de crimes constante do artigo 187.º, n.º 1, do CPP “deverá, numa interpretação atualista, incluir os crimes de injúria, ameaça, coação ou devassa da vida privada cometidos através de sistema informático. O que ali é autorizado para os crimes praticados através do telefone é aqui permitido para os crimes cometidos através de um sistema informático”, pois de acordo com a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 289/X, “o propósito do legislador, embora muito mal expresso, foi, justamente, permitir a «realização de interceção de comunicações eletrónicas e, sobretudo a obtenção de dados de tráfego» nos «processos crimes em que se investiguem crimes cometidos por via das redes de comunicações»”. Deste modo, “a remissão legal é, assim, para o tipo de crime em causa e não para a forma como ele é cometido, pois essa passa necessariamente por um sistema informático, como resulta da primeira parte da alínea *b*), do número um do artigo 18.º («cometidos por meio de um sistema informático»)”⁴⁰.

No nosso entendimento e tal como refere João Conde Correia, o que está aqui em causa não é o catálogo de crimes, porque os crimes de injúria, ameaça,

37 Pereira, 2004: 1000-1001.

38 Correia, 2014: 45.

39 Mesquita, 2010: 97.

40 Correia, 2014: 45-46.

coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego fazem parte do catálogo de crimes previsto no artigo 187.º, n.º 1, do CPP. O que está aqui em causa é o meio como esses crimes do catálogo foram praticados. Deste modo, somos do entendimento que é possível recorrer quer à interceção de dados de conteúdo, quer à interceção de dados de tráfego, porque tal é permitido pelo n.º 3, do artigo 18.º, da LC, para prova dos crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego quando cometidos por meio diferente do telefone, pois tal não violará o princípio da legalidade, uma vez que é a própria lei, nomeadamente, o artigo 18.º, n.º 1, al. b), da LC, que prevê tal possibilidade ao estabelecer que é admissível o recurso à interceção de comunicações nos crimes previsto no catálogo do artigo 187.º do CPP, quando tais crimes são cometidos por meio de um sistema informático.

Ora, de acordo com a al. a), do artigo 2.º da LC, sistema informático é “qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em que um ou mais de entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento autonomizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, proteção e manutenção”, o que, a nosso ver, significa que se pode recorrer à interceção de comunicações quando esta comunicação é transmitida por meio técnico diferente do telefone, nomeadamente correio eletrónico, mensagens trocadas através de processos de comunicação instantânea, entre outros.

Assim, concordamos com João Conde Correia quando refere que a remissão legal é para o tipo de crime em causa, ou seja, para os crimes do catálogo, onde se insere precisamente os crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego e não para a forma como ele é cometido, pois o artigo 18.º, n.º 1, al. b) permite o recurso à interceção de comunicações para a prova dos crimes previstos no artigo 187.º do CPP precisamente quando tais crimes são praticados por meio de um sistema informático, ou seja, esta possibilidade não está vedada exclusivamente ao uso do telefone para a prática de tais crimes, pois essa prática pode ocorrer por outros meios, designadamente, o correio eletrónico.

Consequentemente, não estamos também, no presente caso, perante uma proibição de prova relativa, pois não estamos perante uma intromissão ilegítima no direito ao sigilo das comunicações eletrónicas, pois a própria lei prevê a possibilidade de se recorrer à interceção de comunicações para prova

dos crimes previstos no artigo 187.º, n.º 1, al. e), do CPP, quando tais crimes são praticados por meio de um sistema informático, pelo que tal ingerência é admissível à luz do artigo 34.º, n.º 4, da CRP e, portanto, legítima.

4. CONCLUSÃO

O desenvolvimento das novas tecnologias de informação facilitaram a comunicação entre os vários agentes de uma sociedade. Todavia, como referimos, também abriram caminho a uma nova forma de criminalidade, a chamada criminalidade informática. E, de forma a fazer face a esta nova forma de criminalidade, os Estados têm recorrido cada vez mais aos métodos ocultos de investigação, como a interceção de comunicações, uma vez que são métodos que permitem, mais facilmente, a descoberta das infrações e a respetiva punição do seu agente.

De facto a CRP permite o recurso à interceção de comunicações, na medida em que prevê, no artigo 34.º, n.º 4, a possibilidade de ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações “nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. Todavia, tendo em consideração que a interceção de comunicações prevista no artigo 18.º da LC é um método oculto de investigação e, como tal, um método de obtenção de prova que tem subjacente uma elevada danosidade social pelo facto de implicar a ingerência por parte do Estado nas comunicações eletrónicas e, conseqüentemente, a restrição de direitos fundamentais, implica, para a sua validade e legitimidade, como já tivemos oportunidade de expor, a verificação de determinados pressupostos, como a existência de um catálogo de crimes e a observância do princípio da legalidade, sob pena de originar uma proibição de prova relativa.

Com efeito, o artigo 18.º, n.º 1, da LC prevê que só se poderá recorrer à interceção de comunicações em tempo real quando está em causa um crime previsto na LC, independentemente do meio de comunicação utilizado, ou quando está em causa um dos crimes previstos no artigo 187.º, n.º 1, do CPP, mas somente quando estes forem cometidos por meio de sistemas informáticos ou relativamente aos quais seja necessário recolher prova em suporte eletrónico.

Posto isto, o problema que importava esclarecer era se a interceção de comunicações poderá ser aplicável aos crimes de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego quando tais crimes são praticados por meio diferente do telefone, uma vez que o artigo 187.º, n.º 1, al. e), do CPP só prevê tal possibilidade quando tais crimes são cometidos através do telefone.

Na nossa opinião, poder-se-á recorrer à interceção de comunicações para prova dos crimes anteriormente referidos quando tais crimes são praticados por meio diferente do telefone, pois tal não violará o princípio da legalidade, uma vez que o próprio artigo 18.º, n.º 1, al. *b*), da LC prevê expressamente essa possibilidade ao dispor que “é admissível o recurso à interceção de comunicações em processos relativos a crimes cometidos por meio de um sistema informático (...) quando tais crimes se encontrem previstos no artigo 187.º do Código do Processo Penal”, não se cingindo, por isso, aos crimes cometidos através do telefone.

Assim, apesar da doutrina ainda não ser unânime quanto a esta questão, pensamos que tal querela doutrinária já não tem sentido atualmente, uma vez que, a nosso ver, a própria lei responde diretamente à questão por nós suscitada.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2011 *Comentário do Código do Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed. atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANDRADE, José Carlos Vieira de

2012 *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina.

ANDRADE, Manuel da Costa

2009 *Bruscamente no Verão Passado – A reforma do Código do Processo Penal, Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed. revista, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

CATENA, Víctor Moreno

2008 “Los elementos probatorios obtenidos com la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal” in: *Prueba y Proceso Penal – Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español e en el derecho comparado*, Valencia: Tirant Lo Banch, pp. 75-106.

CORREIA, João Conde

1999 “Qual o significado da abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.^a parte da C.R.P.)?”, in: *Revista do Ministério Público*, n.º 79, pp. 45-67.

2014 “Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter” in: *Revista do Ministério Público*, Ano 35, n.º 139, pp. 29-59.

FUMU, Giacomo

1990 “Sub art. 266-271”, in: AA. VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale, coordinato da M. Chiavario*, Volume II, Torino: UTET, pp. 771-804.

GONÇALVES, Pedro

1999 “*Direito das Telecomunicações*”, Coimbra: IJC e Almedina.

MENDES, Paulo de Sousa

2015 *Lições de Direito Processual Penal*, 2.^a reimp., Coimbra: Almedina.

MESQUITA, Paulo Dá

2010 *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora.

NEVES, Rita Castanheira

2011 *As Ingerências nas Comunicações Eletrónicas em Processo Penal – Natureza e respetivo Regime Jurídico do Correio Eletrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra: Coimbra Editora.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos

2004 *Compêndio Jurídico da Sociedade de Informação – Notas Práticas, Legislação e Jurisprudência*, Lisboa: Quid Juris?

RODRIGUES, Benjamim Silva

2010 *Da Prova Penal – Tomo II – Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, 1.^a ed, Carcavelos: Rei dos Livros.

TEIXEIRA, Carlos Adérito

2008 “Escutas telefónicas: a mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas”, in: *Revista do CEJ: Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal*, 1.º Semestre, n.º 9 (Especial), pp. 241-295.

VENÂNCIO, Pedro Dias

2006 “Investigação e meios de prova na criminalidade informática”, in *Compilações doutrinárias Verbo Jurídico*, também disponível em <http://www.verbojuridico.net/doutrina/tecnologia/meiosprovacriminalidadeinformatica.pdf>.

VERDELHO, Pedro

2004 “A obtenção de prova no ambiente digital”, in: *Revista do Ministério Público*, Ano 25, julho-setembro, n.º 99, pp. 117-136.

