

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

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

ANO VIII • NÚMERO 31
JULHO/SETEMBRO 2017



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO VII • NÚMERO 31
JULHO – SETEMBRO 2017

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção

PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

presidência do conselho científico

EDUARDO PAZ FERREIRA • MARGARIDA MATOS ROSA

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 31

julho – setembro 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%)

OUTUBRO 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 DOCTRINA

15 Doutrina geral

17 Maria Teresa Capela – *Controlo de concentrações e o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF: uma exceção à obrigação de notificação prévia?*

39 Miguel da Câmara Machado – *Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais*

93 Nivaldo Machado Filho – *O agente infiltrado em duelo com o contraditório: aspectos críticos de seu relatório e depoimento*

147 Patrícia Oliveira – *Acesso das visadas a documentação confidencial com potencial valor exculpatório nas contraordenações do Direito da Concorrência: análise jurisprudencial*

179 Tiago da Costa Andrade – *Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas*

215 Catarina Varajão Borges / Inês Neves / Ricardo Tavares / Tiago Monfort – *Sobre o prazo de prescrição e outros aspetos da Diretiva 2014/104/UE*

243 JURISPRUDÊNCIA

245 Jurisprudência geral

245 Jurisprudência nacional de concorrência – julho a setembro de 2017

247 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – abril a setembro de 2017

251 NOTAS CURRICULARES

255 ÍNDICE CONSOLIDADO POR TEMAS

275 *Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação*

277 *Órgãos Sociais*

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Paulo de Sousa Mendes

Miguel Sousa Ferro

O presente número reúne contributos em torno de um conjunto diverso de questões jurídicas específicas dos domínios do Direito da concorrência, Direito financeiro e Direito penal e contraordenacional.

Maria Teresa Capela aborda uma *vexata quaestio* do direito nacional do controlo de concentrações, repetidamente suscitada no contexto das recentes operações de aquisição no setor bancário. Defende a Autora que a exceção ao normal funcionamento do regime de controlo de concentrações introduzida pelo artigo 145.º-N(4) do RGICSF é, além de indesejável, contrária ao Direito da União Europeia. Sem prejuízo da discussão que esta questão poderá vir a suscitar no ordenamento europeu,

The current Issue brings together contributions around a diverse ensemble of legal issues which are specific to the areas of Competition Law, Financial Law, Criminal Law and the Law of Administrative Offences.

Maria Teresa Capela delves into a vexata quaestio of the national Law of control of concentrations, repeatedly brought to the foreground in the context of the recent acquisitions in the banking sector. The author argues that the exception to the normal functioning of the merger control regime, introduced by article 145-N(4) of the RGICSF is, not only undesirable, but also contrary to the law of the European Union. Aside from the discussion of this issue which may arise

poderá este artigo servir de base a uma reflexão nacional sobre a legalidade e, acima de tudo, sobre o espírito subjacente a esta norma. Fará ainda sentido – se é que em algum momento fez – este tratamento preferencial do setor bancário? Porque é que as empresas de todos os outros setores da economia, mesmo aqueles sujeitos a outros reguladores setoriais, não necessitam de qualquer exceção à LdC, mas a banca portuguesa continua a ser especialmente protegida pelo legislador?

Miguel da Câmara Machado analisa os problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais, particularmente nos bancos e instituições de crédito. O texto traça a evolução do sistema normativo, identificando aquilo a que chama as quatro gerações de leis, ao mesmo tempo que antecipa outras reformas, algumas das quais já começaram no ano de 2017. É, pois, uma matéria em contínua evolução e cada vez mais complexa, tanto mais que a prioridade deve ser a prevenção do branqueamento de capitais, surgindo a repressão criminal do branqueamento de capitais como residual.

Nivaldo Machado Filho elege um aspeto problemático da atividade do agente infiltrado, mas frequentemente esquecido, que é o aproveitamento probatório do relatório e do depoimento

in the EU legal order, this article may serve as a basis for a national reflection on the legality and, above all, on the spirit underlying this rule. Does it still make sense – and did it ever make sense – to have such a preferential treatment of the banking sector? Why is it that companies from all other sectors of the economy, even those subject to other sectoral regulators, do not require an exception the Portuguese Competition Act, but Portuguese banks continue to be especially protected by the legislator?

Miguel da Câmara Machado analyses the problems, paradoxes and main duties relating to the prevention of money laundering, particularly in banks and credit institutions. His text traces the evolution of the normative system, identifying what he calls the four generations of laws, at the same time as he anticipates other reforms, some of which have already begun in the year 2017. It is, therefore, a subject in continuous evolution and increasingly complex, especially since the prevention of money laundering should be a priority, with criminal repression of money laundering as a residual component.

Nivaldo Machado Filho focuses on a problematic aspect of the activity of the undercover agent, but often forgotten, which is the evidential value of the report and the testimony of the undercover

do agente infiltrado, considerando as garantias de defesa e o princípio do contraditório no processo penal. O Autor argumenta que, tanto em Portugal como no Brasil, ambos os meios estão sujeitos ao devido processo legal e, como tal, devem respeitar um conjunto de princípios para serem admitidos e valorados pelo juiz de facto.

O acesso aos dossiers da Autoridade da Concorrência, e em especial à informação confidencial aí incluída, no contexto do exercício dos direitos da defesa, tem sido um dos assuntos mais controversos dos últimos anos no direito português da concorrência. É já vasta a quantidade de jurisprudência gerada em torno desta questão, e a sua reunião e interpretação é desafiante, no mínimo. Com o seu artigo, Patrícia Oliveira fornece-nos um guia para navegar nestas águas turbulentas, acompanhada de análise doutrinal que permite colocar as questões no seu devido pano de fundo. A principal conclusão da Autora é que o assunto continua longe de estar decisivamente resolvido, e que é razoável esperar futuros novos capítulos desta saga.

Tiago da Costa Andrade aborda o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, no âmbito do Direito da concorrência, especialmente no sentido da sua extensão às pessoas coletivas. O presente estudo procura dissecar as relações

agent, considering the guarantees of defence and the contradictory principle in criminal proceedings. He argues that, in Portugal as well as in Brazil, both means are subject to the due rule of law, and as such, they have to comply with a body of legal principles in order to be accepted and taken into account by the court in its assessment of the facts.

Access to the files of the Portuguese Competition Authority, and particularly to confidential information included therein, in the context of exercising the rights of the defence, has been one of the most controversial topics in Portuguese competition law in recent years. There is an already vast amount of case-law on this specific issue, and its collection and interpretation is challenging, to say the least. With her paper, Patrícia Oliveira provides us with a guide to navigate these turbulent waters, together with doctrinal analysis which allows placing these issues against their necessary backdrop. The author's main conclusion is that this issue is far from being decisively settled, and that it is reasonable to expect future new chapters in this saga.

Tiago da Costa Andrade addresses the privilege against self-incrimination, in the province of Competition Law, especially considering its extension to the legal persons. The paper seeks to dissect the relations established between the legal

que se estabelecem entre a produção jurídica da União Europeia e o Direito dos Estados-membros, especialmente no tocante ao ordenamento jurídico português, e observar, de forma rigorosa, mas sempre com espírito crítico, as implicações que o projeto europeu tem, hoje, no domínio do *ius puniendi*.

O último artigo publicado insere-se no quadro da 1.ª edição do Moot Court Nacional do Direito da Concorrência, organizado pelas Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Nova de Lisboa, em colaboração com o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS), com o apoio da Autoridade da Concorrência e o patrocínio da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados. Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares e Tiago Monfort, estudantes do 3.º e 4.º anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, foram os membros da equipa vencedora da final realizada no dia 21 de maio de 2017, no TCRS. Argumentaram perante um júri composto pela Dra. Maria José Costeira (Juíza do TGUE), Dra. Carla Câmara (Juíza-Desembargadora do TRL), Dr. Luís Miguel Caldas (Juiz Presidente do TJ da Comarca de Santarém), Prof.ª Sofia Oliveira Pais (FDUCP-Porto) e Dr. Joaquim Vieira Peres (MLGTS). Os Autores analisam alguns dos assuntos sobre

production of the European Union and the law of the Member States, especially with regard to the Portuguese legal system, and to observe, in a rigorous but always critical manner, the implications that the European project has, today, in the field of ius puniendi.

The last paper published fits into the framework of the 1st edition of the Portuguese Competition Law Moot Court, organized by the Law Schools of the University of Lisbon and of the New University of Lisbon, in collaboration with the Competition, Regulation and Supervision Court (TCRS), with the support of the Competition Authority and the sponsorship of Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados. Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares and Tiago Monfort, students of the 3rd and 4th years of the Oporto University Law Schools, were the members of the winning team at the final which took place on the 21st May, 2017, at the TCRS. They argued before a jury made up of Maria José Costeira (Judge at the EGC), Carla Câmara (Judge at the Lisbon Appeal Court), Luís Miguel Caldas (Presiding Judge at Santarém Judicial Court), Sofia Oliveira Pais (FDUCP-Oporto) and Joaquim Vieira Peres (MLGTS). The authors analyse some of the issues which they had to discuss in this Moot Court, including the nature

os quais se tiveram de debruçar neste Moot Court, incluindo a natureza da responsabilidade civil e a aplicação das regras do prazo de prescrição nas ações de *private enforcement* da concorrência, e a vinculação dos tribunais a decisões de *public enforcement* das autoridades de concorrência.

O primeiro signatário deste Editorial e Codiretor da *C&R* põe agora termo à sua ligação à Direção da Revista, considerando que é chegada a altura de abraçar outros desafios. A saída deste projeto a que se encontra vinculado desde a sua fundação, no início de 2010, é também ocasião para lavrar um voto de confiança na continuação da Revista, segundo o que for considerado mais adequado pelos seus continuadores.

A *C&R* surgiu como um projeto inovador, baseado na cooperação entre a autoridade nacional de concorrência e um instituto universitário. Esta parceria molda a sua linha editorial aberta à análise rigorosa das questões candentes de direito da concorrência e de regulação setorial da economia, conjugando a visão científica dos problemas com a experiência prática da aplicação normativa e do desenvolvimento das políticas públicas de concorrência e regulação. Graças a esta matriz editorial, a *C&R* ofereceu sempre as suas páginas ao debate de ideias, preparando dossiers temáticos em que o contraste das diversas opiniões

of civil liability and the application of the rules on time-barring in antitrust private enforcement actions, and the extent to which national courts are bound by competition authority public enforcement decisions.

The first signatory of this Editorial and Co-Director of C & R now terminates its connection to the Direction of the Review, considering that the time has come to embrace other challenges. His departure from this project, to which he is linked since its foundation in early 2010, is also an opportunity to draw a vote of confidence in the continuation of the Review, according to what is considered most appropriate by its followers.

C & R emerged as an innovative project, based on cooperation between the national competition authority and a university institute. This partnership shapes its open editorial line to the rigorous analysis of the competitive issues of competition law and sectoral regulation of the economy, combining the scientific vision of the problems with the practical experience of the normative application and the development of the public policies of competition and regulation. Thanks to this editorial matrix, C & R always offered its pages to the debate of ideas, preparing thematic dossiers in which the contrast of the diverse opinions offered the readers a plural view on the subjects

oferecia aos Leitores uma visão plural acerca dos temas tratados. É meritório que a *C&R* se tenha afirmado no mercado editorial não como um boletim informativo, mas como uma revista científica de referência, aliás divulgada também no estrangeiro, dada a fórmula adotada de publicação dos artigos na língua original. Os dois signatários deste Editorial e Codiretores da *C&R* só podem augurar que a Revista aprofunde a matriz editorial aberta e aumente a sua difusão junto dos vários públicos-alvo.

Os dois signatários deste Editorial e Codiretores da *C&R* aproveitam para elogiar o trabalho que a Dr.^a Catarina Anastácio, enquanto Membro da Comissão Coordenadora do Conselho de Redação (2010-2013) e Presidente do Conselho de Redação (2013-2017), realizou ininterruptamente e sem o qual a Revista não teria mantido o padrão de rigor a que habituou os seus Leitores. Nesta nova fase da sua existência, a *C&R* rende, por isso mesmo, a devida homenagem à Dr.^a Catarina Anastácio.

treated. It is meritorious that C & R has affirmed itself in the publishing market not as a newsletter, but as a reference scientific journal, also divulged abroad, given the adopted formula of publication of papers in the original language. The two signatories of this Editorial and Co-Directors of C & R can only hope that the Review deepens the open editorial matrix and increase its diffusion among the various target audiences.

The two signatories of this Editorial and Co-Directors of C & R take the opportunity to praise the work that Ms. Catarina Anastácio, LL.M, as a Member of the Coordinating Committee of the Editorial Board (2010-2013) and President of the Executive Editorial Board (2013-2017), performed without interruption and without which the Review would not have maintained the standard of rigor to which it has accustomed its readers. In this new phase of its existence, C & R therefore pays tribute to Ms. Catarina Anastácio, LL.M.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

DOCTRINA GERAL

CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES E O N.º 14 DO ARTIGO 145.º-N DO RGICSF: UMA EXCEÇÃO À OBRIGAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA?

*Maria Teresa Capela**

ABSTRACT: The financial crisis has made world leaders and institutions strive for financial stability. The laws and regulations issued sometimes do not fulfill their ultimate goal – society's welfare – since the focus on financial stability is too extreme. In Portugal, the legislator when transposing Directive 2014/59/EU decided to exclude the application of specific competition rules that are necessary to guarantee that markets are competitive and that consumers and companies may benefit from it. This paper provides an overview of the applicable framework and the complex relationship between banking and competition regulations. Finally, the decision of the national legislator related to the transposition of Directive 2014/59/EU is analyzed and discussed.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Obrigação de notificação prévia. 2.1. Enquadramento legal. 2.2. Objetivo. 3. O controlo de concentrações e o setor bancário. 4. O n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de crise, a estabilidade financeira parece emergir como preocupação máxima dos governantes, os quais por vezes aprovam normas nem sempre adequadas à promoção do bem-estar económico-social da sociedade a longo prazo.

No âmbito deste estudo iremos recordar a importância do direito da concorrência e, em particular, do regime jurídico do controlo de concentrações, por confronto com as preocupações geradas pela crise no setor bancário. Iremos de igual modo demonstrar quais os benefícios que a defesa e a promoção de uma política de concorrência ativa e efetiva podem ter no âmbito do setor bancário.

* Advogada na sociedade de advogados Cardigos & Associados (mcapela@cardigos.com).

Por fim, iremos confrontar a norma que resulta do n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF com dois importantes pilares (obrigação de notificação prévia e de suspensão da operação de concentração) do regime jurídico do controlo de concentrações.

2. OBRIGAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA

2.1. Enquadramento legal

A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, consagra o regime jurídico nacional da concorrência (doravante “LdC”) e aplica-se a *“todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo”* (cfr. n.º 1 do artigo 2.º da LdC), pelo que estatui regras a observar pelas empresas¹ no âmbito do desenvolvimento da sua atividade, em território nacional. A averiguação do cumprimento destas regras é, primeiramente, assegurada pela Autoridade da Concorrência (doravante, “AdC”) *“que, para o efeito, dispõe (...) [de] poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação”* (cfr. n.º 1 do artigo 5.º da LdC).

Para efeitos do presente estudo, iremos apenas concentrar-nos no regime jurídico aplicável às operações de concentração de empresas, consagrado na LdC, e em particular, no regime da notificação prévia (com a inerente obrigação de suspensão da operação de concentração).

Ora, de acordo com a LdC, existe uma concentração de empresas² *“quando se verifique uma mudança duradoura de controlo sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas, em resultado:*

- a) *Da fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes;*
- b) *Da aquisição, direta ou indireta, do controlo da totalidade ou de partes do capital social ou de elementos do ativo de uma ou de várias empresas, por uma ou mais empresas ou por uma ou mais pessoas que já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa”* (cfr. n.º 1 do artigo 36.º).

1 Para efeitos de aplicação da LdC considera-se “empresa” *“qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”* (cfr. n.º 1 do artigo 3.º).

2 Sobre este tema veja-se, por exemplo: Antunes, 2011; Gonçalves, 2011; Gomes, 2010; Ricardo, 2010; Cunha, 2005.

Ademais, veja-se que, nos termos e para os efeitos da LdC, o controlo, ora referido, “*decorre de qualquer ato, independentemente da forma que este assuma*”, bastando que este “*implique a possibilidade de exercer, com carácter duradouro, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa*” (cfr. n.º 3 do artigo 36.º).

Sempre que uma concentração de empresas preencha pelo menos um dos requisitos determinados pela LdC, a realização da mesma terá de ser notificada à AdC. Por conseguinte, nem todas as concentrações de empresas terão, necessariamente, de ser notificadas à AdC, apenas as que (cfr. n.º 1 do artigo 37.º da LdC):

- a) “*Em consequência da sua realização se adquira, crie ou reforce uma quota igual ou superior a 50% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste;*”
- b) “*Em consequência da sua realização se adquira, crie ou reforce uma quota igual ou superior a 30% e inferior a 50% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal, no último exercício, por pelo menos duas das empresas que participam na operação de concentração seja superior a cinco milhões de euros, líquidos dos impostos com estes diretamente relacionados;*”
- c) “*O conjunto das empresas que participam na concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 100 milhões de euros, líquidos dos impostos com este diretamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por pelo menos duas dessas empresas seja superior a cinco milhões de euros.*”

Em que momento devem, então, concentrações de empresas, que preenham pelo menos um dos requisitos ora identificados, ser notificadas à AdC? Após concluído o acordo celebrado entre as empresas participantes na concentração, mas *antes de ser realizada*, ou implementada (cfr. n.º 2 do artigo 37.º da LdC)³.

3 A notificação, ora em apreço, concretiza-se através do preenchimento e submissão do formulário que consta do Regulamento n.º 60/2013, junto da AdC (o qual se encontra disponível para *download* em http://www.concorrenca.pt/vPT/Controlo_de_concentracoes/Notificacao/Formulario-de-notificacao/Paginas/Formulario-de-Notificacao1.aspx). A AdC analisa posteriormente os contornos e efeitos da operação

Na verdade, encontra-se *proibida* a realização de operações de concentração, sujeitas à obrigação de notificação prévia. Por conseguinte, aliada e intrinsecamente ligada à obrigação de notificação prévia encontra-se a obrigação de suspensão da operação de concentração.

As empresas participantes numa operação de concentração, que deva ser objeto de notificação prévia, *não a podem implementar, ou concretizar*, antes de a mesma ser notificada à AdC e de ser emitida, por parte da AdC, uma decisão expressa ou tácita de não oposição (cfr. n.º 1 do artigo 40.º da LdC).