2008 “Técnica no Novo C.P.P.: Exames, Perícias e Prova Digital”, in: *Revista do CEJ: Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal*, 1.º Semestre, n.º 9 (Especial), pp. 145-171.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de julho de 2008, Proc. n.º 3453/2008-5, Relator: Simões de Carvalho.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 5 de junho de 2012, Proc. n.º 12/12.1YREVR, Relatora: Maria Fernanda Palma.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 6 de janeiro de 2015, Proc. n.º 6793/11.2TDLSE-A.E1, Relator: João Gomes de Sousa.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 20 de janeiro de 2015, Proc. n.º 648/14.6GCFAR-A.E1, Relator: João Gomes de Sousa.

Sentenza n.º 6 del 2000, Cassazione Penale, Sezioni Unite, 23 Febbraio 2000, Roma.

C&R

LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional

LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – JANEIRO A MARÇO DE 2017
elaborado por Nazaré da Costa Cabral

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

Decreto-Lei n.º 31/2017, de 22 de março

Estabelece as regras aplicáveis à compatibilidade eletromagnética dos equipamentos, transpondo a Diretiva n.º 2014/30/UE.

Lei n.º 2/2017, de 16 de janeiro

Primeira alteração à Lei n.º 33/2016, de 24 de agosto, que clarifica as disposições relativas à realização de estudos sobre o desenvolvimento futuro da TDT.

Decreto-Lei n.º 1/2017, de 5 de janeiro

Elimina a obrigatoriedade de aprovação dos selos postais pelo Governo e a obrigatoriedade de registo dos utilizadores, passando as estações de serviço rádio pessoal – banda do cidadão a reger-se pelo regime geral das radiocomunicações, constante do Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de julho.

AMT – AUTORIDADE DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES

Decreto-Lei n.º 6/2017, de 6 de janeiro

Cria a Fatura Única Portuária por Escala de Navio, e procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 273/2000, de 8 de junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 129/2010, de 7 de dezembro, estabelecendo os aspetos essenciais da emissão e cobrança voluntária da Fatura Única Portuária por Escala de Navio.

ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS

Portaria n.º 41/2017, de 27 de janeiro

Estabelece o regime de remuneração da reserve de segurança prestada ao Sistema Elétrico Nacional (SEN) através de serviços de disponibilidade fornecidos pelos produtores de energia elétrica e outros agentes de mercado.

Portaria n.º 39/2017, de 26 de janeiro

Altera o prazo para a extinção das tarifas transitórias para fornecimentos de eletricidade aos clientes finais com consumos em baixa tensão normal para 31/12/2020.

Portaria n.º 20/2017, de 11 de janeiro

Define a tarifa de referência aplicável durante 2017 à eletricidade vendida na sua totalidade à rede elétrica de serviço público (RESP), oriunda de unidades de pequena produção (UPP) que utilizam fontes de energia renovável, nos termos do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 153/2014, de 20 de outubro.

Portaria n.º 10/2017, de 9 de janeiro

Atualiza o valor da taxa do adicionamento sobre as emissões de CO₂ e fixa o valor do adicionamento aplicável no continente, resultante da aplicação desta taxa aos fatores de adicionamento relativos a cada produto.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência geral

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JANEIRO A MARÇO DE 2017

elaborado por Ricardo Bayão Horta

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10.01.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 102/15.9YUSTR.L1.

Recorrentes: *Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A. e outros*

Sumário: Nega provimento aos recursos interpostos pelo Ministério Público, pela Autoridade da Concorrência e pelas visadas Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A., GalpMadeira – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A. e GalpAçores – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A..

Normas relevantes: arts. 9.º, n.º 1, 68.º, n.ºs 1, al. *a*) e 3, 69.º, n.ºs 1, al. *g*) e 2, 73.º, n.º 2, 74.º, n.º1, al. *b*) da LdC; arts. 4.º, 43.º, n.º 1, al. *a*), 46.º, 48.º, n.º 1, al. *b*) da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 2.º, 13.º, 18.º, n.ºs 1 e 2, 29.º, n.ºs 1 e 4, 32.º, n.º 10 da CRP; arts. 101.º, n.ºs 1, al. *c*), e 3 do TFUE; arts. 105.º, n.º 1, 118.º, n.º 1, 119.º, 120.º, n.ºs 1 e 2, al. *a*), 3, al. *c*), 121.º, n.ºs 1, al. *c*), 2, al. *d*), e 3, al. *c*), 122.º, n.º 1, 123.º, 127.º, 283.º, n.º 3, 358.º, n.ºs 1 e 3, 379.º, n.º 1, al. *c*) 410.º, n.º 2, als. *b*) e *c*) do CPP; arts. 13.º, 15.º, 71.º, n.º 2, al. *e*), 72.º, n.º 2, als. *d*) e *e*), 119.º, n.ºs 1 e 2, al. *a*) do CP; arts. 217.º, 406.º, 408.º, n.º 2 do CC; arts. 1.º, n.º 1, 2.º, 17.º, n.ºs 1, 2 e 4, 18.º, 32.º, 41.º, n.º 1, 42.º, 50.º, 58.º, 75.º, n.º 1 do RGCO; Linhas de Orientação sobre a Metodologia a Aplicar na Determinação de Coimas (2012); Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE (Comunicação de minimis); Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas; Orientações relativas às restrições verticais (2010); Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º Tratado (2004).

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 11.01.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 194/16.3YUSTR.

Recorrentes: *Banco Santander Totta, S.A. e outros*

Sumário: A) Quanto aos recursos que versam sobre a exigência de apresentação de “resumos” da informação confidencial determinada inicialmente pela AdC: a. Julga parcialmente procedente o recurso I, instaurado pelo Banco Santander Totta, S.A. em 29.06.2016, e que versa sobre o ofício datado de 8 de junho de 2016 e rececionado em 14 de junho de 2016, revogando-se em parte a decisão da AdC expressa nesse ofício no sentido do “resumo” a que alude o ponto 7), alínea c), se aplicar apenas aos documentos totalmente confidenciais, e eliminando-se a ressalva final contida no ponto 8), alínea a), com o teor “sem prejuízo da informação inserida quando do preenchimento da coluna M da tabela”, iniciando-se o prazo de quarenta dias úteis aí fixado, para efeitos de cumprimentos dos referidos pontos 7), alínea c), e 8), alínea a) e da alínea b), do ponto 8), após nova notificação da AdC para o efeito, com a advertência de que o seu não cumprimento implicará, nos termos do artigo 30.º, n.º 4, do NRJC, a classificação do documento como não confidencial, e que deverá, ser efetuada após o trânsito em julgado da presente decisão ou, caso seja interposto recurso e lhe seja atribuído efeito meramente devolutivo, com o trânsito em julgado do despacho que fixou o efeito ao recurso; b. Julga parcialmente procedente o recurso II apresentado pelo Banco Santander Consumer, S.A., em 29.06.2016 (que deu origem ao presente processo n.º 194/16.3YUSTR) e que versa sobre o ofício datado de 8 de junho de 2016 e rececionado em 14 de junho de 2016, revogando-se em parte a decisão da AdC expressa nesse ofício no sentido do “resumo” a que alude o ponto 7), alínea c), se aplicar apenas aos documentos totalmente confidenciais, e eliminando-se a ressalva final contida no ponto 8), alínea a), com o teor “sem prejuízo da informação inserida quando do preenchimento da coluna M da tabela”, iniciando-se o prazo de quarenta dias úteis aí fixado, para efeitos de cumprimentos dos referidos pontos 7), alínea c), e 8), alínea a) e da alínea b), do ponto 8), após nova notificação da AdC para o efeito, com a advertência de que o seu não cumprimento implicará, nos termos do artigo 30.º, n.º 4, do NRJC, a classificação do documento como não confidencial, e que deverá ser efetuada após o trânsito em julgado da presente decisão ou, caso seja interposto recurso e lhe seja atribuído efeito meramente devolutivo, com o trânsito em julgado do despacho que fixou o efeito ao recurso; c. Julga parcialmente procedente o recurso III apresentado pelo Banco Comercial Português, S.A., em 04.08.2016 (originariamente

atuado com o n.º de processo 255/16.9YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 08 de junho de 2016, e sobre o ofício datado de 07 de julho de 2016, revogando-se em parte a decisão da AdC expressa no ofício de 08 de junho de 2016 no sentido do “resumo” a que alude o ponto 7), alínea c), se aplicar apenas aos documentos totalmente confidenciais, e eliminando-se a ressalva final contida no ponto 8), alínea a), com o teor “sem prejuízo da informação inserida quando do preenchimento da coluna M da tabela”, iniciando-se o prazo de quarenta dias úteis aí fixado, para efeitos de cumprimentos dos referidos pontos 7), alínea c), e 8), alínea a) e da alínea b), do ponto 8), após nova notificação da AdC para o efeito, com a advertência de que o seu não cumprimento implicará, nos termos do artigo 30.º, n.º 4, do NRJC, a classificação do documento como não confidencial, e que deverá ser efetuada após o trânsito em julgado da presente decisão ou, caso seja interposto recurso e lhe seja atribuído efeito meramente devolutivo, com o trânsito em julgado do despacho que fixou o efeito ao recurso.