Se o acordo celebrado entre as empresas participantes na operação de concentração for implementado em violação da regra ora referida (*i.e.* regra da suspensão da operação de concentração), o mesmo será ineficaz (cfr. n.º 6 do artigo 40.º da LdC). Em desenvolvimento deste ponto, veja-se que “*quer os negócios na base da operação*’ (e, portanto, os seus efeitos automáticos, *i.e.*, aqueles que decorrem da sua simples celebração – *v.g.*, transmissões de propriedade ou de outros direitos), *quer os ‘respectivos actos de concretização*’ (se executados) *verão a sua eficácia suspensa ‘até’ ao preenchimento da ‘condição legal complexa’ integrada por dois eventos: a ‘notificação’ e a ‘decisão de compatibilidade’.* Ou seja: serão válidos, mas não produzirão efeitos.

Se [a] condição se vier a verificar, *‘desencadear-se-á’ a produção de efeitos.* Se vier a ser tomada uma decisão de incompatibilidade, considera-se *‘não verificada a condição’* e o negócio tem-se por absolutamente ineficaz, ou, na medida em que se trata de uma condição legal, *extingue-se por caducidade*⁴.

Caso a AdC tome conhecimento da realização de uma operação de concentração, sujeita ao regime de notificação prévia, sem que a obrigação de notificação correspondente tenha sido cumprida, deve intimar as empresas em incumprimento para procederem à notificação da operação de concentração

de concentração projetada e notificada, podendo em geral concluir que: a) a operação notificada não se encontra abrangida pelo procedimento de controlo de concentrações (*v.g.* por não preencher pelo menos um dos requisitos aplicáveis); b) não se opõe à implementação da operação, por considerar que a mesma não é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou em parte substancial deste; c) não se opõe à implementação da operação, apenas na sequência de alterações introduzidas pela empresa notificante, por considerar que sem elas a operação seria suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou em parte substancial deste; d) é necessário dar início a uma investigação aprofundada, por considerar que a operação suscita sérias dúvidas quanto à potencial criação de entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou em parte substancial deste; ou que e) proíbe a operação, quando considere que a mesma, é suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste (cfr. artigos 50.º e 53.º da LdC).

4 Cunha, 2013: 444.

em causa, no âmbito de um procedimento administrativo oficioso (cfr. artigo 56.º da LdC)^{5/6}.

No entanto, realça-se que, apesar de o incumprimento da obrigação de notificação prévia consubstanciar um *ato ilícito*, “à realização de uma operação de concentração sem notificação (...) não se associa a ‘ilegalidade substantiva’ da operação. Eis o que justifica que a ‘Autoridade da Concorrência’ não disponha do poder de impor imediatamente a dissolução da concentração, mas antes o de impor a notificação, para que, no âmbito do procedimento de controlo, possa apreciar o impacto da operação. Por isso mesmo, o facto de a ‘Autoridade’ impor a apresentação de notificação mostra-se naturalmente compaginável com a emissão de uma decisão de não oposição”⁷.

Naturalmente, e em decorrência direta do *supra* exposto, a realização de operações de concentração não antecedidas por uma decisão da AdC consubstancia uma contraordenação punível com coima que poderá ascender a 10% do volume de negócios realizado pelas empresas participantes na operação, no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC (cfr. al. f) do n.º 1 do artigo 68.º e n.º 2 do artigo 69.º, ambos da LdC)⁸.

No que respeita à obrigação de suspensão da operação de concentração, a AdC pode, “mediante pedido fundamentado das empresas em causa, apresentado antes ou depois da notificação, conceder uma derrogação ao cumprimento” de tal obrigação (cfr. n.º 3 do artigo 40.º da LdC).

Contudo, a “decisão de afastar a regra da suspensão, permitindo a prática de actos destinados a concretizar a concentração, deverá ser tomada pela AdC ‘contrapestando’ os efeitos perniciosos que a paralisação da operação acarreta para as empresas com os efeitos negativos que a sua imediata realização é suscetível de provocar na concorrência. Se assim, o entender, pode a AdC fazer acompanhar a derrogação de ‘condições ou de obrigações’ destinadas a assegurar uma concorrência efetiva”⁹.

5 Na eventualidade de as empresas intimadas não procederem em conformidade, poderá ser-lhes aplicada uma sanção pecuniária compulsória, num montante não superior a 5% da média diária do volume de negócios realizado no ano imediatamente anterior à decisão, por dia de atraso, a contar da data da notificação (cfr. artigo 72.º da LdC).

6 Tal sucedeu no âmbito dos processos Ccent. 80/2005, 13/2006 e 30/2010, disponíveis para consulta em http://www.concorrenca.pt/vPT/Controlo_de_concentracoes/Decisooes/Paginas/pesquisa.aspx?est=2.

7 Gonçalves, 2011: 24.

8 A título de exemplo, veja-se a decisão proferida a 26 de Junho de 2014 pela AdC no âmbito do PCC n.º 1/2012, contra as empresas Farminveste/Farminveste, S.A./ANF, disponível para consulta em http://www.concorrenca.pt/vPT/Controlo_de_concentracoes/Decisooes/PCC/Paginas/default.aspx.

9 Cunha, 2013: 442.

Por último, uma breve nota apenas para salientar que, a obrigação de notificação prévia *supra* descrita também se encontra consagrada a nível europeu, *i.e.* no Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo de concentrações de empresas (doravante “Regulamento (CE) n.º 139/2004”)¹⁰.

O Regulamento (CE) n.º 139/2004 aplica-se a todas as operações de concentração que apresentem uma dimensão europeia¹¹. Tal como a LdC, o Regulamento (CE) n.º 139/2004 determina que as operações de concentração de dimensão europeia “*devem ser notificadas à Comissão antes da sua realização e após a conclusão do acordo*” (cfr. n.º 1 do artigo 4.º), estatuidando deste modo a obrigação de notificação prévia para as operações de concentração que estejam sob a alçada da Comissão.

A par da estatuição da obrigação de notificação prévia, o Regulamento (CE) n.º 139/2004 consagra a proibição da realização de concentrações sujeitas a tal obrigação, antes que a mesma tenha sido apresentada e antes de a operação ter sido declarada compatível com o mercado comum (cfr. n.º 1 do artigo 7.º). O Regulamento (CE) n.º 139/2004 prevê ainda a possibilidade de a Comissão conceder uma derrogação do cumprimento da obrigação de suspensão da operação, perante a apresentação de um pedido fundamentado (cfr. n.º 3 do artigo 7.º).

2.2. Objetivo

A estatuição da obrigação de notificação prévia (bem como da regra de suspensão da operação de concentração) visa garantir que os efeitos potencialmente

10 A título de exemplo, no que respeita ao controlo de concentrações de dimensão europeia veja-se: Whish/Bailey, 2015; Cook/Kerse, 2009; e Lindsay, 2003.

11 De acordo com o n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004, uma operação de concentração tem dimensão europeia quando: a) “[o] volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto de empresas em causa for superior a 5 000 milhões de euros; e b) [o] volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro”. Uma operação de concentração que não preencha os requisitos ora referidos terá ainda dimensão europeia se: a) “[o] volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 2 500 milhões de euros; b) [e]m cada um de pelo menos três Estados-Membros, o volume de negócios total realizado pelo conjunto das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros; c) [e]m cada um de pelo menos três Estados-Membros considerados para efeitos do disposto na alínea b), o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de euros; e d) [o] volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro” (cfr. n.º 3 do artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004).

nefastos de uma operação de controlo possam ser evitados, através de um escrutínio legalmente posicionado num momento anterior à sua implementação.

O “*objetivo do legislador, em sede de controlo de concentrações, é o de intervir ‘ex ante’ e assegurar que a AdC possa avaliar as operações capazes de distorcer estruturalmente a concorrência no mercado nacional, evitando assim situações de ‘fait accompli’ que possam ser prejudiciais para a estrutura de mercado e, em último termo, para os consumidores*”¹².

A nível europeu, o objetivo visado pela estatuição das obrigações em apreço é idêntico.

Em 2014, e no seguimento de outras decisões semelhantes, a Comissão referiu que “*the objective of the EU rules on the control of concentrations is the prevention of irreparable and permanent damage to competition. The effectiveness of that system is ensured by the introduction of ‘ex ante’ control of the effects of concentrations with a Union dimension.*

The system for the control of concentrations established by the Merger Regulation is designed to allow the Commission to exercise effective control on all concentrations with an EU dimension from the point of view of their effect on the structure of competition, regardless of their impact on competition.

In this context, it is even more important to ensure that a transaction which is potentially problematic is not implemented before scrutiny, insofar as this would in all likelihood result in an irreparable damage to the competitive structure of the market”¹³.

Em 2012, o Tribunal Geral pronunciou-se sobre este tema, no âmbito do processo T-332/09, referindo que “[é] certo que o objetivo da regulamentação da União em matéria de controlo de concentrações é a prevenção de prejuízos irreparáveis e permanentes à concorrência (...). Em última instância, o interesse jurídico protegido é, assim, o de salvaguardar a livre concorrência no interior do mercado comum, o que constitui (...) um objetivo fundamental da União (...)”. A título adicional, o Tribunal Geral referiu ainda que “o sistema de controlo das concentrações (...) se destina a permitir à Comissão exercer uma fiscalização efetiva de todas as operações de concentração (...) [e] que a eficácia desta supervisão é baseada

12 Gorjão-Henriques/Vide, 2013: 413.

13 Decisão da Comissão Europeia COMP/M.7184 – Marine Harvest/Morpol, de 23 de Julho de 2014, parágrafos 153, 154 e 155, proferida no âmbito de um processo sancionatório. No âmbito deste tema são igualmente relevantes as decisões da Comissão Europeia proferidas nos processos COMP/M.4994 – Electrabel/Compagnie Nationale du Rhone, de 10 de Junho de 2009; IV/M.969 – A.P. Møller, de 10 de Fevereiro de 1999 e IV/M.920 – Samsung/AST, de 18 de Fevereiro de 1998.

no dever de as empresas notificarem previamente essas operações de concentração e de suspenderem a sua execução até à decisão da Comissão que as declare compatíveis com o mercado comum. Além disso, as limitações que a possibilidade de dispensa da obrigação de suspensão do artigo 7.º [do Regulamento (CE) n.º 139/2004] envolve e a severidade das sanções associadas à sua violação, (...) confirmam a importância primordial atribuída pelo legislador à obrigação de suspensão no âmbito do controlo das concentrações, abordagem esta que se justifica pelo facto de a realização de uma concentração afetar a estrutura do mercado e de poder tornar mais difíceis as decisões da Comissão que visam, sendo caso disso, restabelecer uma concorrência efetiva”¹⁴.

Neste sentido, a comissão europeia da concorrência Margrethe Vestager salientou, nomeadamente, em 2014, quais as consequências últimas que uma concentração nefasta pode provocar: “[s]ome mergers can (...) be harmful to competition, for instance when they remove vibrant competitors from the market or create companies with excessive market power. In such cases the Commission must intervene in order to keep markets competitive. This is to the direct benefit of millions of European consumers and of industrial clients who can continue to purchase products and services at competitive prices”¹⁵.

Em suma, a obrigação de notificação prévia, bem como a obrigação de suspensão da operação de concentração, são pilares fundamentais do regime de controlo de concentrações, quer a nível nacional, quer a nível europeu. Deste modo, as autoridades competentes (v.g. AdC e Comissão Europeia) têm ao seu dispor as ferramentas necessárias para garantir a não produção de danos permanentes e irreparáveis que possam afetar a estrutura do mercado, potencialmente atingido pela operação da concentração e, em última análise, os operadores desse mercado.

3. O CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES E O SETOR BANCÁRIO

A crise económico-financeira, que começou há vários anos e ainda persiste, evidenciou a fragilidade e vulnerabilidade do setor bancário. Durante este período (e até mesmo anteriormente), vários autores têm questionado qual o papel que o controlo de concentrações, e em geral o direito da concorrência, deve ter no âmbito e em relação ao setor bancário. Devem as regras do direito

14 Cfr. Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Secção), de 12 de Dezembro de 2012, *Electrabel vs. European Commission*, T-332/09, parágrafos 245 e 246, disponível para consulta em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/.

15 Cfr. *Competition merger brief*, Issue 1/2014 – Novembro, disponível para consulta em <http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2014/CMB2014-01.pdf>.

da concorrência ser aplicadas ao setor bancário exatamente da mesma forma que são aplicadas a todos os demais setores (ou mercados) da sociedade? Tem o setor bancário especificidades tais que reclamam a aplicação de normas particulares?

O setor bancário, e em particular as instituições de crédito e sociedades financeiras, desempenham um papel vital para o funcionamento da economia e da sociedade atuais.

De facto, “[c]ommercial banks act as credit intermediaries. They collect deposits from households and firms with spare cash and then extend credit in order to finance trade and enterprise. Banks further provide access to the payments system for firms, households and government agencies through current accounts. Even a short delay of access to these accounts may cause havoc for those concerned and diversification in this respect may be too costly. Through credit intermediation and the mobilization of capital through payments and settlements systems banks remain the primary source of liquidity for most financial and non-financial undertakings. In this respect, traditional banks perform a quasi-utility function. In the same way access to water or electricity is essential to modern life, any denial of access to the banking system, even on a temporary basis, severely restricts an individual’s or firm’s capacity to participate in modern society and the economy”¹⁶.

O setor bancário que, conforme exposto, tem a seu cargo o desempenho de funções atualmente tão essenciais, apresenta uma estrutura de capital bastante frágil, sujeita a variadas pressões e perdas. Na verdade, as instituições de crédito e as sociedades financeiras apresentam “a particular capital structure that relies on assets with longer maturity and less liquidity – loans to businesses and individuals, securities – funded by short-term debt in form of deposits or repo loans, resulting a ‘maturity mismatch’. In normal times, liquidity requirements ensure that a bank will be able to cover withdrawals of deposits, and capital requirements protect against the risk of losses on assets. However, banks are particularly vulnerable to the loss of public confidence that may occur spontaneously (mass hysteria) or as part of the general business cycle. (...) News of a bank’s problems can spread faster than ever”¹⁷.

Para além disso, as instituições de crédito e sociedades financeiras encontram-se atualmente interligadas à escala global, pelo que os problemas de um banco podem ter repercussões negativas numa miríade de outros bancos, espalhados pelo mundo.

16 Cfr. Schillig, 2012: 4-5.

17 Cfr. Schillig, 2012: 5-6.

De modo a melhor proteger os operadores deste setor, e seus beneficiários, a União Europeia criou um pacote legislativo¹⁸ que visou reforçar os poderes da supervisão bancária da própria União e de cada um dos Estados-Membros.

Por sua vez, as regras de direito da concorrência permaneceram inalteradas (com exceção da regra melhor identificada no próximo capítulo)¹⁹. No entanto, a nível europeu, a Comissão Europeia autorizou vários auxílios de estado, tendo, no âmbito do controlo de concentrações autorizado recentemente uma derrogação à obrigação de suspensão da operação de concentração solicitada pelo Banco Santander S.A.²⁰. Ainda no âmbito do controlo de concentrações, tem-se verificado uma menor atividade, bem como um ressurgimento dos argumentos “*failing firm*” e “*too big to fail*”²¹.

Certos autores consideram que “[c]ompetition policy in banking should become more lenient during severe financial crises if doing so preserves financial stability. Competition authorities should support interventions that safeguard stability of frail banking systems, even if doing so temporarily worsens competition”²².

18 Cfr. v.g. Diretiva n.º 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014 e Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Julho de 2014.

19 Já no âmbito da crise económico-financeira atual, a AdC analisou as seguintes operações de concentração: Ccent 45/2008 – Cetelem / Cofinoga; Ccent. 25/2009 – Banif /Tecnicredito; Ccent. 40/2009 – Barclays / Activos Citi; Ccent. 39/2010 – Montepio / Finibanco; Ccent. 48/2011 – BIC / BPN, no âmbito das quais proferiu decisões de não oposição (decisões disponíveis para consulta em http://www.concorrencia.pt/vPT/Controlo_de_concentracoes/Decisoes/Paginas/pesquisa.aspx?est=2).

20 Cfr. Decisão da Comissão Europeia M.8553 – Banco Santander S.A. / Banco Popular Group S.A., de 7 de Junho de 2017.

21 O argumento “*failing firm*”, ou “empresa insolvente” encontra-se previsto nas Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C 31/03) (doravante, “Orientações”). De acordo com as Orientações, a “Comissão pode decidir que uma concentração, que de outra forma seria problemática, é compatível com o mercado comum se uma das empresas objecto da concentração for uma empresa insolvente. O requisito de base consiste em não se poder considerar que a deterioração da estrutura concorrencial após a concentração é causada pela concentração. É o que acontece quando a estrutura concorrencial do mercado se deteriora, pelo menos na mesma extensão, na ausência da concentração. A Comissão considera que os três critérios que se seguem são relevantes para a aplicação do ‘argumento da empresa insolvente’. Em primeiro lugar, a empresa alegadamente insolvente seria num futuro próximo excluída do mercado devido a dificuldades financeiras, se não fosse adquirida por outra empresa. Em segundo lugar, não existe qualquer aquisição alternativa que provoque menos distorções da concorrência do que a concentração notificada. Em terceiro lugar, na ausência da concentração, os activos da empresa insolvente sairiam inevitavelmente do mercado”, parágrafos 89 e 90 das Orientações, disponíveis para consulta em [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=EN). Por sua vez, o argumento “*too big to fail*”, tem por base as potenciais consequências económicas desastrosas que a insolvência de um “grande banco” poderá trazer à sociedade e à economia. Eis um exemplo: *Lloyds/HBOS (Halifax Bank of Scotland)/UK*, para mais informações cfr. v.g. Chen/Liao, 2015.

22 Hasan/Marin , 2016: 295–324.

No entanto, outros autores consideram que, apesar de o direito da concorrência dever reconhecer e acolher as especificidades do setor bancário, as exceções aplicáveis devem ter um escopo limitado. *“Merger policy in banking should be intertemporally consistent promoting an optimal degree of concentration and dynamic incentives (rewarding prudence at the same time that entry is eased). (...) The role of competition policy in a crisis situation is to keep markets open, check the distortions introduced by rescue packages, weed out inefficient institutions, and remove artificial barriers to entry. In the banking sector particular attention should be devoted to fostering entry in a post-crisis scenario. Competition policy in the financial sector may also have to play an increased advocacy role in the wake of a potential long phase of tighter regulation and public control. This may be important for ensuring that the financial sector contributes to financial deepening, innovation and growth”*²³.

De facto, estudos realizados demonstram que o direito da concorrência pode ter efeitos bastante positivos no setor bancário: *“banks’ stock prices react positively to the announcement of a change strengthening competition policy”*, defendendo que uma política de concorrência mais forte, pode funcionar como uma externalidade positiva no setor bancário²⁴.

As instituições/órgãos responsáveis por aplicar o direito da concorrência e assegurar uma regulação bancária eficaz e eficiente, tanto a nível nacional, como europeu, visam a prossecução de objetivos diferentes, tendo capacidades e conhecimentos normalmente distintos. Em momentos de crise (e não só), tais instituições/órgãos devem atuar de forma conjunta e coordenada, uma vez que só uma verdadeira cooperação poderá conduzir a um crescimento económico duradouro.

As operações de concentração realizadas no âmbito do setor bancário, pelas especificidades que este setor apresenta (*supra* enunciadas), reclamam uma análise efetivamente integrada e conjunta entre a AdC e o regulador bancário. Regras específicas deveriam ser criadas de modo a melhor caracterizar e distinguir tal articulação. No entanto, não defendemos que as normas de direito da concorrência devam ser “aligeiradas”, no que respeita ao controlo de concentrações realizadas no âmbito do setor bancário.

Na verdade, durante os últimos anos, assegurar uma regulação bancária eficaz e eficiente parece ter adquirido uma prioridade talvez extrema, em

23 Cfr. Vives, 2011: 479-497.

24 Cfr. Carletti/Hartmann/Ongena, 2007: 37.

detrimento nomeadamente do direito da concorrência, o que será de alguma forma evidenciado no próximo capítulo, num contexto bastante circunscrito.

4. O N.º 14 DO ARTIGO 145.º-N DO RGICSF

O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (doravante, “RGICSF”)²⁵ foi, nos últimos anos, objeto de modificações estruturais em virtude de alterações de entendimento a nível europeu e, de subseqüentes transposições parcelares da Diretiva n.º 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014 (doravante, “Diretiva n.º 2014/59/UE”).

Perante uma crise que não parecia ter fim à vista, a União Europeia procurou, através de vários mecanismos, dotar o setor financeiro de novas regras que assegurassem a sua estabilidade. De facto, “[t]he double challenge of individual resolvability and collective stability has led to a comprehensive regulatory framework, the European Banking Union project. One of its main ideas is to replace the traditional (slow-mode) insolvency regime, as it is common for corporations, by a (fast-track) special resolution regime, which is custom tailored for the high speed banking business with its dependency on markets, and on the funding liquidity they provide”²⁶.

No âmbito deste *fast-track special resolution regime*, foram criadas as medidas de resolução²⁷.

Em Portugal, estas medidas foram inicialmente implementadas pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, que introduziu alterações ao RGICSF, nomeadamente, o aditamento do n.º 17 do artigo 145.º-F que, no contexto de alienação total ou parcial da atividade de uma instituição de crédito já dispanha que “[s]e da alienação prevista no n.º 1 decorrer uma operação de concentração nos termos da legislação aplicável em matéria de concorrência, esta operação pode realizar-se antes de ter sido objecto de uma decisão de não oposição por parte da Autoridade da Concorrência, sem prejuízo das medidas que sejam posteriormente determinadas por esta Autoridade”.

O RGICSF, no seguimento da incorporação dos vários entendimentos e transposições da Diretiva n.º 2014/59/UE, estatui três fases de intervenção que visam “a salvaguarda da solidez financeira [de uma certa] (...) instituição

25 Na sua versão mais recente, aprovada pela Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio.

26 Cfr. Franke/Krahen/Lüpke, 2014: 2.

27 Para mais desenvolvimentos sobre o tema em apreço, cfr., entre outros, Garoupa, 2016; Machado, 2016; European Banking Authority, 2015; Lobo Xavier, 2014; Gropp/Hakenes/Schnabel, 2009.

de crédito, dos interesses dos depositantes ou da estabilidade do sistema financeiro” (cfr. n.º 1 do artigo 139.º). Essas fases incorporam a aplicação de medidas de intervenção corretiva, de administração provisória e de medidas de resolução, as quais são determinadas pelo Banco de Portugal (doravante, “BdP”). A aplicação destas medidas encontra-se *“sujeita aos princípios da adequação e da proporcionalidade, tendo em conta o risco ou o grau de incumprimento, por parte da instituição de crédito, das regras legais e regulamentares que disciplinam a sua atividade, bem como a gravidade das respetivas consequências na solidez financeira da instituição em causa, nos interesses dos depositantes ou na estabilidade do sistema financeiro”*(cfr. n.º 2 do artigo 139.º do RGICSF).

As medidas de resolução são consideradas como *medidas de último recurso*, pelo seu carácter intrusivo e definitivo na esfera de atuação (e de existência) da instituição de crédito delas objeto.

O BdP, mediante a verificação de certas condições (cfr. n.º 2 do artigo 145.º-E do RGICSF), pode aplicar as seguintes medidas de resolução: a) alienação parcial ou total da atividade; b) transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição; c) segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos; e d) recapitalização interna (cfr. n.º 1 do artigo 145.º-E do RGICSF). É no contexto da aplicação da medida de alienação parcial ou total da atividade que surge o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF.

Ora, o BdP, no âmbito dos seus poderes, *“pode determinar a alienação parcial ou total de direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução, que constituam ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão da instituição, e da titularidade das ações ou outros títulos representativos do seu capital social”* (cfr. n.º 1 do artigo 145.º-M do RGICSF).

O RGICSF estatui, no entanto, que se da alienação ora referida *“decorrer uma operação de concentração nos termos da legislação aplicável em matéria de concorrência, esta operação pode realizar-se antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição por parte da Autoridade da Concorrência, sem prejuízo das medidas aplicáveis que sejam posteriormente determinadas por esta Autoridade”* (cfr. n.º 14 do artigo 145.º-N).

O RGICSF estabelece então que, se por aplicação da medida de resolução de alienação parcial ou total da atividade de uma instituição de crédito, objeto da mesma, resultar uma operação de concentração (nos termos e dentro dos parâmetros identificados no capítulo **2.1.**), tal operação pode *realizar-se* antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição por parte da AdC.

Conforme referido *supra* (em particular no capítulo 2.1.), caso ocorra uma operação de concentração, duas obrigações essenciais recaem sob a(s) empresa(s) participante(s): obrigação de notificação prévia e obrigação de suspensão da operação.

O n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF, enquanto norma excecional, parece estabelecer um regime que vem afastar uma dessas obrigações²⁸. Resta agora perceber qual.

A obrigação de notificação prévia constitui a *pedra angular* do regime jurídico de controlo de concentrações, tal como atualmente desenhado tanto a nível nacional, como a nível europeu. Mesmo uma norma excecional não poderia pois afetar liminarmente a essência de todo um regime que se reveste de enorme importância para o mercado nacional (bem como para o mercado interno).

Na verdade, não parece resultar do n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF o afastamento da obrigação de notificação prévia, uma vez que a mesma nem sequer é nele referida. Por conseguinte, deve considerar-se que, no que respeita a esta obrigação, será de aplicar a lei geral, *i.e.* o artigo 37.º da LdC.

Assim, se da aplicação da medida de resolução em apreço resultar uma operação de concentração, a mesma deve ser notificada à AdC *antes de realizada*.

Ora, se podemos afirmar que o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF não afasta a obrigação de notificação prévia, o mesmo já não pode ser dito a respeito da obrigação de suspensão da operação.

O n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF dispõe que a operação “*pode realizar-se antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição por parte da Autoridade da Concorrência*”, afastando deste modo um outro pilar do regime de controlo de concentrações.

De facto, a consagração desta norma afasta o poder exclusivo da AdC de “autorização” de operações de concentração (no que respeita à compatibilidade de certa operação com o mercado nacional), que se encontra igualmente na base do regime de controlo de concentrações.

Conforme referido *supra* (em particular no capítulo 2.2.), o direito da concorrência consagra a obrigação de notificação prévia e a obrigação de suspensão de realização de operações de concentração de modo a evitar a consumação de prejuízos irreparáveis, quer no âmbito do mercado nacional, quer no âmbito do

28 As normas excecionais consagram um “*verdadeiro ‘ius singulare’*, isto é, (...) um regime oposto ao regime-regra e directamente determinado por razões indissoluvelmente ligadas ao tipo de casos que a norma excecional contempla” – cfr. Machado, 1983: 95.

mercado interno. A LdC consagra exceções à regra de suspensão da operação, que se aplicam em circunstâncias excepcionais e, no âmbito das quais exerce o controlo necessário a assegurar a manutenção de uma concorrência efetiva (cfr. n.º 2 e n.º 3 do artigo 40.º da LdC).

No entanto, o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF afasta automaticamente a obrigação de suspensão sempre que da alienação parcial ou total da atividade resultar uma operação de concentração, sem que seja apresentado qualquer pedido ou justificação à AdC, nem garantida uma forma de cooperação que permita à AdC assegurar uma concorrência efetiva, mesmo na presença e aplicação desta regra.

Podemos questionar-nos se o legislador, ao tentar acautelar a sustentabilidade e estabilidade do mercado financeiro a curto prazo não prejudica a evolução e desenvolvimento do mesmo a longo prazo. No capítulo 3. foram evidenciados os benefícios que o regime do controlo de concentrações pode ter no âmbito do setor bancário. Naturalmente, que se reconhece a particularidade e sensibilidade das circunstâncias que rodeiam a aplicação de uma medida de resolução, no entanto, as mesmas não podem justificar o afastamento total das regras do direito da concorrência, que apesar de visarem objetivos imediatos diferentes procuram complementarmente garantir o bem-estar comum, o desenvolvimento de uma sociedade sustentável.

Adicionalmente, cumpre salientar que o controlo exercido pela AdC no âmbito de operações de concentração se encontra dotado de um elevado grau de eficácia por ser um controlo *ex ante*.

O n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF refere que apesar de a operação se puder realizar antes da obtenção de uma decisão de não oposição por parte da AdC, tal não prejudica as medidas que possam ser posteriormente por esta determinadas, pelo que no que respeita a operações de concentração realizadas neste contexto, a AdC apenas pode exercer um controlo *ex post*.

E que controlo é este? De facto, se interpretarmos bem o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF, apercebemo-nos de que, através dele, o legislador não se limitou apenas a coartar os poderes da AdC a um controlo *ex post*. De acordo com a letra do artigo, o legislador impede a AdC de emitir uma decisão de oposição à operação de concentração realizada, uma vez que apenas pode adotar *medidas*. Medidas estas que não podem impactar no cerne da medida de resolução já tomada pelo BdP. Portanto, pode suceder que uma medida de resolução de alienação total ou parcial da atividade, aplicada pelo BdP, cause prejuízos gravíssimos à concorrência no âmbito do mercado nacional, sem

que a AdC possa impedir a sua realização. No máximo, a AdC poderá adotar medidas que procurem reparar os prejuízos causados (os quais podem ser de tal grandeza que a reparação nem seja possível).

O n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF para além de afastar a obrigação de suspensão limita assim, de forma extensíssima, os poderes da AdC no âmbito do controlo de concentrações.

Esta norma ainda não foi na prática aplicada pelo que não podemos aferir com maior acuidade os seus contornos²⁹, no entanto podemos projetar os efeitos nefastos que a aplicação da mesma poderá trazer.

A AdC não deve ser excluída, nem ver os seus poderes absolutamente limitados, do controlo de operações de concentração. A AdC e o BdP prosseguem missões diferentes que são, contudo, complementares. Da mesma forma que a AdC tem o dever legal de se articular com as autoridades reguladoras setoriais que regulem o(s) mercado(s) em que incida uma certa operação de concentração em análise (cfr. artigo 55.º da LdC), o BdP deveria ter o dever de se articular com a AdC no âmbito da aplicação de medidas de resolução, das quais possa resultar uma operação de concentração.

Deveriam pois ser criadas normas que melhor regulassem a cooperação entre o BdP e a AdC neste contexto, tendo em conta as especificidades das circunstâncias, e o carácter de urgência, que medeiam a aplicação de uma medida de resolução.

Na verdade, o legislador português parece ter ido longe demais na consagração da norma em apreço, verificando-se a nível europeu uma maior coordenação e cooperação entre o *Single Resolution Board*³⁰ e a Comissão Europeia.

O recente procedimento de aplicação de uma medida de resolução ao Banco Popular Español, S.A. é por demais exemplificativo.

29 Até à presente data o BdP aplicou apenas duas medidas de resolução uma ao Banco Espírito Santo, S.A. e outra ao BANIF – Banco Internacional do Funchal, S.A. A medida de resolução aplicada ao primeiro consubstanciou a transferência da generalidade da atividade para uma instituição de transição (o Novo Banco, S.A.) – cfr. deliberação do BdP de 3 de Agosto de 2014, disponível para consulta em <https://www.bportugal.pt/page/deliberacoes-e-informacoes-do-banco-de-portugal>. Ao BANIF – Banco Internacional do Funchal, S.A. foi aplicada a medida de resolução de alienação parcial ou total da atividade, no entanto a operação de concentração então desencadeada, por ter uma dimensão europeia foi analisada pela Comissão Europeia e não pela AdC, não se aplicando por isso o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF (cfr. deliberação do BdP de 19 de Dezembro de 2015, disponível para consulta em <https://www.bportugal.pt/page/deliberacoes-e-informacoes-do-banco-de-portugal>, bem como a decisão da Comissão Europeia M.7947 – Banco Santander Totta / Banif, de 7 de Julho de 2016, disponível para consulta em http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7947_233_3.pdf).

30 Criado pelo Regulamento (UE) n.º 806/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Julho de 2014.

A 7 de junho de 2017 foi aplicada ao Banco Popular Español, S.A. uma medida de resolução de alienação da atividade do mesmo. No comunicado de imprensa da Comissão Europeia, de 7 de junho de 2017, a mesma informava que “*the sale is subject to normal merger and regulatory review*”³¹.

No mesmo dia, a Comissão Europeia emitiu uma decisão acerca do pedido apresentado pelo Banco Santander, S.A., de derrogação da obrigação de suspensão da operação de concentração (concentração esta resultante da aplicação da medida de resolução ao Banco Popular Español, S.A.). O pedido foi deferido pela Comissão Europeia, sob condição de cumprimento de certas condições por esta impostas³².

A 8 de agosto de 2017 a Comissão Europeia aprovou a operação de concentração em apreço por considerar que a mesma não era suscetível de afetar a concorrência no mercado interno³³.

Por conseguinte, e uma vez que a norma que resulta do n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF apenas se aplica às concentrações passíveis de análise pela AdC (*i.e.* as que não se encontram dentro do âmbito de aplicação do Regulamento (CE) n.º 139/2004, não sendo consequentemente analisadas pela Comissão Europeia), verifica-se que às operações de concentração com dimensão europeia e às operações de concentração com dimensão nacional são aplicadas normas com conteúdo distinto, com impacto nos poderes das autoridades competentes (AdC *versus* Comissão Europeia) e no mercado interno (operações de concentração subtraídas a um escrutínio efetivo pela AdC *versus* operações de concentração de concentração passíveis de um escrutínio efetivo realizado pela Comissão Europeia).

Ora, da Diretiva n.º 2014/59/UE não constam normas de onde se possa retirar uma semelhante à que consta do n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF. A dinâmica por este imposta não é claramente aquela que é observada a nível europeu (sendo de notar, contudo, que as regras existentes quanto à aplicação de medidas de resolução, a este nível, e de interação entre instituições não são idênticas às consagradas a nível nacional).

31 Cfr. Comunicado de imprensa disponível para consulta em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1556_en.htm.

32 Cfr. Decisão da Comissão M.8553 – Banco Santander S.A. / Banco Popular Group S.A., de 7 de Junho de 2017, disponível para consulta em http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8553_222_3.pdf.

33 Cfr. Comunicado de imprensa disponível para consulta em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2421_en.htm.

Por isso mesmo, podemos questionar a adequação da norma consagrada no n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF³⁴. Podendo ainda questionar-se se existe um motivo justificativo suficiente para afastar um dos pilares do regime jurídico do controlo de concentrações.

Mais, e por último, podemos igualmente questionar a conformidade da decisão do legislador nacional com o direito europeu.

No artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, “TFUE”) estatui-se que, no que respeita às diretivas, estas vinculam os Estados-Membros destinatários quanto ao resultado a alcançar, tendo as instâncias nacionais, no entanto, competência para escolher a forma e os meios utilizados para alcançar tal resultado. Daqui poderá inferir-se que a diretiva propicia a consagração de diferentes normas no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Conforme *supra* referido, a Diretiva n.º 2014/59/UE não dispõe de uma norma semelhante à que resulta do n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF.

No entanto, cumpre salientar que a liberdade dos Estados-Membros de implementação do resultado fixado pelas diretivas tem sempre como limite a sua conformidade com o Direito da União Europeia, em razão da aplicação do princípio do primado.

Ora, o Direito da Concorrência Europeu consagra duas obrigações essenciais no âmbito da análise de concentrações – a obrigação de notificação e a obrigação de suspensão da transação – cuja aplicação se encontra estatuída quer a nível europeu, quer a nível nacional, devendo mesmo considerar-se que ambas constituem o núcleo essencial deste ramo do Direito Europeu (no que respeita ao controlo de concentrações).

Por conseguinte, o legislador nacional não pode afastar qualquer uma de tais obrigações, sem que tal consubstancie uma violação do Direito da União Europeia (exceto nas situações em que o legislador europeu expressamente o permita).

34 Uma última e brevíssima consideração para referir a existência de um artigo que consagra uma norma semelhante, no âmbito do diploma que regula as medidas de reforço da solidez financeira das instituições de crédito, aprovado pela Lei n.º 63-A/2008, de 24 de Novembro, atualmente em vigor (mais recente alteração operada pela Lei n.º 23-A/2015, de 26 de Março). O artigo 20.º deste diploma, sob a epígrafe “Concorrência”, estatui no seu n.º 3 que “[s]e da intervenção pública decorrer uma operação de concentração em que se verifique alguma das condições previstas no n.º 1 do artigo 37.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, esta operação pode realizar-se antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição por parte da Autoridade da Concorrência, não dependendo a validade dos negócios jurídicos realizados no âmbito dessa operação de autorização, expressa ou tácita, daquela Autoridade”.

Consideramos por isso que o conteúdo do n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF, bem como a norma que dele se extrai, estão em contradição com o Direito da União Europeia, nos termos ora referidos.