B) Recursos referentes à fixação de prazo adicional para a fundamentação dos pedidos de confidencialidade e que incluem: a. Julga parcialmente procedente o recurso IV apresentado pelo Banco Santander Totta, S.A., em 11.10.2016 (originariamente atuado com o n.º de processo 318/16.0YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 22 de setembro de 2016, revogando-se a decisão da AdC expressa no mesmo na parte em que da mesma resulta a fixação de um prazo de quinze dias úteis para o recorrente cumprir o teor dos pontos 7), alínea c) e 8), alíneas a) e b), do ofício de 08 de junho de 2016, cujo cumprimento fica sujeito aos termos e prazos determinados em A); b. Julga parcialmente procedente o recurso V apresentado pelo Banco Santander Consumer, em 11.10.2016 (originariamente atuado com o n.º de processo 318/16.0YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 22 de setembro de 2016, revogando-se a decisão da AdC expressa no mesmo na parte em que da mesma resulta a fixação de um prazo de quinze dias úteis para o recorrente cumprir o teor dos pontos 7), alínea c) e 8), alíneas a) e b), do ofício de 08 de junho de 2016, cujo cumprimento fica sujeito aos termos e prazos determinados em A); c. Julga parcialmente procedente o recurso VI apresentado pelo Banco Comercial Português, em 17.10.2016 (originariamente atuado com o n.º de processo 333/16.4YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 22 de setembro de 2016, revogando-se a decisão da AdC expressa no mesmo na parte em que da mesma resulta a fixação de um prazo de quinze dias úteis

para o recorrente cumprir o teor dos pontos 7), alínea c) e 8), alíneas a) e b), do ofício de 08 de junho de 2016, cujo cumprimento fica sujeito aos termos e prazos determinados em A).

C) Julga totalmente improcedente o recurso relativo ao desentranhamento de documentos, instaurado pelo Banco Santander Totta, datado de 21.07.2016, (originariamente autuado com o n.º de processo 228/16.1YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 07 de julho de 2016.

Normas relevantes: arts. 13.º, n.º 1, 15.º, n.º 1, als. *a)* e *d)*, 17.º, n.º 2, 18.º, n.º 1, als. *a)* e *c)*, 20.º, n.ºs 6, 7 e 8, 25.º, n.º 1, 30.º, n.ºs 1, 2, 3, 4 e 5, 31.º, n.ºs 1 e 3, 32.º, n.ºs 1, 2, 5, 33.º, n.º 4, 68.º, n.º 1, als. *b)* e *j)*, 83.º, 84.º, n.º 1, 89.º, n.º 1 e 2, al. *a)* da LdC; arts. 2.º, 18.º, 20.º, 26.º, n.º 1, 32.º, n.º 10, 34.º, 35.º, 61.º, n.º 1, 62.º, n.º 1, 81.º, al. *f)*, 99.º, al. *a)*, 208.º, 266.º, n.º 2, 267.º, n.º 3 da CRP; arts. 164.º, n.ºs 1 e 2, 178.º, n.º 6 do CPC; arts. 186.º, n.º 1, 267.º, 406.º, n.º 2, 407.º, n.º 1, 417.º, n.º 3 do CPP; art. 9.º do CC; arts. 41.º, n.ºs 1 e 2, 64.º, n.º 3, 74.º, n.º 1 do RGCO; art. 1.º, n.ºs 1, 2 e 3 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto; Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE; Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19.01.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 11/15.1YQSTR.S1.

Recorrentes: *Recensere, Lda. e outros*

Sumário: Julga procedente o recurso interposto pela Associação Portuguesa de Armazenistas de Tabaco e a Tabacos António Ribeiro Lda. e, em resultado disso, considera ilegal o ato administrativo de arquivamento de denúncia, de 03.09.2015, condenando a Autoridade da Concorrência a praticar o ato devido de abertura de inquérito por abuso de posição dominante e abuso de dependência económica.

Normas relevantes: arts. 7.º, 8.º, n.º 4, 13.º, 17.º, 24.º, n.ºs 4 e 5, 68.º, 69.º, n.º 2, 84.º, n.º 2, 87.º, 88.º, 89.º, 91.º, 92.º, n.º 1, 93.º, n.ºs 1, 2 e 4, 98.º, 100.º, n.º 1, als. *a)* e *d)* da LdC; arts. 24.º, n.º 1, 25.º, n.º 1, al. *a)*, 49.º, 50.º, n.º 2, 52.º, n.º 1, 54.º, n.º 1, 55.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 212.º, n.º 3 da

CRP; arts. 5.º, 262.º, do CPP; arts. 41.º, n.º 1, 43.º, 54.º, n.ºs 1 e 2 do RGCO; arts. 4.º, n.º 2, al. c), 50.º ss, 66.º, 71.º, n.º 1, 140.º, 141.º, 142.º, 144.º, 145.º, 146.º, n.ºs 1 e 2 do CPTA.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 2.02.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 337/16.7YUSTR.

Recorrentes: *EDP – Energias de Portugal, S.A. e outros*

Sumário: (i) Julga procedente o recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pelas Recorrentes EDP – Energias de Portugal, S.A. e EDP Comercial – Comercialização de Energia, SA. e, relativamente aos documentos que serviram esteio probatório à factualidade indicada na nota de ilicitude indicados como constando de fls. 159-162, 165-166, 310-320, 805-806 e 837-841 a cuja versão confidencial foi indeferido o acesso; e, em consequência, anula-se a decisão proferida pelo Conselho de Administração da AdC em 21 de Setembro de 2016 e dos subsequentes termos do processado dependente da decisão, na parte em que vedou o acesso às Recorrentes ao teor integral dos documentos enunciados nos pontos do elenco dos factos imputados na nota de ilicitude; (ii) Julga procedente o recurso quanto à inviabilização do acesso ao teor das denúncias constantes de fls. 6, 7-8 e 10; (iii) Julga improcedente o recurso da decisão da AdC no segmento em que obstou ao acesso aos documentos indicados na nota de ilicitude como constando de fls. 334-344, 356, 358, 491, 530, 798-799, 811, 1105-1107, 1122-1124, 1140, 1142, 1144, 1146, 1147, 1150-1151, 1155-1156, 1164 e 1176.

Normas relevantes: arts. 9.º, 15.º, n.º 1, al. c), 18.º, 25.º, n.º 1, 30.º, n.ºs 1, 2 e 3, 31.º, n.º 3, 33.º, n.ºs 3 e 4, 81.º da LdC; arts. 13.º, 20.º, n.º 4, 32.º, n.ºs 1 e 5, 81.º, al. f) da CRP; art. 608.º, n.º 2 do CPC; art. 4.º, do CPP; arts. 41.º, 50.º do RGCO; art. 1.º, n.ºs 1 e 3 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

Acórdão do Tribunal Constitucional, de 16.02.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 931/16 (Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 90/16.4YUSTR-A. L1).

Recorrentes: *Banco Comercial Português, S.A.*

Sumário: Indefere a reclamação.

Normas relevantes: art. 84.º, n.º 4 da LdC; art. 70.º, n.º 1, al. b) da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22.02.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 8/15.1YQSTR.S1.

Recorrentes: *Município do Seixal e outros*

Sumário: Nega provimento ao recurso.

Normas relevantes: arts. 11.º, 36.º ss, 41.º, n.ºs 1 e 2, 53.º, n.º 1, al. a) da LdC; arts. 639.º, n.ºs 2 e 3, 641.º, n.º 2, al. b) do CPC; arts. 140.º, 146.º, n.ºs 1 e 2 do CPTA; art. 24.º, n.º 4 do CSC.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7.03.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 102/15.9YUSTR.L1.

Recorrentes: *Petróleos de Portugal – Petrogal, S.A. e outros*

Sumário: Indefere o requerimento das recorrentes Petróleos de Portugal–Petrogal, S.A., GalpAçores–Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A. e GalpMadeira Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, S.A.

Normas relevantes: art. 69.º, n.º 2 da LdC; arts. 374.º, n.º 1, al. c), 425.º, n.º 4 do CPP; art. 4.º do RGCO.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 16.03.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 20/16.3YUSTR.

Recorrentes: *Banco Comercial Português, S.A. e Outros.*

Sumário: Julga totalmente improcedentes os recursos de impugnação de medidas administrativas interpostos pelas visadas/recorrentes Banco Comercial Português, S.A. e Banco Santander Totta, S.A., absolvendo, em consequência, a Autoridade da Concorrência dos pedidos de anulação e revogação das decisões de 10 de Dezembro de 2015 e de 11 de Dezembro de 2015, proferidas no âmbito do processo de contraordenação PRC/2012/9 e objeto dos recursos de impugnação identificados nos pontos 1.1; 1.4; 1.7.e 1.10 desta decisão.

Normas relevantes: arts. 7.º, 9.º, 13.º, n.º 1, 17.º, 18.º, n.ºs 1, al. c) e 2, al. c), 19.º-21.º, 20.º, n.º 8, 24.º, 30.º, n.ºs 1, 2, 3, 4 e 5, 31.º, n.ºs 2 e 3, 32.º, 33.º, n.º 4, 75.º-79.º, 83.º, 84.º, n.º 4, 85.º, n.ºs 1 e 2 da LdC; arts. 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4, 32.º, n.º 10, 61.º, 62.º da CRP; art. 101.º do TFUE; arts. 164.º, n.º 1, 608.º, n.º 2 do CPC; arts. 4.º, 24.º, 25.º, 30.º, 90.º, n.ºs 1 e 2, 123.º, n.º 2, 124.º, 186.º, 188.º, n.º 12, 263.º, n.º 1, 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do CPP; arts. 36.º, n.º 2, 41.º, n.º 1, 50.º, 55.º, 62.º, n.º 1 do RGCO; Regulamento da Autoridade da Concorrência n.º1/2013, de 3 de Janeiro de 2013.

Despacho do Tribunal Constitucional, de 21.03.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 206/16.

Recorrentes: *Ford Lusitana, S.A.*

Sumário: Não se verificando, na relação entre as duas decisões, o pressuposto para o recurso para o Plenário previsto no art. 79.º-D, n.º 1, da LTC, consistente em o Tribunal ter julgado a questão de inconstitucionalidade em sentido divergente do anteriormente adotado quanto à mesma norma, não se admite o recurso interposto para o Plenário.

Normas relevantes: art. 84.º, n.ºs 4 e 5 da LdC; arts. 70.º, n.º 1, al. a), 79.º-D, n.º 1 da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA
DA UNIÃO EUROPEIA – JANEIRO A MARÇO 2017
elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de março de 2017, proferido no âmbito do C-162/15 P.

Partes: *Evonik Degussa*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 2017, proferido no âmbito do Processo C-615/15 P.

Partes: *Samsung SDI e Samsung SDI (Malaysia)*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 7 de março de 2017, proferido no âmbito do T-194/13.

Partes: *United Parcel Service*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de fevereiro de 2017, proferido no âmbito do C-95/15 P.

Partes: *H&R ChemPharm*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de fevereiro de 2017, proferido no âmbito do C-94/15 P.

Partes: *Tudapetrol Mineralölerzeugnisse Nils Hansen*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de fevereiro de 2017, proferido no âmbito do C-90/15 P.

Partes: *Hansen & Rosenthal e H&R Wax Company Vertrieb*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-644/13 P.

Partes: *Villeroy & Boch*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-642/13 P.

Partes: *Villeroy & Boch Belgium*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-638/13 P.

Partes: *Roca*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-637/13 P.

Partes: *Laufen Austria*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-636/13 P.

Partes: *Roca Sanitario*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-626/13 P.

Partes: *Villeroy & Boch Austria*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-625/13 P.

Partes: *Villeroy & Boch*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-619/13 P.

Partes: *Mamoli Robinetteria*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-618/13 P.

Partes: *Zucchetti Rubinetteria*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-614/13 P.

Partes: *Masco e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-613/13 P.

Partes: Comissão/*Keramag Keramische Werke e o. et Sanitec Europe*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-611/13 P.

Partes: *Hansa Metallwerke e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-609/13 P.

Partes: *Duravit e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do C-604/13 P.

Partes: *Aloys F. Dornbracht/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-351/15 P.

Partes: Comissão/*Total e Elf Aquitaine*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-623/15 P.

Partes: *Toshiba/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-411/15 P.

Partes: *Timab Industries e CFPR/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 11 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do T-699/14.

Partes: *Topps Europe/Comissão*.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de março de 2017, proferido no âmbito do Processo C-415/15 P.

Partes: *Stichting Woonpunt e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de março de 2017, proferido no âmbito do Processo C-414/15 P.

Partes: *Stichting Woonlinie e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de março de 2017, proferido no âmbito do Processo C-100/16 P.

Partes: *Ellinikos Chrysos/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de março de 2017, proferido no âmbito do Processo C-660/15 P.

Partes: *Viasat Broadcasting UK/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 1 de março de 2017, proferido no âmbito do Processo T-454/13.

Partes: *SNCM/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 1 de março de 2017, proferido no âmbito do Processo T-366/13.

Partes: *França/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de fevereiro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-606/14 P.

Partes: *Portovesme/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 18 de janeiro de 2017, proferido no âmbito do T-92/11 RENV.

Partes: *Andersen/Comissão*.

C&R

BIBLIOGRAFIA

Novidades bibliográficas

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA - NACIONAL

JOSÉ ANTÓNIO SÁ REIS – *Legislação de Direito da Concorrência*, AAFDL Editora, 2017.

MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS – *Das Obrigações de não Concorrência na Negociação Definitiva da Empresa*, Coimbra: Almedina, 2017.

CONCORRÊNCIA - ESTRANGEIRA

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ – *Competition Law in Peru*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017.

CHRISTIAN KOENIG/BERNHARD VON WENDLAND – *The Art of Regulation: Competition in Europe – Wealth and Wariness*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2017.

CONOR QUIGLEY/SUZANNE RAB (eds.) – *Hong Kong Competition Law*, Londres: Hart Publishing, 2017.

D. DANIEL SOKOL (ed.) – *Patent Assertion Entities and Competition Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

DEPARTMENT OF JUSTICE – *Frequently Asked Questions About the Antitrust Divisions Leniency Program and Model Leniency Letters*, CreateSpace Independent Publishing, 2017.

F. J. L. SOMERS/K. E. DAVIS-OST/, J. E. FRENCKEN/E. HEUTEN – *European Competition*, Londres: Routledge, 2017.

GIACOBBO PEYRONNEL VALÉRIE/VERDURE CHRISTOPHE/VALÉRIE GIACOBBO PEYRONNEL/CHRISTOPHE VERDURE – *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, Bruxelas: Bruylant, 2017.

JEAN-FRANÇOIS BELLIS – *Droit européen de la concurrence*, 2.^a ed., Bruxelas: Bruylant, 2017.

JOCHEN GLÖCKNER – *Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Colónia: Kohlhammer Verlag, 2017.

JULIAN NOWAG – *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2017.

- KELYN BACON QC – *European Union Law of State Aid*, 3.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2017.
- MARCELLA BLOK – *O Processo De Concentração Empresarial E Seus Reflexos Perante O Direito de Livre Concorrência no Brasil à Luz da Nova Lei Do Cade E Suas Repercussões nas Áreas de Fusões E Aquisições*, ed. ind., 2017.
- MARK R. PATTERSON – *Antitrust Law in the New Economy: Google, Yelp, LIBOR, and the Control of Information*, Cambridge: Harvard University Press, 2017.
- NISHANT SINGH – *International Competition Laws*, CreateSpace Independent Publishing, 2017.
- PIER LUIGI PARCU/GIORGIO MONTI/MARCO BOTTA – *Abuse of Dominance in EU Competition Law: Emerging Trends*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2017.
- SRINIVASAN PARTHASARATHY – *Competition Law in India*, 4.^a ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017.

REGULAÇÃO – NACIONAL

- A. BARRETO MENEZES CORDEIRO – *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2017.
- ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – *Direito dos Seguros*, Coimbra: Almedina, 2017.
- FRANCISCO MENDES CORREIA – *Moeda Bancária e Cumprimento – O cumprimento das obrigações pecuniárias através de serviços de pagamento*, Coimbra: Almedina, 2017.
- JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES – *Os Instrumentos Financeiros*, Coimbra: Almedina, 2017.
- SIMÃO MENDES DE SOUSA – *Contrato de Swap da Taxa de Juro: Dever de Informação e efeitos da Violação do Dever*, Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

EVENTOS

elaborado por Nazaré da Costa Cabral e Raquel Santos

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Campanha de Combate ao Conluio na Contratação Pública

Coimbra, 15 de fevereiro de 2017

Depois do lançamento da Campanha de Combate ao Conluio na Contratação Pública em Lisboa, em junho de 2016, de uma sessão no Porto e de várias sessões internas e em instalações de empresas e instituições, a Autoridade da Concorrência (AdC) apresentou a campanha em Coimbra, no dia 15 de fevereiro, perante uma assistência de cerca de 80 pessoas.