O Estado Português poderá pois ver-se confrontado com uma ação por incumprimento, que poderá ser intentada quer pela Comissão Europeia, quer por outro Estado-Membro, junto do Tribunal de Justiça da União Europeia, uma vez que o legislador nacional consagrou no RGICSF uma norma que se encontra em contradição com o Direito da União Europeia (mais concretamente, com o Direito da Concorrência Europeu)³⁵.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É premente promover uma coordenação entre o BdP e a AdC no que respeita ao controlo de concentrações e, em particular, às concentrações que possam resultar da aplicação de medidas de resolução.

A norma que resulta do n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF não fomenta nem propicia a coordenação adequada que deve existir entre estas duas entidades, ao invés sustenta a supremacia da estabilidade financeira a todo o custo.

A coordenação existente entre as instituições europeias, neste domínio, pode ser tida como exemplo, existindo outras formas de cooperação e interajuda que poderiam igualmente ser implementadas.

Necessário é perceber que, a ser aplicada, a norma que resulta do n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF afasta a competente e imprescindível análise jus-concorrencial atualmente a cargo da AdC sobre os impactos que uma operação de concentração pode ter no mercado nacional. Por sua vez, a ausência desta análise poderá provocar ineficiências e danos no setor bancário difíceis de *posteriori* reparar.

35 A este respeito veja-se os artigos 258.º, 259.º e 260.º do TFUE.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, J. E.

2011 “Controlo de concentração de empresas e grupos de sociedades”, *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n.º 6.

AUTORIDADE BANCÁRIA EUROPEIA

2015 *Guidelines on the interpretation of the different circumstances when an institution shall be considered as failing or likely to fail under Article 32(6) of Directive 2014/59/EU*.

CARLETTI, E. & HARTMANN, P. & ONGENA, S.

2007 “The economic impact of merger control – What is special about banking?”, *European Central Bank – Working Paper Series*, no. 786.

CHEN, H. & LIAO, Y.

2015 “Exploring the assessment of concentration in EU Merger Control of the Banking Industry”, *European Journal of Business, Economics and Accountancy*, vol. 3, n.º 2.

COMISSÃO EUROPEIA

2004 Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C 31/03).

COOK, J. & KERSE, C.

2009 *EC Merger Control*, London: Sweet & Maxwell.

CUNHA, C.

2013 “Anotação ao artigo 40.º”, in M. GORJÃO-HENRIQUES (dir.), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina.

2005 “Controlo das Concentrações de Empresas, Direito Comunitário e Direito Português”, *Cadernos IDET*, n.º 3, Coimbra: Almedina.

FRANKE, G. & KRAHNEN, J. P. & LÜPKE, T. V.

2014 “Effective Resolution of Banks: Problems and Solutions”, *House of Finance, Safe Policy Paper*, White Paper Series no. 19.

GAROUPA, N.

2016 “As dimensões esquecidas das medidas de resolução bancária”, *e-Pública (Revista Electrónica de Direito Público)*, vol. 3, n.º 1.

GOMES, A.

2010 “Minority Shareholders and Merger Control in Portugal”, *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n.º 1.

GONÇALVES, P. C.

2011 “Controlo de Concentrações no Direito Português (Uma Visão Jus-Administrativista), *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n.º 7 e 8.

GORJÃO-HENRIQUES, M. & VIDE, A. J.

2013 “Anotação ao artigo 37.º”, in M. GORJÃO-HENRIQUES (dir.), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina.

GROPP, R. & HAKENES, H. & SCHNABEL, I.

2009 “Competition, Risk-Shifting, and Public Bail-out Policies”, *European Business School*, Research Paper Series 09-13.

HASAN, I. & MARINČ, M.

2016 “Should competition policy in banking be amended during crises? Lessons from the EU”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 42, issue 2.

LINDSAY, A.

2003 *The EC Merger Regulation: substantive issues*, London: Sweet & Maxwell.

MACHADO, J. B.

1983 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina.

MACHADO, P.

2016 “Bail-in as new paradigm for bank resolution: discretion and the duty of care”, *e-Pública (Revista Electrónica de Direito Público)*, vol. 3, n.º 1.

RICARDO, F. P.

2010 “A aquisição de participações ou de activos da empresa insolvente e o conceito de concentração de empresas”, *Revista de Concorrência e Regulação*, ano I, n.º 4.

SCHILLIG, M.

2012 *Bank Resolution Regimes in Europe I – Recovery and Resolution Planning, Early Intervention*, disponível para consulta em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2136101.

VIVES, X.

2011 “Competition policy in banking”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 27, issue 3.

WHISH, R. & BAILEY, D.

2015 *Competition Law*, 8.ª edição, Oxford: Oxford University Press.

XAVIER, P. L.

2014 “Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição”, *Revista de Concorrência e Regulação*, ano V, n.º 18.

PROBLEMAS, PARADOXOS E PRINCIPAIS DEVERES NA PREVENÇÃO DO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

*Miguel da Câmara Machado**

ABSTRACT: This text corresponds to the notes that supported oral presentations dedicated to the portuguese anti-money laundering legal framework, during the Advanced Postgraduate Courses in Banking Law, organized by the Centre for Research in Private Law of the University of Lisbon School of Law in 2015 and 2016. In these presentations and in this text we try to present the trademarks of the regimes, the problems, the paradoxes and the duties required of obliged entities, particularly banks and credit institutions. We also attempt to outline the evolutionary framework of the regimes, identifying four “generations” of laws, seeking to anticipate future developments and reforms, some of which began to take place during 2017.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Um problema complexo e multifacetado. 2.1. Um problema de (muitas) leis no tempo (o “4G” ou as “quatro gerações” de regimes). 2.2. Um problema penal (mesmo quanto à prevenção). 2.3. Um problema processual penal, de prova e de

* Docente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e jurista no Banco de Portugal.

Este texto corresponde, quase sem alterações a um texto preparado para os *Estudos de Direito Bancário* organizados e preparados pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito de Lisboa em 2017, correspondendo exatamente às mesmas notas de suporte a intervenções orais no âmbito dos *Cursos de Pós-graduação avançada em Direito bancário*, organizados por aquela mesma entidade, em 2015 e 2016, com o tema geral *“A prevenção do branqueamento de capitais”*. Tentou-se nesse texto apresentar as principais marcas dos vários regimes aplicáveis naquelas datas. Por essa razão e pelas suas circunstâncias, o texto tem muitas marcas de oralidade, poucos desenvolvimentos, referências ou fontes para aprofundamento de quase todas as questões que aqui se abordam. Para além dessa advertência, e mais importante ainda, temos de repetir os agradecimentos ao Professor Doutor António Menezes Cordeiro, coordenador científico da pós-graduação, e à Dra. Ana Alves Leal e ao Dr. Miguel Brito Bastos, coordenadores executivos, pelo convite e desafio e por toda a força que têm dado ao Centro de Investigação de Direito Privado da nossa Faculdade e, através dele, à investigação científica em geral e às nossas pequeninas investigações, em particular.

Todas as posições expressas nesta apresentação são estritamente pessoais e nenhuma vincula ou representa a posição ou entendimento de qualquer entidade com que o autor tem vindo a colaborar e pretendem ser, acima de tudo, um primeiro olhar do ponto de vista da ciência do Direito perante regimes jurídicos que são em alguns casos ainda muito recentes (os regimes, e também as reflexões!), carecendo de maturação e desenvolvimentos que só a prática e aplicação das mesmas possibilitará. E, como tentaremos explicar, este texto está, como próprios modernos regimes de prevenção do branqueamento, constantemente “em atualização”, tentando imitar as Diretivas aplicáveis nesta matéria que já prometem novos desenvolvimentos e revisões nos seus artigos finais.

“modelos de comunicação”. 2.4. Um problema contraordenacional. 2.5. Um problema paradoxal. 2.6. Um problema para os bancos e com muitos custos. 2.7. Um problema de articulação de segredos. 2.8. Um problema para advogados. 2.9. Um grande problema político (e uma discussão difícil). 2.10. Um problema internacional e de cooperação. 2.11. Um problema de Direito comunitário ou da União Europeia (e de articulação com o Direito nacional). 2.12. Um problema multidisciplinar (e de proteção de dados e privacidade). 3. Sobre as várias gerações: o GAFI, as diretivas e as “leis do branqueamento”. 3.1. A primeira geração (e a droga). 3.2. A segunda geração (e o terrorismo). 3.3. A terceira geração (ainda o terrorismo e a criminalidade internacional). 3.4. A quarta geração (e a corrupção e os crimes fiscais). 4. Uma listagem dos deveres em matéria de prevenção do branqueamento. 4.1. Deveres principais (identificação, diligência, exame e comunicação). 4.2. Deveres acessórios (recusa, abstenção e colaboração). 4.3. Deveres secundários (controlo, conservação, segredo e formação). 5. Notas finais (e o grande problema do dever de colaboração).

1. INTRODUÇÃO

O tema de que pretendemos falar é o da prevenção do (e, inevitavelmente, também do combate ao) branqueamento de capitais e dos deveres que, sobre essas matérias, recaem em especial sobre as instituições de crédito e sociedades financeiras.

Vou tentar resistir às tentações de falar do próprio conceito de branqueamento, da sua previsão e punição enquanto tipo criminal e respetivo regime de punição – temas que têm sido muito mais tratados pela doutrina – e também procurar fugir do que tenho sentido em muitas apresentações sobre estes assuntos que é “ensinar a branquear capitais”, alongando-me nas descrições das fases, procedimentos e técnicas, que são subtemas que muitas vezes cativam mais as audiências e entusiasмам os oradores.

É certo que conhecer a noção é muito útil em termos de enquadramento e defini-lo torna-se mesmo necessário para que, dentro do princípio da legalidade, seja possível punir e sancionar determinados comportamentos relacionados com branqueamento de capitais (e a respetiva prevenção). Contudo, como tentaremos mostrar, até esta vontade e necessidade de definir conceitos pode ser uma armadilha no combate ao branqueamento de capitais, reveladora de alguns dos maiores paradoxos em que os desenhadores, intérpretes e aplicadores do Direito se encontram nestas matérias.

A apresentação que hoje faremos é necessariamente datada e, por razões a que passaremos já de seguida, os regimes jurídicos de prevenção do branqueamento

de capitais, têm tendência a “autodestruir-se” ou, quais telemóveis, tornar-se obsoletos. A última Diretiva da UE nesta matéria contém mesmo um artigo, no final, que prevê a sua própria revisão e serve de base para poder dizer com certeza que muito do que vou aqui apresentar já terá de ser atualizado nos próximos meses e anos, sendo a necessidade de atualização um imperativo e uma advertência constante para quem trate destes problemas¹.

E o “4G” que nos servirá de orientação ao longo desta intervenção relaciona-se, assim, com as “quatro gerações” de instrumentos normativos no combate ao branqueamento de capitais que parece ser possível identificar, para já, ao analisar os vários impulsos e enquadramentos jurídicos nesta luta ao longo

1 De facto, enquanto este texto já se encontrava em curso de publicação, foi aprovada na Assembleia da República, por unanimidade, a 19 de julho de 2017, a Proposta de Lei n.º 72/XIII, proposta que sofreu ainda uma redação final pela Comissão de Orçamento, Finanças e Modernização Administrativa, resultando no Decreto da Assembleia 161/XIII, de 31 de julho de 2017. Foi finalmente promulgada em 3 de agosto de 2017 e publicada em 18 de agosto de 2017, para entrar em vigor 30 dias depois (de acordo com o seu artigo 191.º), a Lei n.º 83/2017, que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho. À data da última revisão deste texto, ainda não temos nota de regulamentação ou alterações, ainda que sejam expectáveis, tendo em conta o texto da “nova lei do branqueamento”. Esta Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, surgiu ainda enquadrada num pacote mais vasto de “leis antilavagem de dinheiro” – como foram descritas em alguns meios que as noticiaram durante o calor do verão de 2017 – que inclui ainda a Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto, que prevê a criação de um Registo Central do Beneficiário Efetivo (RCBE), a Lei n.º 92/2017, de 22 de agosto, de que decorre a obrigação de utilização de meio de pagamento específico em transações que envolvam montantes iguais ou superiores a três mil euros ou a Lei n.º 97/2017, de 23 de agosto, que regula a aplicação e a execução de medidas restritivas aprovadas pela Organização das Nações Unidas ou pela União Europeia e estabelece o regime sancionatório aplicável à violação destas medidas. A nova lei da prevenção do branqueamento, com um curtíssimo período de *vacatio legis*, dada a importância, dimensão e consequências que terá para os seus destinatários e aplicadores representa ainda a entrada definitiva na “quarta geração” de instrumentos normativos desenvolvidos para combater o branqueamento de capitais (que nos inspirou o título). Antecipamos ainda mais desenvolvimentos futuros, quer aperfeiçoando os novos diplomas que parecem ter tido uma promulgação e publicação mais apressada do que seria desejável (apesar de, ainda assim, ter sido ultrapassado o prazo para transposição da Diretiva que o legislador nacional aqui diz transpor apenas parcialmente (talvez considerando que já atingia os efeitos previstos na Diretivas por outras formas), quer através de instrumentos de quinta geração, ou “5G” que se prometem com alguma segurança, esperando-se mais recomendações do GAFI na sequência do ciclo de avaliações internacionais que se encontra em curso, bem como alterações às Diretivas europeias que também se preveem a curto ou médio prazo. No entanto, parece-nos que esta apresentação e este texto, mesmo quando se debruça mais em especial sobre a Lei n.º 25/2008, agora revogada, não perde nem atualidade, nem utilidade, visto desde logo que, pela sucessão de leis sancionatórias no tempo, aquela lei continuará a ser a base sob a qual devem ser apreciados factos praticados até setembro de 2017, ainda que essa apreciação só seja posterior, estendendo-se ainda, com algumas adaptações, as mesmas reflexões quanto à lei de 2008 à de 2017, sendo ainda os problemas, paradoxos e principais deveres comuns a uma e a outra (parecendo, à primeira vista, a nova lei uma versão mais desenvolvida e “musculada” daquela). Finalmente, já tentávamos colocar aqui de uma forma mais geral e intemporal (prevendo a constante necessidade de atualização e a chegada iminente de uma nova lei) as questões que nos pareceram mais pertinentes nestas matérias.

das últimas décadas, podendo identificar-se algumas marcas e diplomas-chave para cada uma dessas “gerações” e tentar fazer algumas previsões para o futuro.

Conforme veremos, os destinatários das normas em matéria de deveres de prevenção são inúmeros e podem ir desde gigantes instituições de crédito até casinos, *stands* de automóveis, pequenos comerciantes ou advogados. No entanto, por facilidade de exposição, e pelo contexto “bancário” em que é feita esta apresentação, vou muitas vezes equiparar os destinatários das normas e titulares destes deveres aos “bancos”, conceito que usarei sem as precisões que são exigidas noutras matérias e lugares. Peço desde já desculpa por alguma falta de cuidado técnico, mas o objetivo é tentar aproveitar o tempo que me é dado o melhor possível, tentando chamar a atenção para os principais problemas que, nestas matérias, me parecem muitos. É a verdade é que, por razões óbvias, os principais destinatários das normas de prevenção são aqueles que mais movimentam capitais alheios, tendo nascido estes deveres jurídicos entre a imensidão de diplomas aplicáveis à banca e à atividade bancária, e aumentado de forma relativamente rápida ao longo dos últimos anos as responsabilidades e os deveres aplicáveis aos bancos e seus agentes.

Aquilo que hoje pretendemos principalmente é tentar contribuir para identificar as questões fundamentais e propor alguma sistematização e “arrumação” dos deveres existentes quanto à prevenção do branqueamento de capitais, procurando identificar e reconhecer não apenas a história recente e as marcas principais na sucessão e evolução dos regimes, mas também algumas das principais dificuldades e verdadeiros paradoxos que se colocam na aplicação – e articulação – entre regimes aplicáveis à prevenção do branqueamento de capitais.

2. UM PROBLEMA COMPLEXO E MULTIFACETADO

O tema do branqueamento de capitais é complexo e muito abrangente, podendo ser olhado de várias perspetivas². Regimes jurídicos com naturezas muito díspares – que vão desde Direito da União Europeia até Avisos do Banco de Portugal, passando pelo Código Penal e a principal lei que, ao longo da última década, disciplinou a prevenção do branqueamento em Portugal, a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho (doravante apenas “Lei 25/2008”, ou mesmo só “Lei”, se outra

2 Em geral, este tema recebe até o título mais completo e mais pomposo de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, depois convenientemente reduzido para a sigla mais fria “BCFT”, a que tentaremos escapar neste texto.

menção não for feita)³, têm-se sucedido e sido atualizados ao longo dos últimos anos, desenhando-se um emaranhado normativo que é um dos principais desafios à aplicação de Direito que, muitas vezes, é feita por não juristas.

Como ponto de partida para tentar “encontrar o fio à meada”, proponho olhar para os vários tipos de problemas que me parecem verificar-se ao olhar para as normas aplicáveis nestes domínios.

2.1. Um problema de (muitas) leis no tempo (o “4G” ou as “quatro gerações” de regimes)

Em traços muito gerais – os que adotaremos, por necessidade e vontade de simplificar esta exposição –, os regimes de prevenção do branqueamento de capitais modernos desenvolveram-se, a partir dos anos noventa, no contexto de reação aos crimes relacionados com o tráfico de droga e têm evoluído com o alargamento do catálogo de crimes a que o crime de branqueamento está associado.

Atualmente, os maiores desenvolvimentos deste tipo de regimes têm-se verificado no quadro da luta contra o terrorismo, pelo que é razoável prever que os atentados mais recentes vão justificar mais deveres e maior intervenção estatal, nas discussões a ter ainda em 2016 e 2017.

Como tentarei sintetizar de seguida, grande parte do desenvolvimento da “segunda geração” de instrumentos normativos deu-se imediatamente após o 11 de setembro de 2001, seguindo-se uma “terceira geração” já no contexto da intensificação da luta contra o financiamento da guerra e tráfico de armas de destruição maciça e uma “quarta geração”, que vivemos atualmente, em que se tenta usar as técnicas da prevenção do branqueamento de capitais para detetar ou punir crimes de corrupção e evasão fiscal (num manifesto alargamento e consequente sacrifício de liberdades individuais, por cada vez mais razões, em nome de uma luta contra crimes cada vez menos graves).