Desde o seu lançamento, esta campanha alcançou uma audiência de mais de um milhar de pessoas, em cerca de uma dezena de sessões por Lisboa, Porto e Coimbra.

As sessões organizadas pela AdC tiveram lugar em diversas entidades e empresas, nomeadamente na Comissão Interministerial de Compras do Ministério das Finanças, nas Águas de Portugal, no Instituto de Informática do Ministério da Segurança Social, no Conselho de Prevenção da Corrupção, na Parque Escolar, nas Infraestruturas de Portugal e no Ministério Público.

Seminário aberto com Massimo Motta

Lisboa, 16 de fevereiro de 2017

Em 2017, a Autoridade da Concorrência promove seminários abertos a todos os interessados. O primeiro orador foi Massimo Motta, da Universidade de Barcelona e ex-economista-chefe da Direção-Geral da Concorrência (DG Comp) da Comissão Europeia, que no dia 16 de fevereiro, pelas 17h, abordou o tema *Competition in the Digital Economy – big data, online commerce and the sharing economy*. O evento contou com cerca de 60 participantes e marcou o início de um ciclo de seminários abertos, de frequência mensal, que decorrem nas instalações da AdC.

Conferência “Transposição da Diretiva do Private Enforcement: a lei e a sua aplicação”

Lisboa, 1 de março de 2017

A Presidente da AdC, Margarida Matos Rosa, e a membro do conselho de administração, Maria João Melícias, foram oradoras na Conferência sobre “Transposição da Diretiva do Private Enforcement: a lei e a sua aplicação”. O evento decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito da pós-graduação em Regulação e Concorrência do IDEFF (Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal) – cujos docentes e participantes em conferências integradas incluem membros do conselho de administração e técnicos da Autoridade da Concorrência.

Seminário aberto com Sofia Oliveira Pais

Lisboa, 16 de março de 2017

Sofia Oliveira Pais, Professora da Universidade Católica Portuguesa, foi a convidada do seminário aberto de março, que decorreu no dia 16 na Biblioteca de Concorrência Abel Mateus, na AdC. Coordenadora do Centro de Estudos e Investigação em Direito da Católica (Porto), Cátedra Jean Monnet e autora de diversas obras, Sofia Pais apresentou o seu recente capítulo sobre *Practical Private Enforcement: Perspectives from Portugal*, publicado em *Harmonising EU Competition Litigation (Bloomsbury, 2016)*, no segundo seminário aberto da AdC.

**INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (IDEFF)**

Conferência “O controlo judicial das decisões dos reguladores”

Lisboa, 18 de janeiro de 2017

Esta Conferência surge integrada na 11.^a Pós-Graduação em Concorrência e Regulação promovida pelo IDEFF, e desdobrou-se em duas sessões: a) A prática judicial do controlo de decisões dos reguladores; b) Mesa Redonda: O passado, presente e futuro do controlo judicial. Foram oradores Miguel Moura e Silva, Alexandre Baptista, João Francisco Carrola, José Manuel Ribeiro de Almeida, Miguel Sousa Ferro, Fátima Reis, Nuno Ruiz e Gonçalo Anastácio.

Conferência “Transposição da Diretiva do *Private Enforcement*: a lei e a sua aplicação”

Esta Conferência integra-se na 11.ª Pós-Graduação em Concorrência e Regulação promovida pelo IDEFF. Contou com a presença de Nuno Cunha Rodrigues, Maria João Milícias, Miguel Sousa Ferro, Maria dos Prazeres Beleza, Carlos Pinto Correia e Gonçalo Machado Borges.

NOTAS CURRICULARES

ÁLVARO SILVEIRA DE MENESES

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2015). Pós-graduado em *Corporate Finance* (2016) e *Corporate Governance* (2017) pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Atualmente, é aluno do *Adv. LL.M in International Business Law* na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e Advogado Estagiário na RFF & Associados – Sociedade de Advogados, RL. Autor e co-autor de diversos artigos nas áreas de direito societário e fiscal.

Álvaro Silveira de Meneses is an Adv. LL.M Candidate in International Business Law at Católica Global Law School and a Trainee Lawyer at RFF & Associates, Law Firm. He holds an Adv. Postgraduate Diploma in Corporate Finance and also one in Corporate Governance, obtained at Research Centre for Private Law of University of Lisbon Law School. He is a law graduate at University of Lisbon Law School. He has published several articles in the areas of banking supervision and corporate and tax law.

ANTONIETA LÚCIA MAROJA ARCOVERDE NÓBREGA

Juíza de Direito da 2.^a Vara da Infância e Juventude da Capital no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba – Brasil. Graduada em Direito pelo UNIPÊ – Instituto Paraibano de Educação, onde também se especializou em Direito Processual Civil. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela UP – Universidade Potiguar. Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Antonieta Nóbrega is a judge of the Second Court of Childhood and Youth of the Capital in the Court of Justice of the State of Paraíba – Brazil. Graduated in Law at UNIPÊ – Instituto Paraibano de Educação, where she also specialized in Civil Procedural Law. She is specialized in Criminal Law and Criminology from UP – Potiguar University. She is Master's student in Criminal Law at the University of Lisbon Law School.

ISABEL CARINHAS DE ANDRADE

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, possui uma pós-graduação em Regulação Pública e Concorrência, do CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e o Mestrado em Economia e Políticas Públicas do Instituto Superior de Economia e Gestão da Universidade de Lisboa. Realizou ainda o *International Training Program on Utility Regulation and Strategy* da Universidade da Florida. Iniciou a sua atividade profissional em 1999 como advogada e, posteriormente, como investigadora e consultora na área do direito do ambiente. Ingressou em 2004 na ERSAR como jurista na, desempenhando funções de coordenadora do Departamento de Análise Jurídica desde junho de 2010.

Isabel Andrade has a law degree from the University of Lisbon Law School. She has a Post Graduate Degree on Public Regulation and Competition, from the University of Coimbra, and a Master's Degree on Economy and Public Policies from the ISEG – Lisbon School of Economic and Management, University of Lisbon. Has attended the International Training Program on Utility Regulation and Strategy, in the Public Utility Research Center, Warrington College of Business, University of Florida. She started her professional activity as a lawyer, in 1999, and, afterwards, has worked as a researcher in environmental law. Since 2004 she is legal adviser at the Water and Waste Services Regulation Authority, having been appointed Deputy Head of Legal Department in June 2010.

JOANA GERALDO DIAS

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2015) e pós-graduada em Ciências Jurídico-Forenses pela mesma Faculdade (2016). Atualmente frequenta o Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e trabalha como notária-estagiária no Cartório Notarial de Vilamoura, colaborando também com outros cartórios notariais.

Joana Geraldo Dias is graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2015) and post-graduated in Legal-Forensic Sciences from the same Law School (2016). She is currently attending the Master's Degree in Legal-Forensic Sciences at the University of Lisbon Law School and works as a trainee-notary at the Notary Office of Vilamoura, also collaborating with other notary offices.

JOAQUIM MIRANDA SARMENTO

Ph.D. em Finanças pela Tilburg University, Mestre em Finanças pelo ISCTE – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa e Licenciado em Gestão pelo ISEG – Instituto Superior de Economia e Gestão. Realizou uma pós-graduação em Fiscalidade no IDEFE/ISEG, o Programa Avançado em Parcerias Público-Privadas na Universidade Católica e o “Driving government performance”, na Kennedy School of Government, Harvard University. Atualmente é Professor Auxiliar de Finanças no ISEG, tendo sido Assistente entre 2007 e 2014 e docente convidado na Católica Lisbon School. É investigador no Observatório das PPPs da Católica. É docente convidado em diversas universidades nacionais e estrangeiras. Tem cerca de 20 publicações académicas internacionais e mais de 100 publicações académicas nacionais. É autor de diversos livros sobre Finanças Públicas, Fiscalidade e PPPs. Foi assessor económico do Presidente da República, Professor Cavaco Silva, entre 2012 e 2016. Trabalhou cerca de dez anos no Ministério das Finanças e foi consultor da UTAO (Unidade Técnica de Apoio Orçamental) da Assembleia da República.

Joaquim Miranda Sarmiento holds a Ph.D in Finance, from Tilburg University, a Master in Finance from ISCTE and an Undergraduate in Management from ISEG. He has an executive course in Taxation from IDEFE/ISEG, an executive course in PPPs from Católica Lisbon School and the “Driving government performance”, at Kennedy School of Government, Harvard University. Currently he is an Assistant Professor at ISEG, where he has been teaching since 2007. He is also an invited professor at Católica Lisbon School and at several national and international universities. He has over 20 international academic publications and more than 100 national academic publications. He wrote several books about Public Finance, Taxation and PPPs. From 2012 to 2016 he has served as President of the Republic Cavaco Silva’s Chief Economic Advisor. He worked 10 years at the Minister of Finance and was also a consultant at UTAO.

RENZO ORLANDI

Mestre em Direito (1979) e Investigador da Universidade de Bolonha (1984). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Camerino (1992). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Ferrara (1997). Professor ordinário da Faculdade de Direito da Universidade de Ferrara (1999). Professor ordinário da Faculdade de Direito da Universidade de Florença (2002). Desde 2006 leciona Direito Processual Penal na Faculdade

de Direito da Universidade Bolonha. É membro do conselho editorial das seguintes Revistas: *Cassazione penale*, *Criminalia*, *Giustizia penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.

Renzo Orlandi is Master in Law (1979) and Researcher (1984) from the University of Bologna Law School. He has been associate professor for criminal procedure law at the University of Camerino and Ferrara. He has been Full professor for criminal procedure law at the University of Ferrara and Florence. He is now teaching criminal procedure law at the University of Bologna Law School. He is co-director in many criminal law reviews (Cassazione penale, Criminalia, Giustizia penale, Rivista italiana di diritto e procedura penale).

SÓNIA RAQUEL DA CRUZ LOPES

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2015) e pós-graduada em Ciências Jurídico-Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2016). Atualmente frequenta o Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Sónia Lopes is graduated in Law from the University of Oporto Law School (2015) and post-graduate in Legal-Forensic Sciences from the University of Lisbon Law School (2016). She is currently attending the Master's Degree in Legal-Forensic Sciences at the University of Lisbon Law School.

TÂNIA LUÍSA FARIA

Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2004:2012). Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Associada Coordenadora da área de prática de Direito da União Europeia e da Concorrência da Uría Menéndez – Proença de Carvalho. Membro do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência.

Tânia Luísa Faria is graduated in Law and holds a Master's degree in Law from the University of Lisbon Law School (2004:2012). She is a guest lecturer at the University of Lisbon Law School and a Managing Associate at the EU Law and Competition department of the law firm Uría Menéndez – Proença de Carvalho. She is a member of the Portuguese Competition Lawyers Association.

NUNO CUNHA RODRIGUES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente do Instituto Europeu. Vogal da Direção do IDEFF. Editor da Revista de Concorrência & Regulação e da Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal.

RUI GUERRA DA FONSECA

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vogal da Direção do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Investigador Principal do Centro de Investigação em Direito Público.

ÍNDICE CONSOLIDADO POR TEMAS

- 288 Concorrência – Questões gerais
- 288 *Questões processuais*
- 289 *Private enforcement*
- 291 *Nemo tenetur se ipsum accusare*
- 292 *Outros*
- 293 Concorrência – Práticas restritivas
- 293 *Geral*
- 293 *Abuso de posição dominante*
- 294 *Restrições verticais*
- 295 *Restrições horizontais*
- 296 Concorrência – Controlo de concentrações
- 297 Concorrência – Auxílios de Estado
- 298 Financeiro e bancário
- 300 Seguros
- 300 Comunicações eletrónicas
- 301 Energia
- 301 Saúde
- 301 Autoridades Reguladoras
- 302 Regulação do comércio e concorrência desleal
- 302 Contratação pública
- 303 Direito contraordenacional e processual penal
- 304 Ambiente
- 305 Transportes
- 305 Artigos transversais e outros

Concorrência – Questões gerais

Questões processuais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Patrícia Lopes	<i>Segredos de negócio versus direitos da defesa do arguido nas contraordenações da concorrência</i>
4	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010 no Processo C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia</i>
6	Sara Rodrigues/ Dorothee Serzedelo	<i>O Estado português seria condenado? As buscas efetuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem</i>
6	Carla Farinhas	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2011 no Processo C-375/09 –Tele2Polska</i>
7-8	Alexander Italianer	<i>The European Commission's New Procedural Package: Increasing Interaction With Parties and Enhancing the Role of the Hearing Officer</i>
9	João Espírito Santo Noronha	<i>Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo</i>
9	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália</i>
10	Márcio Schlee Gomes	<i>As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas</i>
11-12	Paulo de Sousa Mendes	<i>O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório</i>
16	Paulo de Sousa Mendes	<i>Eficácia das sanções e transações</i>
17	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014, Petição n.º 97/11, Delta Pekárny A.S. c. República Checa [Buscas e inspeções]</i>

22	Jeroen Capiiau/ Virgílio Mouta Pereira	<i>The Easyjet Case and the rejection of complaints when they have already been dealt with by another Member of the ECN</i>
23-24	Eva Lourenço	<i>O Acórdão Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. França, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de 2 de abril de 2015, n.ºs 63629/10 e 60567/10</i>
25	Francisco Marcos	<i>Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringements in Spain</i>
25	Mateusz Blachuki	<i>Judicial control of guidelines on antimonopoly fines in Poland</i>
25	Luís Miguel Romão/ Miguel Alexandre Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional – Parte I</i>
26	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 8 de junho de 2016, Peugeot Portugal Automóveis, S.A. contra Autoridade da Concorrência – Efeito devolutivo da interposição do recurso de impugnação judicial</i>

Private enforcement

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Alberto Saavedra	<i>The relationship between the leniency programme and private actions for damages at the EU level</i>
9	Assimakis Komninos	<i>Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions</i>
10	Alberto Saavedra	<i>Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission</i>
10	Leonor Rossi/ Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law</i>
10	Catarina Anastácio	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no Processo C-360/09, Pfeiderer AG v. Bundeskartellamt</i>
11-12	José Robin de Andrade	<i>Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais</i>

11-12	Christopher Hodges	<i>New Modes of Redress for Consumers and Competition Law</i>
11-12	Laurence Idot	<i>Arbitration, European Competition Law and Public Order</i>
11-12	Assimakis P. Komninos	<i>Arbitration and EU Competition Law</i>
13	Leonor Rossi/ Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams</i>
14-15	Fernanda Paula Stolz	<i>A defesa da concorrência no Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais</i>
14-15	Fernando Xarepe Silveiro	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, no Processo C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG</i>
18	Nuno Calaim Lourenço	<i>The European Commission's Directive on Antitrust Damages Actions</i>
19	João Espírito Santo Noronha	<i>Litigância jurídico-privada e Direito da Concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária</i>
20-21	Marco Botta/ Natalie Harsdorf	<i>The Judgement of the European Court of Justice in Kone: Any Real Added Value?</i>
22	Ricardo Alonso Soto	<i>La aplicación privada del Derecho de la competencia</i>
22	Antonio Robles Martín- -Laborda	<i>La Directiva 2014/104/UE sobre daños antitrust y la configuración del Derecho español de daños</i>
22	Leonor Rossi/ Miguel Sousa Ferro	<i>O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova</i>
22	Antonio Davola	<i>Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market</i>
22	Vasil Savov	<i>Quel role du regroupement de créances indemnitaires par voie de cession pour la réparation du préjudice subi en raison d'infractions commises au droit de la concurrence ?</i>
26	Maria João Melícias	<i>The art of consistency between public and private antitrust enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal</i>

26	Miguel Sousa Ferro	<i>Workshop consultivo sobre o anteprojecto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese</i>
26	Autoridade da Concorrência	<i>Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojecto submetida ao Governo; e Proposta de Anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement</i>
27-28	Maria Elisabete Ramos	<i>Situação do “private enforcement” da concorrência em Portugal</i>

Nemo tenetur se ipsum accusare

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Paulo de Sousa Mendes	<i>As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i>
1	Helena Gaspar Martinho	<i>O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária</i>
1	Vânia Costa Ramos	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa</i>
1	Catarina Anastácio	<i>O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare</i>
1	Augusto Silva Dias	<i>O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários</i>
11-12	Diana Alfagar	<i>O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência</i>
23-24	Angélica Rodrigues Silveira	<i>“Nemo tenetur se ipsum accusare” e o dever de colaboração: análise do caso Weh c. Austria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i>

Outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Espírito Santo Noronha	<i>Algumas reflexões na perspectiva de uma reforma da Lei da Concorrência</i>
1	Luís Silva Morais	<i>Evolutionary Trends of EC Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis</i>
5	Gonçalo Anastácio	<i>Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal</i>
7-8	Fernando Herren Aguillar/ Diogo R. Coutinho	<i>A evolução da legislação antitruste no Brasil</i>
7-8	Vinícius Marques de Carvalho/ Ricardo Medeiros de Castro	<i>Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: Uma avaliação crítica</i>
10	João Espírito Santo Noronha	<i>A aplicação no tempo do novo Regime Jurídico da Concorrência</i>
10	Paulo de Sousa Mendes	<i>O contencioso da concorrência: Balanço e perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português</i>
19	Lúcio Tomé Feteira	<i>Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento</i>
22	Francisco Portugal	<i>Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union</i>
23-24	António Ferreira Gomes	<i>IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento</i>
26	Miguel Moura e Silva	<i>As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência</i>
27-28	Mary Catherine Lucey	<i>Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal</i>