3 Esta lei foi, como se referiu em nota acima, revogada pela nova Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que continua a conter o essencial da velha Lei n.º 25/2008, desenvolvendo-a bastante (basta comparar os antigos sessenta artigos de 2008 com os mais de cento e noventa de 2017). Apesar de tudo, devido às regras aplicáveis à sucessão de leis no tempo, a Lei n.º 25/2008 ainda continuará a ter bastante aplicação prática num futuro próximo, devendo ser aquela em que são enquadrados os factos praticados até setembro de 2017 (com algumas exceções claro, quando a lei nova se revele mais favorável). Mas acreditamos que este texto manterá utilidade prática não apenas como base de análise para lei nova, mas também para a aplicação da lei velha.

Nestas matérias cruzam-se e sucedem-se Recomendações do GAFI (Grupo de Ação Financeira)⁴, Diretivas da União Europeia (conhecidas como Diretivas AML – *anti-money laundering* – sendo a mais recente a IV), leis que transpõem diretamente essas Diretivas, leis que disciplinam aspetos conexos ou que se sobrepõem, em matéria de combate aos ilícitos económico-financeiros e avisos emitidos por autoridades com competências de supervisão nestas matérias⁵.

Assim, é necessário a todo o aplicador do Direito um esforço constante de atualização e articulação entre os vários instrumentos normativos aplicáveis.

2.2. Um problema penal (mesmo quanto à prevenção)

Todos sabemos que a prática de branqueamento de capitais é um crime – tentarei dizer uma ou duas coisas sobre esse tipo – o que normalmente não sabemos, e o que mais se discute em termos de “desenho do Direito” nestas matérias é que a violação de deveres de prevenção de branqueamento pode também ser considerada um crime⁶.

Quando, nos Estados Unidos da América, se intensificou a “luta contra a droga”, as regras que impunham deveres aos vários operadores do mercado, em particular dos bancos, foram vistas como algumas das mais importantes armas nesse combate, razão que serviu para se defender, nessas latitudes, ter relevância criminal a mera violação dos deveres previstos para prevenir o branqueamento de capitais. Essa visão americana, mais severa, dando a mais forte resposta prevista nos ordenamentos jurídicos à violação destes deveres – uma pena – foi a mesma adotada, na Europa, nos ordenamentos jurídicos inglês ou suíço, ao contrário do que se passou, e passa ainda, na maior parte dos ordenamentos jurídicos da Europa continental, como o nosso⁷.

4 Abaixo, no problema 10 e no capítulo II retomaremos e tentaremos explicar melhor o que é este organismo intergovernamental e a sua relevância nestes domínios.

5 Sobre a génese e evolução dos sistemas de prevenção, em especial sobre o Direito da União Europeia (à época ainda apenas “comunitário”), v., desde logo, Brandão, 2002.

6 Discutindo o branqueamento como “injusto penal”, interessa olhar desde logo para a obra coletiva e para diversos dos textos aí incluídos AA.VV., 2010, problema que já era discutido por Oliveira Ascensão, 1999: 337-358, enquadramento aprofundado, mais recentemente, por Faria Costa, 2014: 217-226; ou, ainda, por Sousa Mendes, Reis & Miranda, 2014: 51-65.

7 Para um bom “apanhado” sobre vários ordenamentos que nos são próximos, tem bastante interesse a recente obra coletiva, italiana, AA.VV., 2014, onde encontramos textos sobre branqueamento e a sua prevenção não apenas em Itália: Razzante & Borrello, 2014: 179-238; mas também em França: Estrafallaces & Bucaioni, 2014: 285-323; em Espanha, Magistro, 2014: 325-343; na Alemanha: Razzante & Domenico de Palma, 2014: 239-252; em Inglaterra: Bucaioni, 2014: 253-284; nos Estados Unidos da América: Barbetti, 2014: 357-405; e mesmo no Vaticano: Cisterna, 2014: 547-589.

Ainda em traços muito gerais, diga-se que na Alemanha, em França, em Itália ou em Portugal, a resposta que os ordenamentos jurídicos têm para a violação de regras de prevenção é uma coima – ou uma figura de natureza semelhante – consubstanciando as violações destes deveres contraordenações para o Direito português (da mesma família, ainda que em geral com coimas mais elevadas, das contraordenações rodoviárias, mais conhecidas de todos).

Não é preciso ler muitos romances ou ver muitos filmes para saber que os bancos suíços, e logo também o Direito bancário suíço, têm muitas particularidades, tendo-se criado pelo menos uma ideia de aqueles bancos serem os mais “secretos” e protetores dos seus clientes. Talvez para contrariar essa imagem e para mostrar que “nós não temos nada a temer”, o Direito suíço foi dos que mais rapidamente passaram a prever uma resposta de tipo criminal contra aqueles que trabalhassem na banca e violassem deveres de prevenção. Ao mesmo tempo, foi também na Suíça que este tipo de crimes foi mais questionado, tendo os penalistas suíços, questionado, desde o início, qual era a verdadeira necessidade deste crime e se os bens jurídicos e comportamentos em causa justificavam, mesmo em termos de coerência do sistema, um enquadramento daquele tipo. Muitas das conclusões que, sobre este tema, ao longo do século XX, foram tomadas por penalistas suíços, mas também alemães, mais tarde, foram importadas pela jurisprudência portuguesa, pelo que é muito útil estudar e conhecer também essas posições⁸.

Nos dias de hoje, onde encontramos respostas mais severas em termos jurídicos quanto à violação de deveres de prevenção é no Direito inglês, prevendo-se – e chegando a aplicar-se! – penas mais fortes a simples violações de deveres nesta matéria do que as que, em Portugal, aplicamos à prática dos próprios crimes de branqueamento. Também por lá, a distinta incriminação do branqueamento é mais forte, prevendo-se um crime sem nenhum catálogo de crimes “anexado”.

Como talvez saibam também, o crime de branqueamento de capitais em Portugal está “ligado” a um conjunto de crimes previstos na lei: só é possível “branquearmos” capitais ou vantagens provenientes de alguns factos típicos e ilícitos. Em Inglaterra não é assim, é possível haver punição para branqueamento de vantagens que resultem de qualquer tipo de ilícitos, mesmo alguns que não são crimes. Em Portugal, o “catálogo” de crimes tem sido alargado em

8 Para um excelente resumo e ponto de partida, em português, leia-se a apresentação no Colóquio internacional de direito penal “Criminalidade organizada” de Stratenwerth, 2002.

cada uma das revisões destes regimes. Do outro lado do Atlântico, na generalidade dos Estados Unidos da América, continua a ser previsto um catálogo bem maior do que o nosso.

O “bê-à-bá” das apresentações sobre branqueamento de capitais inclui ainda, normalmente, falar dos próprios processos de branqueamento e também aqui não conseguimos resistir aos mínimos, lembrando que pode englobar três fases distintas e sucessivas, a fim de procurar ocultar a propriedade e a origem das vantagens ilícitas, manter o controlo das mesmas e dar-lhes uma aparência de legalidade: (i) colocação, (ii) circulação; e (iii) integração. Estas são as três fases normalmente apresentadas por quem estuda estes fenómenos⁹.

Se os destinatários desta sessão quiserem “aprender a branquear” há muitas maneiras de descobrir como e pesquisar *online* sobre esse fenómeno dá sempre muitos resultados interessantes! Podemos ainda encontrar vários exemplos também na jurisprudência portuguesa, mas não deixa de novamente se detetar lógicas cíclicas. Estes fenómenos estudam-se, depois identificam-se os comportamentos típicos, depois os branqueadores começam a adotar outros comportamentos, e é fácil fazer uma lista de exemplos de como, na prática, há muitas formas criativas e maneiras de enganar os bancos, as autoridades de supervisão e o Ministério Público.

Sublinhemos apenas que o crime de branqueamento passou a constar do Código Penal português em 2004, no quadro da “segunda geração” de instrumentos normativos. Entre nós, é um crime desenhado de forma bastante restritiva, exigindo-se que se prove também o crime anterior, sendo que a nossa jurisprudência o tem apertado ainda mais, na prática decisória, o que tem conduzido a um relativamente pequeno número de condenações. Note-se que a prova do crime anterior ou precedente pode revelar-se impossível e estes regimes podem estar a fomentar comportamentos e defesas coordenadas entre dois arguidos num mesmo processo (o que entregou os capitais ilícitos e o branqueador), o que, em termos de análise económica do Direito, tem sido criticado por não se gerarem convenientes dilemas ou armadilhas do prisioneiro, tão queridos dos economistas, não havendo incentivos para que o branqueador se “vire contra” o autor do crime precedente. Uma das críticas que se têm feito ao desenho dos crimes de branqueamento desenhados ao estilo do português é esta ligação, depois reforçada pela jurisprudência, entre o crime precedente

9 E há muitos casos reais, mas também séries e filmes que romaneiam estes vários passos da “prática de um crime” que podemos sugerir, no final, aos mais curiosos.

e o crime de branqueamento¹⁰. A pena de prisão prevista para este crime é de 2 a 12 anos. Em outros ordenamentos jurídicos as penas ou coimas, não para o crime de branqueamento, mas para a violação de deveres de prevenção, podem ser bastante superiores, identificando-se vários casos de desarmonia internacional e reações muito mais violentas noutras latitudes e longitudes, apesar de frequentemente estas infrações serem cometidas transnacionalmente e os regimes que as preveem e punem decorrerem de regras articuladas, uniformizadas ou harmonizadas em organismos internacionais.

Muitos dos conceitos utilizados nestas matérias – na lei bancária – são sinónimos ou equívocos. Por diversas vezes, o Direito bancário não é escrito por juristas e é construído com base em palavras que têm significados diferentes para cada operador no mercado. Isso é possível no Direito bancário (e até pode ser bom, dentro da lógica do Direito do comércio ou dos comerciantes), mas não pode acontecer no Direito penal ou sancionatório, onde as palavras têm de ser completamente inequívocas e não podem permitir a abertura e incerteza de alguns conceitos utilizados nas regras que compõem estes regimes. É outra das críticas que têm sido feitas aos deveres de prevenção e às infrações que lhes estão associadas e, por alguns autores, até aos crimes de branqueamento como são pensados em certos ordenamentos jurídicos. Em Portugal, o catálogo de crimes precedentes “possíveis” aparece logo no n.º 1 do art. 368.º-A do Código Penal, com crimes que reforçam esta ideia de que a incriminação do branqueamento é pensada para atos mesmo muito feios, como o lenocínio, o abuso sexual de crianças, a extorsão, o tráfico de estupefacientes ou o tráfico de armas. Com alguma ironia, podemos dizer que a ideia é, para aqueles que assistem a esta sessão e trabalham em prevenção do branqueamento, de motivação: estão a trabalhar como os polícias mais especializados na perseguição das infrações mais nobres, estão a defender o bem, são super-heróis ótimos. Portanto, invadam as contas dos vossos clientes, comuniquem tudo o que eles vos dizem ou descrevam o que fazem porque estão, no fundo, a proteger crianças sempre que estiverem a violar a privacidade de um dos vossos clientes. Mais a sério, como tentaremos retomar abaixo, o combate ao branqueamento de capitais surge fundamentado por razões, fundamentos e problemas muito honrosos, mas isso não pode dispensar o desenhador, o aplicador e o intérprete do Direito de fazer uma ponderação séria entre os vários valores em presença.

10 Sobre essa relação entre crimes, cf. Leite, 2013: 461-477.

Stratenwerth, ao analisar o Direito alemão nestas matérias¹¹, explica que a maneira como este crime tem sido desenhado pode conduzir a incoerências jurídicas. Por exemplo, se eu receber um homicida, ladrão, em minha casa e o esconder – no caso, na Suíça – ao escondê-lo, dar-lhe alimento ou a protegê-lo posso não estar a cometer crime nenhum. Contudo, se o ajudar a esconder o dinheiro do crime na minha casa passo a estar a cometer um crime grave de branqueamento, o que causa novas desarmonias e desequilíbrios nos Direitos penais nestas matérias (no caso, era para crimes precedentes praticados fora do território suíço). O alargamento do âmbito espacial do nosso crime (vejam-se os vários números do artigo 368.º-A do Código Penal) também tem sido alvo de críticas, estando ainda previstas atenuações (por exemplo, sempre que o agente reparar o dano causado com o facto ilícito de que provêm as vantagens, ainda que a reparação seja apenas parcial) ou circunstâncias agravantes (se praticar o branqueamento de forma habitual) e ainda uma especial atenuação da pena se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas (veja-se o n.º 9 do artigo, que pode ser visto como uma porta de abertura à colaboração ou delação “premiada” que tanto se tem discutido e que aqui não podemos debater).

2.3. Um problema processual penal, de prova e de “modelos de comunicação”

Este é também um problema com muitos sub-problemas de prova em processos em que está em causa averiguar tanto a prática de crimes de branqueamento como de violações dos deveres de prevenção e ainda de se conseguir demonstrar, nesses processos, o que é um sistema de prevenção “adequado” ou “ajustado” aos perfis de risco das instituições. O que é exigido pela(s) lei(s) e é muitas vezes difícil de perceber e, mais ainda, de demonstrar nos casos concretos. Não é apenas uma questão de conceitos indeterminados, é também um enorme problema de subsunção e, na prática, de prova que o aplicador do Direito deve reunir para fundamentar acusações pela prática deste tipo de infrações, cabendo o ónus dessa prova a quem acusa. Se é certo que a total inexistência de sistemas de prevenção será mais fácil de verificar – e, assim, de punir – também será certo que há ainda muitas fronteiras que, em dúvida, devem conduzir à absolvição de determinados comportamentos (apesar de serem censuráveis).

11 V. Stratenwerth, 2002.

Adiante ainda tentarei sublinhar mais uma ou duas ideias quanto aos deveres de comunicação, mas uma das maiores tensões que o legislador e o investigador de branqueamento sentem nestes domínios prende-se com a informação que é pedida aos bancos e a colaboração exigida para o combate a este fenómeno¹².

Todas as comunicações – e comportamentos em geral – que se exigem aos bancos têm, por um lado, custos elevados para as instituições, mas, por outro lado, também podem significar grandes custos para as autoridades, seja o Ministério Público, sejam autoridades de supervisão, bancária ou não, de analisar os dados enviados e mesmo de ficarem “entupidos” com as comunicações efetuadas.

Quanto a estas matérias existem basicamente três tipos de sistemas de comunicação e, em Portugal, temos provavelmente o “menos mau” para as autoridades, e eventualmente mais difícil de cumprir para os bancos e entidades sujeitas.

a) Modelo de comunicação americano, inglês e dinamarquês (geral)

Assim, o modelo que encontramos nos EUA, em Inglaterra e na Dinamarca, funciona numa lógica de *comunicação geral* (entretanto os ingleses em tempos mais recentes têm começado a inverter um bocadinho essa lógica e a aproximar-se do modelo mais “continental”, que veremos de seguida).

Nestes sistemas, todas as operações acima de um determinado montante têm de ser comunicadas às autoridades. Tem uma grande vantagem: não implica “dar mais trabalho” aos bancos, que não têm de fazer nenhuma filtragem quanto às operações que são efetuadas, quem faz essa seleção são os investigadores e é o Estado. É, no entanto, uma maneira de funcionar muito mais invasiva e que implica uma grande entrega de informação dos clientes ao Estado. Ao aceitarmos comunicar todas as operações, ainda que não tenham qualquer sinal de alerta, estamos a sacrificar uma margem de privacidade que pode ser abusada por quem tenha meios e ferramentas para tal – cada vez mais acessíveis com grandes sistemas de análise de dados em massa – e, por outro lado, implica ignorar também uma parte dos esforços e energias com que os bancos poderiam contribuir para a deteção de transações suspeitas, sem grande esforço.

Temos algumas marcas deste sistema no Direito português. Assim, temos de comunicar todas as operações, por exemplo, acima de 15.000 €, em números que se aproximam da lógica que também teve origem nos EUA, a nível federal. Por lá, primeiro comunicavam-se as operações superiores a 7.500\$, depois

12 Sobre este problema, v. desde logo e por exemplo, Inácio, 2004: 131-166.

15.000\$, e naturalmente também se tem verificado uma evolução e atualização quanto a esses números.

b) Modelo de comunicação francês, alemão e também inglês (só suspeitas)

Em França, na Alemanha, e cada vez mais na Inglaterra, deparamo-nos com um modelo em que só são comunicadas operações suspeitas, devendo essa triagem ser feita pelas próprias instituições. Há alguns índices que são fixados e, nesses casos, os bancos têm de comunicar.

É um sistema mais arriscado, desde logo porque os bancos têm de “saber” o que é uma operação suspeita. Se os bancos não reportarem uma operação suspeita estão em infração (em Inglaterra cometem mesmo um crime!). Em Portugal cometeriam uma contraordenação, mas tem a grande vantagem de facilitar o trabalho dos investigadores que já recebem informação “filtrada”. A grande desvantagem do modelo americano é ser comunicada uma enxurrada de transações e depois os investigadores terem de andar à procura, como agulhas no meio de um palheiro. Por outro lado, este sistema só de “casos suspeitos” protege, em abstrato, mais adequadamente a privacidade de clientes e cidadãos. O grande problema deste segundo modelo é eventualmente não serem comunicadas operações que o deveriam ser.

c) Modelo de comunicação espanhol, italiano e português (misto)

O nosso modelo, que se aproxima do existente em Espanha ou em Itália, é um modelo misto. Nestes ordenamentos são comunicadas todas as operações acima de um determinado montante e também devem ser assinaladas ou sublinhadas determinadas *operações suspeitas*. Assim, nestes casos, o trabalho já vem feito ou, pelo menos, “meio feito” e as autoridades já têm uma ajuda na triagem e identificação de casos de branqueamento, ainda que recebam também toda a informação geral (com o já sublinhado sacrifício da privacidade dos clientes).

Os maiores problemas quanto aos sistemas de obrigatoriedade de comunicação de transações suspeitas (sejam só essas ou operações sublinhadas num pacote geral) prendem-se com o próprio conceito de *operação* ou *transação suspeita*. Quão mais o legislador ou o regulador densificarem esses conceitos – o que é necessário para orientar os bancos e poder reclamar e exigir a informação e sancionar a omissão dessa prestação de informações – mais estarão a dar “pistas” e linhas de atuação (ou de não atuação) àqueles que queiram branquear. Tendencialmente, com estes modelos, os branqueadores começam a dividir as suas operações em valores mais baixos, sendo mais difícil de detetar

os ilícitos, ainda que se vão desenvolvendo sistemas de detecção e comunicação mesmo quando acontecem fracionamentos, havendo mecanismos desenhados para tentar evitar estas formas de contornar a lei (mas, como veremos, começa aqui a necessidade de atualização constante do Direito da prevenção do branqueamento, num ciclo entre a legalidade, as pistas aos branqueadores e as necessidades de os impedir de defraudarem os mecanismos legais).

Em todo o modo, estes modelos suportados em obrigações de reporte do “suspeito”, quer o nosso, misto, quer o francês e alemão, exigem que vá sendo feito um exame das várias operações e esse dever aparece sempre próximo do dever de denúncia ou comunicação, que retomaremos adiante, quando tentarmos olhar um pouco mais de perto para os deveres exigidos a bancos e operadores nestas matérias.

2.4. Um problema contraordenacional

Como já foi dito, em Portugal chamamos à violação de um dever em matéria de branqueamento de capitais uma *contraordenação*. Diria mesmo que uma das melhores formas de conhecer e saber quais são os deveres existentes nestas matérias é enumerando as infrações previstas na lei (e também no mais importante Aviso do Banco de Portugal nesta matéria (o n.º 5/2013), ainda que seja bastante discutível se desse aviso decorrem, efetivamente, novos tipos contraordenacionais)¹³.

Em abstrato deveremos ter mais infrações do que deveres, esse catálogo é ainda maior, mas tenta corresponder, de certa forma, aos deveres previstos na lei. Relembro que, em ordenamentos estrangeiros, o enquadramento é criminal. Como referimos, o Direito inglês, por exemplo, responde à violação de alguns destes deveres com penas, chamando crimes mesmo a meros comportamentos, atos ou omissões, de funcionários. E, note-se, isto não acontece configurando esses comportamentos como participações do próprio branqueamento (que é a “melhor” forma como, em ordenamentos jurídicos como o português, se podem, apesar de tudo, enquadrar criminalmente alguns comportamentos do lado da “prevenção”, anteriores ou laterais ao próprio branqueamento). Ainda que, com as exigências da lei penal portuguesa quanto ao tipo criminal correspondente ao branqueamento, pareça relativamente difícil “apanhar desprevenido” algum funcionário ou colaborador (em incumprimento dos deveres de prevenção) através da lei penal. Mas este é um tema e problema que tem

13 Com esta questão, veja-se, desde logo, Matta, 2015: locs 2232-3435, v. em especial loc 2610 e ss.

sido discutido mesmo em ordenamentos mais próximos do nosso, como o espanhol, onde há muito pouco se discutiu a responsabilidade de funcionários de bancos pela prestação de informações e por “conversas normais” com os clientes no quadro do branqueamento de capitais. A boa relação dos funcionários com os seus clientes podia torná-los quase cúmplices dos mesmos, se estes praticassem atos com relevância criminal. Assim, num dos paradoxos que vamos antecipando, uma das maiores vantagens que se vê no princípio do *“know your customer”* (e os deveres de identificação e conhecimento dos clientes) tão relevante no domínio da prevenção do branqueamento, transforma-se numa armadilha para aqueles que melhor se relacionem com seus os clientes.

No entanto, como já fomos afluando, a resposta preferencial no ordenamento português tem sido ao nível do direito contraordenacional. É também esse o sentido que parece decorrer preferencialmente das Diretivas europeias que exigem, em primeiro lugar, uma resposta de Direito administrativo. Isso poderá decorrer da influência do Direito alemão a nível europeu e da falta de previsão de responsabilidade penal de pessoas coletivas na Alemanha, emergindo o Direito das contraordenações como enquadramento preferencial para os atos de pessoas coletivas, tanto no Direito bancário mais “geral”, como no Direito da prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento de terrorismo (cabendo os deveres nesses domínios, em primeira linha, a grandes pessoas coletivas como são os bancos). Em Portugal, sentimos uma certa esquizofrenia normativa nestas matérias, se, por um lado, somos muito influenciados pelo Direito alemão – o desenvolvimento do Direito contraordenacional português tem sido feito muito próximo e a partir daquele –, por outro lado, o nosso legislador desejou ter a previsão de responsabilidade penal de pessoas coletivas no nosso Direito penal. Isto significa que, às vezes, para factos mais graves pode haver uma pena convertida em dinheiro inferior à coima que corresponde a factos menos graves (em todas as matérias e flagrantemente em alguns dos casos de prevenção de branqueamento). Isto leva a que haja vários desequilíbrios no sistema que também podem e devem ser explorados em cada caso concreto, havendo também aqui muitas exigências ao intérprete e aplicador do Direito.

2.5. Um problema paradoxal

Como temos antecipado, este é um tema com vários paradoxos. E o primeiro que sublinharia é o que se constata pela observação de um simples exemplo prático do quotidiano: sempre que um funcionário de um banco “vê”

uma transação que é suspeita, não pode revelar nada ao cliente que tem diante de si. O banco, através do seu funcionário, tem de ser um ótimo ator (e eventualmente violar logo aí deveres de lealdade e verdade tão queridos do Direito civil, dos contratos e, sim, claro, do Direito bancário em geral).

Os modernos ordenamentos jurídicos não permitem que o funcionário deixe o cliente entender que identificou aquela operação como suspeita, sob pena de estar a violar os deveres a que está adstrito. Parece-me que, na prática, isto pode gerar enormes problemas e complexidades demasiado difíceis de enfrentar para qualquer pessoa que se relacione com clientes bancários, sendo, por um lado, necessário, e mesmo obrigatório, gerar confiança dos clientes e, ao mesmo tempo e por outro lado, também exigido que se viole essa confiança, recolhendo informação e “controlando” aqueles com quem se trabalha. Levados ao limite, os regimes de prevenção de branqueamento podem transformar de facto dezenas de bancos e seus colaboradores num exército de agentes denunciadores e controladores dos seus clientes. Esta é a primeira tensão que se verifica nestes campos, ainda mais reforçada quando olhamos para estes deveres na ótica de um advogado que também tem de controlar os seus clientes (apesar de tudo, para os advogados há hoje um regime mitigado, porque as reações à lei de 2004 foram muito violentas, tanto institucionalmente pela Ordem dos Advogados como a título individual¹⁴, visto que os deveres consagrados na lei poderiam implicar que os advogados não só estivessem a violar o seu sigilo profissional, como se encontrassem na situação de não poder dar bom aconselhamento jurídico). Para perceber essa situação, basta imaginar o caso do advogado que tem um cliente que quer fazer uma operação que, com aquelas características, vai levantar suspeitas. Como advogado, estando ou não o cliente a “portar-se bem”, há um dever de patrocínio de o aconselhar a não se incriminar. No entanto, exatamente por estar a ser um bom advogado, esse advogado poderia estar a incorrer em responsabilidade contraordenacional (ou mesmo criminal) por não denunciar o cliente (ou por não lhe omitir informações relevantes).

Podemos ainda identificar outra grande tensão nestes regimes, que também já fomos aflorando, a que decorre do difícil equilíbrio entre as leis muito detalhadas serem um “manual de branqueamento de capitais” ou, se forem leis muito genéricas e pouco desenvolvidas, evitando dar muitas “instruções” a branqueadores, consistirem num conjunto de normas sancionatórias em branco. Se, por um lado, os deveres de prevenção devem estar bastante detalhados, até

14 Cf., desde logo, Júdice, 2002.

por força do princípio da legalidade, determinante em matéria sancionatória – não podemos ser punidos por nada que não esteja muito bem descrito na lei, porque, caso contrário, estaremos nas mãos da discricionariedade e do arbítrio do aplicador do Direito ou do juiz – ao mesmo tempo, no entanto, se formos muito pormenorizados, a descrever o que é ou não é uma prática de branqueamento, uma prática “suspeita”, aquilo que pode acontecer é, através do desenho legislativo, dar pistas e fazer com que os branqueadores aprendam mais facilmente a contornar as dicas que o legislador lhes dá e, assim, “jogarem” mais facilmente com os bancos e outros aplicadores a partir da própria lei. Como resultado, é necessária, no Direito contraordenacional nestas matérias, uma ponderação extraordinariamente delicada a partir do princípio da proporcionalidade, da ideia de necessidade (constante desde logo do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição), acreditando que pode ser mesmo justificável e possível haver Direito sancionatório menos detalhado do que em outras áreas do Direito penal e contraordenacional, em nome das necessidades relacionadas com os interesses jurídicos que a luta contra o branqueamento de capitais pretende combater ou proteger. Não tendo tempo ou espaço para aprofundar melhor essa questão, parece-me que a ideia de que toda a estabilidade do sistema financeiro pode estar em causa, bem como a perseguição dos crimes mais graves (e severamente punidos) do nosso ordenamento jurídico fundamentarão esse entendimento, devendo, claro, discutir-se quais os fins ou os bens jurídicos que são protegidos pela incriminação do branqueamento de capitais. As particularidades destes domínios saltam à vista mesmo no encontro com outros ramos do Direito, desde logo quando verificamos a impossibilidade de concorrência entre os diversos intervenientes nos mercados – aqueles que têm capitais ilícitos e podem financiar-se com dinheiro “branqueado” vão ter sempre vantagem competitiva em relação a outros – adotando uma perspetiva mais “liberal” sobre o problema; mas também é um problema de realização da justiça, não podemos usar dinheiro resultante do tráfico de droga, do terrorismo, de raptos ou de extorsão e ser premiados por ter cometido esses atos ilícitos.

2.6. Um problema para os bancos e com muitos custos

Muito sinteticamente, refira-se que este também é eminentemente um problema bancário, tanto quanto à atividade diária e constante dos bancos, tendo de passar todas as operações pelo “filtro” da prevenção do branqueamento de capitais (assim se conformando as relações com os clientes, do estabelecimento das mesmas até a cada ordem de pagamento, tempos de espera, prazos para

efetuar débitos ou dar respostas), como quanto ao próprio desenho de cada banco enquanto instituição: a estrutura dos bancos tem atualmente de acautelar as exigências que lhes são cometidas em matéria de prevenção do branqueamento, sendo ainda uma das mais importantes matérias para a supervisão e regulação bancária e das que justificam maiores “invasões” por parte das autoridades supervisoras. Parece ainda que os custos exigidos aos bancos neste combate têm sido galopantes (na *The Economist*, ao longo dos últimos anos, alguns textos têm descrito esta luta como meramente simbólica, defendendo-se que através das estruturas de prevenção do branqueamento não se consegue apanhar nem uma ínfima percentagem do dinheiro que branqueamos, mesmo sem querer, e referindo que podemos mesmo estar a desviar os esforços de investigação para os lugares errados¹⁵). Os estudos que têm sido possíveis, muito poucos, quanto à proveniência dos capitais têm apontado para que a grande maioria do capital que entra nos mercados financeiros com origem ilícita não é detetada, pelo que podemos de facto estar a falar de um combate com pouca ou nenhuma efetividade. E essa luta simbólica é reforçada pela mensagem “inspiradora” de afirmarmos que estamos a lutar contra o terrorismo e contra a droga quando, na realidade, estamos apenas a obrigar os bancos a terem estruturas muito grandes e pesadas de controlo do talvez impossível, e a exigir que seus funcionários e trabalhadores atuem como verdadeiros polícias, mesmo agentes infiltrados, eventualmente até agentes provocadores se incentivarem determinados clientes a fazer investimentos sem revelar que passarão por apertados sistemas de controlo. Esta outra tensão tem sido também muito discutida por responsáveis pelo controlo – e pelo conceito tão relevante nesta matéria, mas que ainda não nos decidimos a como o traduzir, de *compliance*. A verdade é que, apesar de alguns sinais atenuadores na nova Diretiva de 2016, os sinais e perspectivas para o futuro são – até pelo contexto de renascimento de uma nova vaga de ataques terroristas e de discurso de combate ao terrorismo – pouco animadores. Não é só no Direito penal e processual penal, em que se aceita

15 V., desde logo, “Looking in the wrong places – Hindering flows across international financial networks is costly and does not stop terrorists’ primary activity”, *online* em <http://www.economist.com/node/5053373>. E, também, mais recentemente, “Costly cash – Regulation is raising the cost of sending money to the world’s poor. Reform it”, *online* em <https://www.economist.com/news/leaders/21663227-regulation-raising-cost-sending-money-worlds-poor-reform-it-costly-cash> ou, ainda, explicando os custos também associados ao não cumprimento deste tipo de regras, “Rolling up the welcome mat – A crackdown on financial crime means global banks are derisking”, já de julho de 2017, também disponível *online* em <https://www.economist.com/news/international/21724803-charities-and-poor-migrants-are-among-hardest-hit-crackdown-financial-crime-means>.

cada vez mais um Direito invasivo, sacrificador das nossas liberdades, ou nas regras para andar nos aviões com menos líquidos e sem um vasto elenco de utensílios, é também no caso da prevenção do branqueamento de capitais que temos assistido a um caso paradigmático de securitismo em que todos os horrores dos “crimes de catálogo” e do branqueamento têm levado a impor cada vez mais custos às instituições e às entidades financeiras (e aos seus clientes¹⁶), implicando cada vez mais desvios de energias e esforços internos de outros problemas que também assolam os nossos sistemas financeiros e bancários, a começar nas pequenas fraudes com cartões bancários que prejudicam dezenas de clientes¹⁷.

2.7. Um problema de articulação de segredos

Para além de tudo o que tem sido descrito, o combate contra o branqueamento de capitais implica ainda sacrificar ou pôr em causa alguns dos principais “segredos” previstos no nosso ordenamento jurídico, prevendo-se deveres que podem implicar a violação do sigilo bancário ou do sigilo profissional de advogados, estando ainda em causa segredos cruzados de supervisão. Isto representa novas tensões para todos aqueles que, na sua atividade profissional, contactam com potenciais clientes “branqueadores” ou têm conhecimento de factos que podem ter relevância para a investigação deste tipo de práticas que, mais uma vez, pode deixar aqueles que ficam nessa posição em situações de conflitos de deveres demasiado difíceis de resolver, não apenas para qualquer um, mas mesmo para juristas experimentados e aplicadores do Direito especialistas nesta matéria¹⁸.

Parece-nos que a luta contra o branqueamento, até pelo simbolismo tão forte que lhe está associado, justifica as maiores cautelas, podendo alguém muito facilmente passar de violador de deveres de prevenção a coautor de crimes de branqueamento aos olhos do investigador destes tipos de ilícitos, razões que justificarão, mesmo da perspetiva do “potencial infrator”, menos cuidados a guardar os segredos que lhe são confiados pelos seus clientes. No entanto, relembremos que a previsão desses segredos é também base essencial

16 Sobre este tema, v., por exemplo, Masciandaro & Filotto, 2001: 2; Mihaela, 2013: 185-209; ou, sobre a realidade portuguesa, Paúl, 1999: 321-336; ou Oliveira, 2004: 17-25.

17 Sobre o tema cf. ainda outro artigo da *The Economist*, “The lost trail – Efforts to combat the financing of terrorism are costly and ineffective”, disponível *online* em http://www.economist.com/node/5056338?story_id=E1_VDVGPPR.

18 A propósito, pedindo muito mais desenvolvimentos, v., desde já, Semedo, 2015.

para o funcionamento do mercado e para a realização da justiça, não há sistema bancário que possa operar eficientemente sem que haja confiança entre os vários intervenientes, nem acesso ao Direito e possibilidade de defesa sem que o advogado seja verdadeiramente um confidente do seu cliente.

2.8. Um problema para advogados

Por esta última razão, e como já referimos acima, algumas das maiores críticas aos regimes de prevenção do branqueamento têm partido das ordens dos advogados, portuguesa e não só, pela verdadeira perversão que pode significar prever deveres que obrigam mandatários a serem investigadores (ou colaboradores das investigações) contra os seus clientes (podendo, em última instância, o próprio pagamento de honorários a um advogado configurar em si uma prática de branqueamento!¹⁹)

É também um problema que suscita algumas diferenças (sendo discutível desde logo se elas existem ou devem existir) entre os chamados *in-lawyers* ou advogados de empresa e os advogados externos, que podem representar ainda várias injustiças nos casos concretos. Muito sinteticamente, note-se que, mesmo para os juristas dos bancos, com deveres de reporte, também se impõem grandes cautelas, sob pena de se autoresponsabilizarem, parecendo defensável uma aplicação, eventualmente analógica, de alguns dos princípios desresponsabilizadores que têm vindo a ser desenvolvidos para os advogados, quando se esteja a falar de aconselhamento jurídico dentro de um banco (contudo, não temos aqui nem tempo, nem espaço, para mais desenvolvimentos sobre esses complexos problemas)²⁰.

Remetemos apenas para um texto de Alfredo Castanheira Neves, em reação ainda à lei de 2004, para a Ordem dos Advogados, que aborda alguns dos principais problemas que se colocam aos advogados portugueses em relação ao branqueamento de capitais de forma bastante expressiva: «(...) estão postas em causa a confiança e a independência do advogado quando lhe é solicitada a

19 Desde os anos 80 que são inúmeros os casos em que advogados se “transformam” em criminosos, havendo vários relatos nos EUA, que podemos ler, por exemplo, com bastante interesse, num antigo artigo do *The New York Times*, “Drug Lawyers’ Quandary: Lure of Money vs. Ethics”, disponível online em <http://www.nytimes.com/1990/02/09/us/law-drug-lawyers-quandary-lure-of-money-vs-ethics.html?pagewanted=all&mcubz=0>. Mas, já em 2017, é interessante olhar para condenações concretas de advogados (em que a realidade supera a ficção). Tome-se como exemplo este comunicado do *U.S. Attorney’s Office* do estado de Maryland: <https://www.justice.gov/usao-md/pr/philadelphia-attorney-convicted-money-laundering-conspiracy-involving-proceeds-major-drug>.

20 Sobre os mesmos problemas, aqui perto, em Espanha, v. Stewart, 2014: 15-43.

utilização da relação de mandato para a colaboração com autoridades de investigação criminal sendo-lhe vedada a revelação dessa colaboração ao cliente com quem prolongará a relação. Dir-se-á que a visão que ora se expõe padece de fundamentalismo semi-romântico pela forma exacerbada com que defende uma perspectiva de relação advogado-cliente que, nos casos previstos pela nova lei, se não verifica. Com o que fundamentalmente se assentirá, pressuposto que é efectivamente fundamental, nem pode ser de outra forma, a defesa prosseguida em defesa de um núcleo básico de características essencial à função do advogado. O que pretende o novo regime é converter um advogado numa polícia à paisana, ou pior ainda, num agente infiltrado. Se a perspectiva de análise fosse relativa ao processo penal considera-se que poderia ser colocada em causa a validade probatória dos elementos que ao processo fossem carreados pela intervenção do advogado nos termos da nova lei»²¹.