Concorrência – Práticas restritivas*Geral*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Cristina Camacho	<i>O sistema de competências paralelas e o princípio “non bis in idem”</i>
3	Ana Perestrelo de Oliveira/ Miguel Sousa Ferro	<i>The sins of the son: parent company liability for competition law infringements</i>
9	Nuno Carroulo dos Santos	<i>Like running water? The Interplay Between Antitrust and Online Music Licensing</i>
10	Fernando Xarepe Silveiro	<i>O regime jurídico da clemência na nova Lei da Concorrência: Novas valências, novos desafios</i>
13	Stéphane Rodrigues	<i>Les services sociaux d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne</i>
18	Harry First/ Spencer Weber Waller	<i>Antitrust's Democracy Deficit</i>
26	Francisco Hernández Rodríguez/José Antonio Rodríguez Miguez	<i>La aplicación descentralizada del derecho de la competencia: la experiencia española</i>

Abuso de posição dominante

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João E. Gata/ Jorge Rodrigues	<i>Uma perspectiva económica sobre abuso de posição dominante – A distribuição de gelados de impulso a nível europeu</i>
1	Miguel Moura e Silva	<i>A tipificação do abuso de posição dominante enquanto ilícito contra-ordenacional</i>
5	Ioannis Kokkoris	<i>Should the Dominance Test Have Been Changed?</i>
5	António Pedro Santos	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011 no Processo C-52/09, Telia-Sonera (Abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento de margens pela empresa TeliaSonera)</i>
6	Damien Neven/Hans Zenger	<i>Some remarks on pricing abuses and exclusionary conduct</i>

6	João Ilhão Moreira	<i>Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico</i>
7-8	Vicente Bagnoli	<i>Um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – Abuso de posição dominante</i>
7-8	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	<i>A eficácia jurídica da norma de preço abusivo</i>
9	Miguel Moura e Silva	<i>Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?</i>
14-15	Konstantina Bania	<i>Abuse of dominance in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access</i>
14-15	Lucas Saretta Ferrari	<i>Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?</i>

Restrições verticais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Miguel Gorjão-Henriques/ Miguel Sousa Ferro	<i>The latest reform of EU Competition Law on Vertical Restraints</i>
4	Laurence Idot	<i>La pratique de l'Autorité française de concurrence en matière de restrictions verticales</i>
4	Ioannis Lianos	<i>Upfront access payment, category management and the new regulation of vertical restraints in EU Competition Law: importing the retail side of the story</i>
5	Jean-François Bellis	<i>The new EU rules on vertical restraints</i>
7-8	Paula Vaz Freire	<i>O poder de compra e as restrições verticais determinadas pela procura</i>
7-8	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, nos Processos C-403/08 e C429/08, Murphy Football Association Premier League Ltd e o. / QC Leisure e o. e Karen Murphy / Media Protection Services Ltd</i>

Restrições horizontais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Matos Viana	<i>Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008 – Processo T-99/04 (Os conceitos de autor e cúmplice de uma infração ao artigo 81.º TCE)</i>
2	João Pateira Ferreira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009 (3ª secção) no Processo C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Práticas concertadas entre empresas, trocas de informações e infrações concorrenciais por objecto e/ou por efeito)</i>
4	Arianna Andreangeli	<i>Modernizing the approach to article 101 TFEU in respect to horizontal agreements: has the Commission’s interpretation eventually “come of age”?</i>
4	Silke Obst/ Laura Stefanescu	<i>New block exemption regulation for the insurance sector – main changes</i>
6	Donald I Baker/Edward A. Jesson	<i>Adam Smith, modern networks and the growing need for antitrust rationality on competitor cooperation</i>
6	Luís D. S. Morais	<i>The New EU Framework of Horizontal Cooperation Agreements</i>
6	Fernando Pereira Ricardo	<i>As infrações pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia</i>
6	Cristina Camacho/ Jorge Rodrigues	<i>Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study</i>
6	João Pateira Ferreira	<i>A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa</i>
13	Imelda Maher	<i>The New Horizontal Guidelines: Standardisation</i>
13	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais</i>

16	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 e Decisão Sumária do Tribunal Constitucional de 21 de maio de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência</i>
18	João Cardoso Pereira	<i>Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 September 2014, Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission (Groupement des Cartes Bancaires: Reshaping the Object Box)</i>
19	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de Dezembro de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais e foro competente</i>

Concorrência – Controlo de concentrações

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	António Gomes	<i>Minority Shareholders and Merger Control in Portugal</i>
2	Carlos Pinto Correia/ António Soares	<i>Tender offers and merger control rules</i>
4	Fernando Pereira Ricardo	<i>A aquisição de participações ou de ativos da empresa insolvente e o conceito de concentração de empresas</i>
5	Miguel Mendes Pereira	<i>Natureza jurídica e função de compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações</i>
7-8	Pedro Costa Gonçalves	<i>Controlo de concentração de empresas no direito português (uma visão jus-administrativista)</i>
7-8	Ana Paula Martinez	<i>Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil</i>
10	Luis Ortiz Blanco/ Alfonso Lamadrid de Pablo	<i>Del test de posición dominante al test OSCE (Historia y evolución de los criterios de prohibición y autorización de las concentraciones entre empresas en el Derecho europeo, 1989 – 2004)</i>

Concorrência – Auxílios de Estado

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Piet Jan Slot	<i>The credit crisis and the Community efforts to deal with it</i>
3	Manuel Porto/ João Nogueira de Almeida	<i>Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?</i>
3	António Carlos dos Santos	<i>Crise financeira e auxílios de Estado – risco sistémico ou risco moral?</i>
3	Ana Rita Gomes de Andrade	<i>As energias renováveis – Uma luz verde aos auxílios de Estado?</i>
3	Marco Capitão Ferreira	<i>Decisão da Comissão Europeia relativa à garantia estatal concedida pelo Estado português ao Banco Privado Português</i>
11-12	Alexandra Amaro	<i>Auxílios de Estado e contratos públicos: Os limites do concurso</i>
17	Ricardo Pedro	<i>Auxílios de minimis 2014-2010: notas à luz do Regulamento (UE) n.º 1407/2013</i>
20-21	João Zenha Martins	<i>Consultoria em inovação e o redesenho dos apoios ao emprego e à formação no Regulamento (UE) n.º 651/2014</i>
27-28	Edmilson Wagner dos Santos Conde	<i>Poderão as decisões dos órgãos jurisdicionais que atribuem indemnizações constituir auxílios de Estado?</i>
27-28	Luis Seifert Guincho	<i>State aid and systemic crises: appropriateness of the European State aid regime in managing and preventing systemic crises</i>
27-28	Mariana Medeiros Esteves	<i>Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia</i>
27-28	Ricardo Quintas	<i>A incongruência judicativa de uma deliberação positiva de compatibilidade de um auxílio de Estado não notificado</i>

Financeiro e bancário

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	René Smits	<i>Europe's Post-Crisis Supervisory Arrangements – a Critique</i>
2	José Nunes Pereira	<i>A caminho de uma nova arquitetura da supervisão financeira europeia</i>
2	Pedro Gustavo Teixeira	<i>The Evolution of Law and Regulation and of the Single European Financial Market until the Crisis</i>
2	Paulo de Sousa Mendes	<i>How to deal with transnational market abuse? – the Citigroup case</i>
2	Luís Máximo dos Santos	<i>A reforma do modelo institucional de supervisão dos setores da banca e dos seguros em França</i>
2	José Renato Gonçalves	<i>A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro</i>
2	Paulo Câmara	<i>“Say on Pay”: o dever de apreciação da política remuneratória pela assembleia geral</i>
3	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 2010 (1ª secção) no Processo C-171/08 – Comissão c. Portugal (Crónica de uma morte anunciada?)</i>
7-8	Paulo de Sousa Mendes	<i>A derrogação do segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Felipe Hochscheidt Kreutz	<i>O segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Madalena Perestrelo de Oliveira	<i>As alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito: o fim da era do sigilo bancário?</i>
9	Luís Guilherme Catarino	<i>A “agencificação” na regulação financeira da União Europeia: Novo meio de regulação?</i>
9	Luís Máximo dos Santos	<i>O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: Aspectos fundamentais</i>
9	Ana Pascoal Curado	<i>As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: Natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur</i>
9	Miguel Brito Bastos	<i>Scalping: Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado?</i>
11-12	Helena Magalhães Bolina	<i>O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários</i>
11-12	Vinicius de Melo Lima	<i>Ações neutras e branqueamento de capitais</i>