2.9. Um grande problema político (e uma discussão difícil)

É ainda um tema em que a discussão é politicamente muito enviesada²². É bastante difícil defender uma atenuação dos deveres de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais porque a resposta contrária é, normalmente, pintar os defensores dessas teses como sendo defensores da droga, tolerantes com terroristas ou, pelo menos, protectores dos (maus) interesses dos banqueiros e de desleixos nessa atividade. Como alguém escrevia nos EUA depois de 2001, nenhuma instituição de crédito querará criticar em público as medidas de prevenção do branqueamento, sob pena de ser rotulada como fraca contra o terrorismo. É uma discussão política muito dura e que regularmente, em nome de “valores grandes”, implica aceitarmos que se peçam cada vez mais identificações aos clientes ou ser mais invasivo nas informações que damos das contas bancárias que guardamos. Contudo, quando estamos a dar relatórios sobre os nossos clientes, apresentando extratos, listas de movimentos e operações, estamos a expor a nossa vida financeira, o que é difícil de conciliar com um verdadeiro modelo liberal de Estado, muitas vezes sem termos real consciência, enquanto comunidade, do que estamos a fazer. Queremos mesmo um Estado que conheça todos os movimentos de dinheiro, tudo aquilo que compramos, pagamos ou transferimos, que é muito do que fazemos? Em tempos de desmaterialização do dinheiro, se pagarmos tudo com cartão, o Estado pode

²¹ Cf. Neves, 2014.

²² Sobre estas lutas e a relação da política e do poder político com a prevenção do branqueamento, v. Harvey, 2013: 211-233.

conhecer tudo. Recentemente, em Portugal, algumas vezes têm começado a discutir estes temas, mas mais a propósito das faturas eletrónicas, nos domínios do Direito fiscal. No entanto, pelo Direito bancário e pelos regimes que aqui discutimos hoje, podemos já ter escancarado a porta a muitos problemas de controlo em massa da vida dos cidadãos (dotando eventuais governantes ou meros funcionários executivos mais mal-intencionados, de poderosas armas de controlo dos cidadãos).

2.10. Um problema internacional e de cooperação

Em poucas palavras, esta é também uma questão internacional, de cooperação e colaboração entre países, e de interação de diferentes regimes²³. Ao longo das últimas décadas, foram criados organismos internacionais e há uma certa pressão da comunidade internacional para que os países tenham mais deveres nos seus ordenamentos jurídicos internos. Logo a seguir a 2001, o GAFI²⁴ – organismo a que faremos uma breve referência de seguida – publicou uma lista dos países com os piores regimes de luta contra o branqueamento de capitais, seguindo uma ideia de “*name and shame*” que coaja esses ordenamentos a adequar-se às exigências que se vão tornando comuns em vários ordenamentos jurídicos. Nessa primeira avaliação, Portugal não foi terá sido muito bem cotado²⁵. As avaliações mais recentes têm invertido a tendência e atualmente temos um sistema de prevenção e repressão do branqueamento de capitais que é avaliado positivamente pelo GAFI. Mas também aqui há tensões, internacionais e financeiras, quanto aos sinais que os países dão aos mercados. Se a mensagem é “este é um país em que é fácil fazer branqueamento de capitais”, o nosso mercado financeiro nacional também pode estar em causa e, por não adotar um bom sistema de prevenção, os custos podem tornar-se ainda maiores²⁶ (por argumentos deste tipo, muitos bancos têm cessado atividade em determinadas jurisdições).

23 A propósito deste tema, v., desde logo, Simões, 2006: 423-474; mas também Folgado, 2004: 69-82; Satula, 2010 ou ainda Amaturro, 2014: 115 a 135.

24 O GAFI (Grupo de Ação Financeira ou Financial Action Task Force, FATF) é o principal «*organismo intergovernamental que tem como objetivo “desenvolver e promover políticas, nacionais e internacionais, de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo”*», conforme explicado num dos seus portais, em <https://www.bportugal.pt/page/grupo-de-accao-financeira-gafi>.

25 Podemos encontrar alguns desses relatórios no portal do “BCFT” entretanto criado, *online* em <http://www.portalbcft.pt/pt-pt/content/avalia%C3%A7%C3%B5es-de-portugal>.

26 Veja-se o curioso caso da Letónia, vista como a “terra do branqueamento de capitais”, desde logo em textos como este: <https://www.occrp.org/en/laundromat/regulator-says-latvia-finally-cleaning-up-bad-banks/>.

2.11. Um problema de Direito comunitário ou da União Europeia (e de articulação com o Direito nacional)

Como temos referido, em matéria de prevenção do branqueamento têm sido previstas respostas a nível internacional e, com especial relevância para nós, a nível europeu, sendo fundamental o papel que a União Europeia tem tido nesta matéria²⁷, encontrando-se aí todas as linhas orientadoras para o Direito português de prevenção do branqueamento desde os anos noventa (veremos melhor abaixo como funciona o “ciclo” de produção de instrumentos normativos).

De uma forma interessante, as Diretivas comunitárias “atuais” (a que faremos referência a propósito da terceira e quarta gerações) estão já como os iogurtes que têm um prazo de validade, devendo ser avaliadas, revistas e alteradas num processo que terá início já dentro de menos de um ano, seguindo-se novas Diretivas mais modernas e adequadas às necessidades (a experiência tem levado a concluir que as particularidades desta luta exigem esta obsolescência de regimes e constante atualização a que temos vindo a aludir). Prevê-se ainda uma norma engraçada na Diretiva: tudo aquilo que foi dito ou escrito sobre as outras Diretivas deve ser entendido como aplicável à nova. Isto será interessante desde logo do ponto de vista da jurisprudência, havendo decisões a nível nacional e também comunitário que aplicam ou referem as anteriores Diretivas que têm de ser tidas em conta. Por exemplo, quanto à proibição de contas anónimas, desenvolvida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia num caso que envolvia um banco austríaco, a partir de preceitos de Diretivas anteriores, as mesmas conclusões têm vindo a servir para interpretar algumas das novas normas pelos tribunais da União Europeia.

Podemos ter outros problemas “menos engraçados” e mais sérios, na articulação de regimes, sendo fácil encontrar um exemplo quanto a uma possibilidade de distração do legislador nacional. Existe um importante regulamento europeu sobre as informações que os ordenantes têm de fazer acompanhar as transferências que fazem para fora do espaço da UE, o Regulamento 1781/2006, diploma que atualmente já se encontra revogado e foi substituído. Contudo, mantém-se em vigor o Decreto-Lei n.º 125/2008 que prevê o regime sancionatório, nacional, para a violação do regulamento da União, de 2006. Ora, esse regulamento já foi substituído, pelo 2015/847, o que significa que continuam a existir deveres

27 Cf., desde logo, um dos mais importantes estudos nesta matéria, entre nós, de Brandão, 2002. Ainda neste plano de regulação, mas na doutrina estrangeira interessa v. também Gilmore, 2011; Langlois, 2013: 96-98; Longchamp, 2013: 127-136; Van den Broek, 2014: 20-45; Ioannides, 2014; Borrello, 2014: 159-178; Jiménez García, 2015.

semelhantes, mas, pela maneira como o Decreto-Lei português de 2008 está construído, não podemos ter a certeza de que a violação dos “novos deveres” de 2015 ainda seja sancionada o que reclama que um legislador avisado altere a situação rapidamente. Apesar de haver alguma continuidade normativa – parece-nos que há tipos de infrações que decorriam do regulamento de 2006 e decorrem também do regulamento de 2015, pelo que podemos tentar afirmar que ainda há legalidade e tipicidade na punição pelo Decreto-Lei n.º 125/2008 – a forma como ele próprio vem definido pelo legislador – *«Estabelece as medidas nacionais necessárias à efectiva aplicação do Regulamento (CE) nº 1781/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15-11-2006, relativo às informações sobre o ordenante que devem acompanhar as transferências de fundos»* – dificulta ou enfraquece essa tese, dando argumentos a quem queira defender que o Decreto-Lei ainda vigente é desadequado e dá origem a lacunas de punição quanto às informações não enviadas ou conservadas. No entanto, continuo a entender que uma habilidosa interpretação do Direito ainda permite que se puna pela lei de 2008, mas com dificuldades. Tentando ser o mais cientificamente corretos possíveis, temos de entender que há muitas áreas delicadas, e claramente para tudo o que seja concebido como “novos deveres” puros, as respetivas violações não poderão ser sancionadas através da “lei velha”. Tudo o que há de novo neste regulamento 2015/847 não estará a ser punido atualmente. Tudo o que é repetido, sim. Tudo o que é reformulado, talvez não²⁸.

2.12. Um problema multidisciplinar (e de proteção de dados e privacidade)

Por fim, e representando outros domínios do Direito em que também se apresentam muitos problemas e questões que não poderemos aprofundar melhor neste espaço²⁹, importa ainda referir o especial problema da proteção de dados e privacidade, que poderão estar a sofrer grandes atropelos em nome destas lutas. A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados apresentou já mais

28 Entretanto, através na nova lei da prevenção do branqueamento, Lei n.º 83/2017, publicada já enquanto este texto se encontrava em curso de publicação, parece que este problema fica tendencialmente ultrapassado, trazendo para a lei “geral” este regime que se encontrava separado entre a Lei n.º 25/2008 e o Decreto-Lei n.º 125/2008. Contudo, pelos regimes aplicáveis à sucessão de leis no tempo, em especial leis sancionatórias, os problemas que aqui abordamos continuarão a colocar-se pelo menos quanto aos factos praticados desde a revogação daquele regulamento de 2006 (em 2015) até à entrada em vigor das novas leis, em setembro de 2017 (sendo que esses factos poderão ainda encontrar-se em apreciação ao longo dos próximos anos).

29 Quanto à multidisciplinaridade do problema, v., desde logo, Razzante, Borrello & La Rocca, 2014: 3-71.

do que uma opinião muito negativa sobre as propostas de Diretivas e o trabalho efetivamente feito no combate ao branqueamento de capitais, desde logo um recente relatório de 2014³⁰ – que poderá justificar algumas inversões no conteúdo da Diretiva de 2015. No entanto, têm sido importantes vozes minoritárias na defesa de cautelas e precauções a desenhar regimes de prevenção de branqueamento³¹. Contudo, e até em jeito de conclusão pouco otimista quanto a uma ponderação razoável e equilibrada, o que nos chega das discussões mais recentes a propósito deste tema é a continuação de uma lógica securitária e de querer alargar os deveres de prevenção de branqueamento (ainda que, como temos tentado alertar repetidamente, muitas vezes com custos exagerados, poucos ganhos expectáveis e grandes sacrifícios individuais). Mas acredito que a discussão continuará algo viciada e emocionalmente carregada com Paris ou Londres a serem atacadas e dinheiro a chegar aos terroristas na Bélgica através de complexos sistemas de pagamento e de prémios em jogos de *playstation*, sendo possível prever um Direito ainda mais invasivo para os próximos anos.

3. SOBRE AS VÁRIAS GERAÇÕES: O GAFI, AS DIRETIVAS E AS “LEIS DO BRANQUEAMENTO”

Como já temos referido, conseguimos identificar basicamente quatro gerações de instrumentos normativos na luta e prevenção do branqueamento de capitais, definindo-se cada uma delas pelo combate a um tipo de crime ou fenómeno cujos proveitos seriam branqueados que impulsiona determinado tipo de respostas normativas (ou serve também de fundamento para o reforço ou alargamento das preexistentes).

Assim, fazendo uma síntese destes pontos introdutórios, os regimes que vamos analisando aparecem no quadro da luta contra o tráfico de estupefacientes (1G), evoluíram no quadro do combate ao terrorismo (2G) e, mais recentemente, contra a criminalidade inter ou transnacional (3G), estando nos nossos dias a ser alargados ao combate à corrupção e à fraude fiscal (4G).

Em cada uma destas gerações é possível identificar um ciclo de instrumentos que se sucedem e se influenciam (e, hoje, já preveem a sua própria obsolescência). Assim, à constatação ou consenso (normalmente internacional) de

30 E foram ainda bastante críticos, já em 2017, na análise das propostas da Comissão Europeia para alterar as Diretivas 2015/849 e 2009/101/EC, quanto às informações relativas a beneficiários e proprietários, e as implicações em matéria de proteção de dados. Veja-se o acompanhamento destas matérias e o parecer recente da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, 2017.

31 A tentar uma ponderação próxima a propósito destes temas, v. ainda Khan, 2016.

que é necessário enfrentar determinado flagelo, segue-se (i) um conjunto de recomendações do GAFI, que influencia a feitura de (ii) uma Diretiva europeia que, por sua vez, é (ou deve ser) (iii) transposta para o Direito nacional através de uma mais leis, complementadas ou regulamentadas por (iv) avisos de autoridades com competências de supervisão nestas matérias (entre nós, desde logo o Banco de Portugal).

Atualmente estamos em vésperas de alteração à lei, aguardando-se a transposição da Diretiva de 2015 e já à espera de novos sinais do GAFI para 2017/2018. Em 2014 teve início a quarta ronda de avaliações mútuas aos sistemas de prevenção e repressão do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, baseada numa metodologia aprovada em 2013. A avaliação de Portugal deverá ter lugar entre março e outubro de 2017³².

Assim, parece-nos possível fazer corresponder cada uma das avaliações do GAFI a uma das gerações, começando na segunda e sendo possível antecipar uma quinta geração para os próximos anos. Portugal tem uma representação permanente junto do GAFI e o nosso sistema de prevenção e repressão do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo foi avaliado em 1994, 1999 e 2006³³ (recomendações que já foram entretanto adotadas e recebidas pelo nosso Direito). E, posteriormente, nos termos dos procedimentos definidos por aquele organismo, com uma periodicidade bienal, tem sido atualizada alguma informação e avaliação através de relatórios de acompanhamento.

Sobre o GAFI aponte-se apenas que é um organismo criado no final dos anos oitenta pelos países do G7, funciona junto da OCDE e hoje já tem mais de 40 estados-membros. A sua principal missão é analisar a forma como os ordenamentos jurídicos nacional de cada Estado fazem ou não fazem (uma boa) prevenção do branqueamento de capitais. Logo no início dos anos noventa houve 40 recomendações internacionais. E, a seguir ao 11 de setembro de 2001, foram feitas 9 novas recomendações especiais, relativamente ao terrorismo, cujo conteúdo tem vindo a influenciar e a determinar os vários saltos e alterações dos regimes, primeiro a nível europeu e, depois, nacional.

32 De acordo com as informações disponíveis no *site* do Banco de Portugal, em <https://www.bportugal.pt/page/grupo-de-accao-financeira-gafi>. Enquanto este texto já se encontrava em curso de publicação foram divulgados resultados muito positivos e animadores.

33 Os principais resultados da avaliação de 2006 podem ser consultados no relatório *Third Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, disponível online em <http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mutualevaluationofportugal.html>.

Na Suíça há quem critique o GAFI como uma “invenção” dos EUA para forçar os outros países a terem regimes tão apertados como o estadunidense, procurando evitar que bancos dos outros países não fossem mais atrativos para a prática normal da atividade financeira do que os bancos americanos. Isto porque os anos 80 foram, nos EUA, principalmente, um tempo muito intensivo de luta contra a droga³⁴. O GAFI tem vindo a ganhar poderes e influência, produzindo um trabalho relevante na articulação, avaliação e desenvolvimento de regimes³⁵.

Assim, a partir e depois dessas recomendações, que respostas normativas podemos identificar em cada geração, em traços muito breves?

3.1. A primeira geração (e a droga)

A primeira geração tem, em Portugal, as primeiras manifestações no final dos anos oitenta, inícios dos anos noventa, também num quadro de combate ao tráfico de droga, e ainda antes da primeira avaliação do GAFI, mas já depois do primeiro conjunto de recomendações daquele organismo, de 1990. Nessa época foram feitas as “quarenta recomendações” do GAFI que podemos considerar ainda hoje a base dos modernos regimes de prevenção, já tendo sido objeto de três revisões (a última em 2012). As primeiras influenciaram decisivamente a Diretiva n.º 91/308/CEE. Tivemos, assim, o Decreto-Lei n.º 15/93 e o Decreto-Lei n.º 325/95, que introduziram os primeiros deveres de prevenção de branqueamento de capitais, bem como a previsão de um crime de branqueamento em lei autónoma (em relação do Código Penal) e tentaram transpor aquela primeira diretiva europeia. Aponte-se apenas que alguns dos deveres que foram exigidos, e de que falaremos adiante, foram previstos de uma maneira que funcionou de forma contraditória, desde logo, o dever de identificação: quando os bancos suspeitavam de alguma operação eram obrigados a pedir mais informações, o que funcionava como um aviso para os ordenantes que passavam assim a saber que eram suspeitos, e estavam eventualmente a ser investigados, sendo fácil reconhecer efeitos contrários aos desejados³⁶.

34 Sobre essa luta, no mesmo período, em Portugal, v. Machado, 1990: 78-80; Martins, 1994.

35 Quanto ao GAFI, v., ainda, Ramos, 2004: 55-68.

36 A propósito de alguns instrumentos da “primeira geração”, leia-se, por exemplo, dessa época: Campos, 1990: 127-165; Costa, 1992: 59-86; Azevedo, 1991: 3-5; Santiago, 1994: 497-560 ou, ainda Ferreira, 1999: 303-319.

3.2. A segunda geração (e o terrorismo)

O mandato do GAFI viria a ser alargado, em 2001, em sequência e no contexto do ataque terrorista de 11 de setembro. Logo a 10 de outubro daquele ano foram emitidas “recomendações especiais sobre financiamento do terrorismo”, posteriormente desenvolvidas por notas interpretativas e atualizadas em 2004. Desta década sobressai ainda a Convenção do Conselho da Europa relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, assinada por Portugal em 17 de Maio de 2005 e o Regulamento (CE) n.º 2580/2001, que prevê medidas restritivas específicas de combate ao terrorismo.

No entanto, como principais instrumentos normativos temos a Diretiva n.º 2001/97/CE, do Parlamento e do Conselho, que foi transposta pela Lei n.º 11/2004, a “lei da prevenção branqueamento” que antecedeu a que atualmente vigora em Portugal³⁷, mas que introduziu no nosso ordenamento jurídico o esqueleto ou estrutura de deveres que apenas seria desenvolvido em 2008, nos termos que passaremos a sintetizar.