13	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>El Derecho Penal Español frente a fraudes bursátiles transnacionales – ¿Protege el derecho penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?</i>
14-15	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>Imputación objetiva en el derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares</i>
17	Joseph Dale Mathis	<i>European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions</i>
18	José Gonzaga Rosa	<i>Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light</i>
18	Pedro Lobo Xavier	<i>Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição</i>
18	Sofia Brito da Silva	<i>A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público</i>
20-21	Pablo Galain Palermo	<i>Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica</i>
20-21	Sérgio Varela Alves	<i>Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance</i>
20-21	Rute Saraiva	<i>Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau</i>
20-21	Luís Pedro Fernandes	<i>Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções</i>
20-21	Daniela Pessoa Tavares	<i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i>
20-21	Raluca Ghiurco	<i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i>
20-21	Francisco Mário	<i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i>
20-21	Catarina Balona/ João Pedro Russo	<i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspetos orgânicos e funcionais</i>
20-21	José Gonzaga Rosa	<i>União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre</i>
20-21	Tiago Larsen	<i>Regulação bancária na Guiné-Bissau</i>

23-24	Luís Guilherme Catarino	<i>"Fit and Proper": o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro</i>
23-24	Margarida Reis	<i>A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito</i>
23-24	Inês Serrano de Matos	<i>"Debt finance": as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele</i>
23-24	João Andrade Nunes	<i>Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospeto</i>
23-24	João Vieira dos Santos	<i>A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira</i>
27-28	Bruno Miguel Fernandes	<i>A garantia de depósitos bancários</i>

Seguros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
25	Catarina Baptista Gomes	<i>Os danos indemnizáveis no seguro financeiro</i>
25	Celina Isabel Dias Videira	<i>O seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados</i>
25	Miguel Duarte Santos	<i>O beneficiário nos seguros de pessoas</i>

Comunicações eletrónicas

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Ana Amante/João Vareda	<i>Switching Costs in the Portuguese Telecommunications Sector: Results from a Customer Survey</i>
11-12	Ana Proença Coelho	<i>Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM</i>
14-15	Manuel da Costa Cabral	<i>A governação da Internet e o posicionamento de Portugal</i>
14-15	Marta Moreira Dias	<i>Perspetiva sobre os 25 anos da Internet em .pt</i>

14-15	Victor Castro Rosa	<i>Digital Piracy and Intellectual Property Infringement: role, liability and obligations of Internet Service Providers. The evolution of European Case-Law</i>
14-15	David Silva Ramalho	<i>A investigação criminal na dark web</i>
19	João Confraria	<i>Perspetivas de mudança na regulação das comunicações</i>

Energia

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
11-12	Miguel Sousa Ferro	<i>Nuclear Law at the European Court in the 21st Century</i>
13	Orlindo Francisco Borges	<i>Responsabilidade civil das sociedades de classificação por derrames petrolíferos causados por navios inspecionados: em busca de um claro regime entre o port state control e os contratos de classificação</i>
18	Filipe Matias Santos	<i>O comercializador de último recurso no contexto da liberalização dos mercados de eletricidade e gás natural</i>

Saúde

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
10	Olívio Mota Amador	<i>Desafios da regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise</i>

Autoridades Reguladoras

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	João Confraria	<i>Falhas do Estado e regulação independente</i>
6	Jorge André Carita Simão	<i>A responsabilidade civil das autoridades reguladoras</i>

7-8	Victor Calvete	<i>Entidades administrativas independentes: Smoke & Mirrors</i>
17	Luís Silva Morais	<i>Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira</i>
17	João Confraria	<i>Uma análise económica da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes</i>
17	Luis Guilherme Catarino	<i>O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?</i>
17	Tânia Cardoso Simões	<i>Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro</i>

Regulação do comércio e concorrência desleal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	Jaime Andrez	<i>Propriedade Industrial e concorrência – uma leitura económica da sua inevitável complementaridade</i>
6	Deolinda de Sousa	<i>O alinhamento de preços nas vendas com prejuízo</i>
7-8	Peter Freeman	<i>The UK experience: The Grocery Supply Code of Practice</i>

Contratação pública

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
19	António Ferreira Gomes/ Ana Sofia Rodrigues	<i>Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues</i>
19	Nuno Cunha Rodrigues	<i>O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública</i>
19	Raquel Carvalho	<i>As novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos</i>
27-28	Pedro Matias Pereira	<i>O dever de resolver contratos públicos</i>
27-28	Luís Almeida	<i>A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE</i>

Direito contraordenacional e processual penal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Luis Greco	<i>Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?</i>
9	Ricardo Oliveira Sousa	<i>A comunicabilidade da prova obtida em direito processual penal para o processo contraordenacional</i>
10	André Mauro Lacerda Azevedo	<i>Bribery Act 2010: Um novo paradigma no enfrentamento da corrupção</i>
13	André Paralta Areias	<i>O valor do princípio da presunção de inocência no novo regime da indemnização por indevida privação da liberdade</i>
13	Tiago Geraldo	<i>A reabertura do inquérito (ou a proibição relativa de repetição da ação penal)</i>
14-15	Miguel Prata Roque	<i>O Direito Sancionatório Público enquanto bisbetrix (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional</i>
14-15	Milene Viegas Martins	<i>A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal</i>
16	Érico Fernando Barin	<i>Alargar a perda alargada: O projeto Fenix</i>
16	José Danilo Tavares Lobato	<i>Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro</i>
16	Mafalda Melim	<i>Standards de prova e grau de convicção do julgador</i>
16	David Silva Ramalho	<i>O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal</i>
16	Catiuce Ribas Barin	<i>A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal</i>
16	José Neves da Costa	<i>Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares – O caso BCP</i>
16	Catarina Abegão Alves	<i>Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal</i>
23-24	Stephen Mason	<i>Towards a global law of electronic evidence? An exploratory essay</i>

23-24	Daniel Diamantaras de Figueiredo	<i>O direito ao confronto e o caso Al-Khawaja e Tabery c. Reino Unido</i>
23-24	Felipe Soares Tavares Moraes	<i>O ónus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro</i>
23-24	Margarida Caldeira	<i>A utilizabilidade probatória das declarações prestadas por arguido em fase anterior ao julgamento</i>
27-28	Ana Catarina Martins	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e se prova o dolo da pessoa coletiva?</i>
27-28	Maria João Almeida Semedo	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e prova o dolo da pessoa jurídica – orientação jurisprudencial</i>
27-28	Joana Gato	<i>Identificação de algum dos dirigentes que são agentes do facto coletivo como requisito para a responsabilização da pessoa coletiva</i>
27-28	João Nuno Casquinho	<i>Responsabilidade penal das pessoas coletivas em casos de fusão, cisão ou transformação</i>
27-28	João Pedro Neves Rodrigues	<i>Critérios objetivos de imputação de facto coletivamente típico à pessoa coletiva e o conceito de gerentes de facto e de direito</i>

Ambiente

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	José Danilo Tavares Lobato	<i>Princípio da subsidiariedade do Direito Penal e a adoção de um novo sistema jurídico na tutela ambiental</i>
5	António Sequeira Ribeiro	<i>A revisão da lei de bases do ambiente (algumas notas sobre a vertente sancionatória)</i>
5	Heloísa Oliveira	<i>Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais</i>
5	José Danilo Tavares Lobato	<i>Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade</i>
5	Annette Bongardt/ João E. Gata	<i>Competition Policy and Environmental Protection: a critical overview</i>
5	Giulio Federico	<i>Climate Change and Environmental Policies in the European Electricity Sector</i>

Transportes

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
26	João E. Gata	<i>A economia de partilha</i>
26	Joana Campos Carvalho	<i>Enquadramento jurídico da atividade da Uber em Portugal</i>

Artigos transversais e outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Manuel Sebastião	<i>The Portuguese Competition Authority and the Portuguese Competition and Regulation Journal – A meeting of the minds</i>
1	Eduardo Paz Ferreira	<i>Em torno da regulação económica em tempos de mudança</i>
16	Nuno Sousa e Silva	<i>The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music – Is competition a good idea?</i>
20-21	Miguel da Câmara Machado	<i>“Corrupção: denuncie aqui” – vale tudo no combate à corrupção?</i>
22	Paulo Alves Pardal	<i>O acidentado percurso da Constituição Económica Portuguesa</i>

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 caracteres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrencia.pt.
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: Eduardo Paz Ferreira/Margarida Matos Rosa

Membros:

António Avelãs Nunes
António Ferreira Gomes
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
Vitor 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

Rute Saraiva/Hugo Moredo Santos

Transportes terrestres e marítimos

Tânia Cardoso Simões

Saúde

Nuno Castro Marques

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Direito probatório

Rui Soares Pereira/David Silva Ramalho

Secretariado Executivo:

Manuela Oliveira

Natália Leite