3.3. A terceira geração (ainda o terrorismo e a criminalidade internacional)

Podemos considerar que o regime português atual é de “terceira geração”, aguardando-se para breve mais desenvolvimentos quanto a esta matéria (a Diretiva de “quarta geração” já devia ter sido transposta em 2016, mas até meados de 2017 continuamos sem ver aprovada uma nova lei).

a) As diretivas e as leis “3G”

Assim, o nosso quadro normativo vigente ainda é o que decorre das duas importantes Diretivas que se seguiram, a Diretiva n.º 2005/60/CE (relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro e de outras atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento)³⁸ e a Diretiva n.º 2006/70/CE (com medidas de execução da outra), transpostas através da Lei n.º 25/2008, que entretanto teve várias alterações, das quais destacaríamos:

- (i) o Decreto-Lei n.º 317/2009 (com mudanças relativas às instituições de pagamento);

37 Sobre esta lei e para um enquadramento da “segunda geração”, veja-se, por exemplo, Duarte, 2004: 129-144; Canas, 2004, ou Silva, 2007: 451-474.

38 A propósito desta Diretiva, ler, à época, Carnota, 2014: 79-103, ou Unger & Van den Broek, 2014: 46-61.

- (ii) o Decreto-Lei n.º 242/2012 (relativo às instituições de moeda eletrónica);
- (iii) o Decreto-Lei n.º 18/2013 (quanto à colaboração com autoridades europeias);
- (iv) o Decreto-Lei n.º 157/2014 (que veio reforçar as sanções pela violação dos deveres de prevenção e prever uma nova sanção acessória – a ideia de que se dá má fama aos bancos e às entidades que não estiverem a cumprir os deveres de prevenção do branqueamento que lhes cabem fica mais claramente consagrada – o GAFI já faz isto a nível internacional e passámos a poder também usar, ao nível nacional e para cada infrator, a divulgação das respetivas identidades como forma de os forçar a agir pelo que isso significa para a sua imagem pública);
- (v) a Lei n.º 62/2015 (quanto ao jogo *online*: teve efeitos práticos para aqueles, entre nós, que jogam, por exemplo, nos jogos *online* da Santa Casa, onde se passou a pedir dados adicionais, mesmo digitalizações dos cartões de identificação, acompanhando uma tendência internacional na prevenção do branqueamento de se (tentar) estar mais atento mesmo a realidades onde não pensaríamos à primeira vista estarem em causa estes problemas como os jogos de *Playstation*, *X-Boxes* e outras consolas onde se parece colocarem-se hoje capitais ilícitos (usados para comprar fatos, armas ou “coisas virtuais” dentro do jogo, que permitem depois jogar melhor e retirar dinheiro “branqueado” dos jogos), em desenvolvimentos tecnológicos que têm sido aproveitados pelos dois “lados” da luta, forçando também o Direito a evoluir por causa disso;
- (vi) e, por fim, a Lei n.º 118/2015, que aprofunda a definição do conceito de beneficiário último das transações (com a importância de conhecer a estrutura e o seu domínio – antigamente tínhamos de conhecer quem tinha 25% e o controlo direto e agora já temos de ir para além disso) – já será aqui que encontramos os sinais para uma quinta geração de instrumentos de combate ao branqueamento de capitais e as pistas do Direito mais invasivo que terá de ser muito ponderado.

É possível dar conta de outras alterações mais pequeninas: uma retificação logo depois da publicação, em 2008, e uma quanto à competência dos tribunais quanto a estas matérias, em 2011, que passou para o tribunal da concorrência, regulação e supervisão.

Do quadro normativo vigente a nível nacional, importará ainda referir abundante legislação complementar, como (vii) a Lei n.º 52/2003, que aprovou

a Lei de Combate ao Terrorismo em cumprimento da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho; (viii) a Lei n.º 11/2002, que define o regime penal do incumprimento das sanções financeiras ou comerciais impostas por resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas ou regulamento da União Europeia, que determinem restrições ao estabelecimento ou à manutenção de relações financeiras ou comerciais com os Estados, outras entidades ou indivíduos expressamente identificados no respetivo âmbito subjetivo de incidência; (ix) a Lei n.º 5/2002, que estabeleceu um conjunto de medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira e prevê um regime especial de recolha de prova, de quebra do segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado relativamente a diversos tipos de crime, entre os quais o de branqueamento de capitais; (x) o Decreto-Lei n.º 61/2007, que aprovou o regime jurídico aplicável ao controlo dos montantes de dinheiro líquido, transportado por pessoas singulares, que entram ou saem da UE através do território nacional, bem como ao controlo dos movimentos de dinheiro líquido com outros Estados-Membros da EU; o já referido e atualmente problemático (xi) Decreto-Lei n.º 125/2008, que estabelece as medidas nacionais necessárias à efectiva aplicação do Regulamento (CE) n.º 1781/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo às informações sobre o ordenante que devem acompanhar as transferências de fundos; (xii) a Portaria n.º 150/2013, que aprovou a lista dos países ou jurisdições considerados como equivalentes ao nacional quanto aos requisitos impostos em matéria de prevenção e respetiva supervisão; a (xiii) Portaria n.º 292/2011, que atualizou aquela lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada.

Entre algumas marcas do regime de 2008 e da nossa “lei (da prevenção) do branqueamento”, pretendemos destacar as seguintes³⁹:

b) Alargamento do âmbito subjetivo das entidades sujeitas

Claramente foi alargado o âmbito subjetivo das entidades sujeitas a deveres de prevenção do branqueamento, as entidades não financeiras passaram a ser muito mais detalhadas e vinculadas, ficando expressamente obrigados agentes imobiliários, solicitadores, advogados (cujos deveres, apesar de tudo, foram atenuados em relação à lei anterior, por força das críticas a que fizemos

39 Muito sumariamente, para tentar que este texto cubra algumas das matérias que desejamos desenvolver em futuras atualizações destas reflexões que, tal como os regimes jurídicos sobre os quais incidem, também as devem ter.

referência atrás), passando todos os outros tipos de representantes a poder ser ainda mais responsabilizados do que eram à luz do regime de 2004.

c) Aprofundamento e maior detalhe quanto aos deveres já antes previstos

A lista de deveres e os respetivos conteúdos passou a estar muito mais detalhada, ainda que por vezes se pareça cair em exageros normativos, repetindo-se previsões e parecendo existir normas desnecessárias, porque pelo menos já decorreriam da boa articulação de outras normas. Há um conceito que tinha vindo a ser construído pela jurisprudência (tanto nacional como europeia) que foi incorporado na *law in books*, a ideia de diligência (que no futuro se quer adequar aos “perfis de risco”, utilizando conceitos que por vezes o legislador nacional parece ainda não ter querido ou sabido traduzir convenientemente). Até 2008, e mesmo depois, os bancos questionavam-se sobre qual era a diligência verdadeiramente exigida para conhecer os seus clientes, aqueles que trazem capitais para as suas instituições. E a maneira como a jurisprudência foi construindo essa medida foi através de uma equiparação com a diligência que é tida para conceder crédito pelas mesmas instituições. Esse paralelismo torna-se fácil de verificar mesmo para leigos: quando os bancos vão conceder crédito, têm de conhecer a estrutura e só vão emprestar dinheiro se confiarem nas pessoas que estão do outro lado. Começou a ser exigido que, para receberem dinheiro e, mais do que isso, para movimentarem dinheiro, fosse tido um tipo de diligência equivalente.

d) Precisasões quanto ao dever de diligência em duas versões: reforçado e simplificado

O dever de diligência passou a estar mais detalhado, e previsto de forma reforçada e simplificada.

e) Densificação da ideia de “operações suspeitas”

A ideia de “operações suspeitas” foi robustecida, com uma abertura que não permita aos branqueadores perceberem que determinado comportamento é uma operação suspeita e que outro não é (o que depois dificulta o controlo das atuações dos bancos em relação a esses deveres).

f) Estabelecimento de proibições quanto às relações com “bancos de fachada”

Numa concretização das exigências que já iam sendo feitas a nível internacional, define-se este conceito com enorme importância instrumental na prevenção (veja-se o artigo 30.º da Lei n.º 25/2008).

g) Maior detalhe sancionatório e reforço das coimas

Este reforço do Direito sancionatório dá-se com ainda mais força depois de 2014, mantendo-se, no entanto, uma muito discutível coima mínima e continuando a não estar previstos modelos de coimas alternativos ou processos como o sumaríssimo, que existem em regimes próximos e que, para o sancionamento de infrações mais ligeiras, faria todo o sentido permitir ao aplicador do Direito utilizar. As contraordenações passaram a ser previstas em maior número, sendo possível fazer uma tabela de correspondência entre as várias contraordenações e cada um dos deveres.

h) Permissão de adaptação dos deveres (especialmente de identificação e de diligência) em função de perfis de risco (em função de cinco índices)

Passou também a ser permitida a adaptação dos deveres existentes – o que revela alguma atenuação em relação ao regime de 2004 – foram previstos cinco tipos de índices para os bancos perceberem o tipo de pessoa com que se deparam e as entidades podem moldar os deveres que são tidos, quer quanto à identificação, quer quanto à diligência, quer quanto ao exame que tem de ser feito das suas características, em função do tipo/do perfil de risco desse cliente. É uma das áreas de 2008 que irá, provavelmente, ser mais desenvolvida na transposição da Diretiva do verão de 2015.

i) Aprovação do recurso a terceiros para cumprimento dos deveres

Um esclarecimento muito importante decorre da previsão de que as entidades financeiras passem a poder recorrer a terceiros para assegurar o cumprimento de deveres de prevenção (com o novo regime previsto pelo artigo 24.º da lei, alterado em 2009 e em 2012).

j) Exigência estrutural, para uma “resposta pronta e cabal”

Na densificação do dever de colaboração passou a exigir-se que a própria estrutura das instituições de crédito contemple sistemas internos mais rápidos (para que possa dar a “resposta pronta e cabal” que a lei exige). Nestes domínios são essenciais, para além do Aviso geral do Banco de Portugal em matéria de prevenção do branqueamento – o n.º 5/2013 (muito recentemente alterado pelo Aviso n.º 3/2017) – os Avisos n.º 5/2008 (quanto ao sistema de controlo interno), n.º 9/2012 (quanto ao reporte anual em matéria de gestão do risco de branqueamento ou n.º 8/2016 (quanto a deveres de registo e de comunicação), bem como a Instrução n.º 46/2012, também do Banco de Portugal

que aprovou um outro reporte informativo – diplomas a que faremos breve referência já de seguida.

k) Regulamentos comunitários “complementares”

Do quadro de Direito da União Europeia com relevância nesta “terceira geração” cabe ainda sublinhar o Regulamento (CE) n.º 1781/2006, quanto a informações sobre o ordenante que devem acompanhar as transferências de fundos, devendo essa informação ser conservada, bem como o Regulamento delegado (UE) 2016/1675 que completa a Diretiva 2015/849, identificando os países terceiros de risco elevado que apresentam deficiências estratégicas, que apesar de serem de “4G”, pela sua natureza, já terão aplicabilidade e terão de ser articulados com os restantes diplomas vigentes, ainda da nossa terceira geração.

l) Avisos e instruções essenciais e complementares

Instrumentos normativos determinantes quanto à regulamentação, ainda na terceira geração, mas já a entrar na quarta, são os seguintes avisos e instruções do Banco de Portugal:

- o mais geral Aviso n.º 5/2013, muito recentemente alterado pelo Aviso n.º 3/2017;
- o Aviso n.º 9/2012, que define os requisitos de informação em matéria de gestão do risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, a reportar anualmente ao Banco de Portugal (o “RPB”);
- a Instrução n.º 46/2012 que aprovou um reporte informativo (o “QAA”, questionário de autoavaliação) sobre as práticas adotadas pelas entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, ou que prestem serviços financeiros relacionados com matérias sujeitas à sua supervisão, a reportar anualmente ao Banco de Portugal, estabelecendo o seu preenchimento anual e envio ao Banco de Portugal através do sistema BPnet bem como o modelo de questionário, anexo àquela instrução;
- o Aviso n.º 5/2008 que estabelece que as instituições de crédito, as sociedades financeiras e as sucursais com sede em países terceiros devem dispor de um sistema de controlo interno com vista a garantir um desempenho eficiente e rentável da atividade, a existência de informação financeira e de gestão completa, fiável, pertinente e tempestiva, bem como o respeito pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis;

- o Aviso n.º 7/2009 que veda a concessão de crédito a entidades sediadas em jurisdição *offshore* considerada não cooperante ou cujo beneficiário último seja desconhecido (definindo os conceitos necessários) e determina o envio de uma declaração das autoridades de supervisão prudencial nas jurisdições *offshore* onde pretendam realizar operações de crédito, no sentido de assegurar que não existem obstáculos à prestação de informação;
- o Aviso n.º 8/2016 que regula deveres de registo e de comunicação relevantes nestas matérias, bem como as condições, mecanismos e procedimentos necessários ao seu cumprimento.

O Aviso n.º 5/2013 do Banco de Portugal é eventualmente o mais extenso diploma em matéria de prevenção do branqueamento de capitais, vindo muitas vezes apenas reiterar o que já constava da Lei n.º 25/2008⁴⁰, mas parecendo poder do Aviso decorrer novas infrações previstas e punidas por aquela lei. Na simples listagem que faremos abaixo dos vários deveres a que as entidades sujeitas devem estar atentas faremos referência aos lugares em que esses deveres vêm previstos em ambos os diplomas, sendo essencial conhecê-los. Outra das particularidades deste Aviso é o carácter quase didático que parece ter, funcionando ele próprio como um “manual de prevenção do branqueamento de capitais” que convidamos a ler no final desta apresentação. Isso explicará o grau de detalhe e talvez os menores cuidados de legiferação que alguma doutrina tem criticado⁴¹. Este importante Aviso foi já alterado pelo Aviso n.º 1/2014, também do Banco de Portugal – especialmente determinante quanto às relações de negócio distintas das contas de depósito bancário e à necessidade de fazer classificações ajustadas de graus de risco (numa clara manifestação de “4G” antes de tempo) e muito recentemente pelo Aviso n.º 3/2017 que veio tentar alterar as últimas normas que continuavam a existir no nosso ordenamento jurídico que impediam a abertura de contas à distância. Diríamos apenas, para já, que os meios tecnológicos que são exigidos para cumprir o que é exigido são ainda muito raros e pouco disseminados que a necessidade de ir a um balcão continuará a prevalecer, sacrificando-se alguma da celeridade e desmaterialização

40 Para uma aprofundada análise crítica deste diploma – e da sua articulação com a lei – v. desde logo Matta, 2015, locs 2232-3435.

41 V. *idem, ibidem*.

que os tempos modernos já permitem, em nome das cautelas que são exigidas em nome do combate contra o branqueamento de capitais.

Conforme vimos, o Aviso e a Instrução de 2012 vieram prever obrigações de reporte específicas para a prevenção de branqueamento, quanto a dois formulários que bancos (e outras instituições de menor dimensão – que muitas vezes se esquecem ou não montam uma estrutura para tal) têm de entregar, nuns casos no final do ano civil, noutros a meio: os RPBs e os QAAs que poderão ser importantes ferramentas para controlar a forma como é efetivamente feita prevenção do branqueamento em cada instituição. Faça-se ainda referência ao Aviso n.º 8/2013 que, sendo mais curto e não tão forte como o n.º 5/2013, não deixa de ser essencial conhecer e aplicar, por regulamentar os deveres de registo e de comunicação ao Banco de Portugal, repetindo alguns conceitos, mas distinguindo a aplicabilidade dos deveres quanto a tipos de operações e estabelecendo formas de comunicação.

Por fim, será necessário ainda ter presente a Instrução n.º 17/2010, quanto às regras de comunicação das operações de transferência de fundos para jurisdições *offshore*; o Aviso n.º 7/2009, que veda a concessão de crédito a entidades sediadas em jurisdição *offshore* considerada não cooperante ou cujo beneficiário último seja desconhecido; e o Aviso n.º 5/2008, relativo aos princípios e requisitos mínimos a que deve obedecer o sistema de controlo interno das instituições financeiras (também bastante relevante em matéria de prevenção e também demasiado difícil de aplicar ou perceber mesmo por juristas experimentados, mas infelizmente não há espaço para discutir isso aqui). Mais recentemente, damos nota do Decreto-Lei n.º 64/2016, que em outubro de 2016 veio estabelecer novas regras sobre acesso e troca de informações no domínio da fiscalidade; do Aviso do Banco de Portugal n.º 8/2016, que regulou os deveres de comunicação previstos no RGICSF e RJSPME, em setembro de 2016; da Resolução do Conselho de Ministros n.º 88/2015 que criou a “Comissão de Coordenação das políticas de prevenção e combate ao BCFT” em outubro de 2015 e a da Lei n.º 7/2015 que veio definir as prioridades, objetivos e orientações de política criminal para o biénio 2015-17⁴².

42 A propósito da proposta de lei que virá substituir esta (com as prioridades em matéria de política criminal para 2017/19), a Procuradora-Geral da República, Joana Marques Vidal, já veio defender que criminalidade económico-financeira conste mais amplamente da lista das prioridades, abrangendo-se não só os crimes de corrupção e branqueamento, mas também os da Bolsa e outros ilícitos do comércio internacional, noutro sinal de desenvolvimentos futuros.

3.4. A quarta geração (e a corrupção e os crimes fiscais)

Por fim, a “4G” tem como principal instrumento normativo a já referida Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015 (a Diretiva AML IV, na versão mais “romana” e internacional), relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que não veio trazer tantas novidades como as que a precederam⁴³, introduzindo especificações e uma acentuação na “abordagem de risco ajustado” (ou “*risk assessment approach*” no conceito inglês, tão querido deste legislador europeu).

Muitas das suas previsões já terão até sido incorporadas pela legislação portuguesa que veio alterar a lei de 2008, como o alargamento aos casinos ou ao jogo *online*, pelo que tudo isso não carecerá de transposição para nova lei portuguesa que esperamos para breve.

Importa dar atenção ainda ao Regulamento (UE) 2015/847, de 20 de maio 2015, a que já fizemos referência atrás, a propósito do mecanismo sancionatório nacional que continua também desatualizado quanto ao problema da conservação e envio das informações sobre o ordenante que devem acompanhar as transferências de fundos. E também ao Regulamento delegado (UE) 2016/1675, da Comissão, de 14 de julho de 2016 que completa a Diretiva (UE) 2015/849, mediante a identificação dos países terceiros de risco elevado que apresentam deficiências estratégicas.

Com estes novos instrumentos pretende-se, por um lado, aproveitar os esforços que têm sido desenvolvidos para lutar contra outros tipos de crimes, em nome de uma ideia de que estes são cada vez mais censuráveis socialmente (como a corrupção e os crimes fiscais⁴⁴), apostando-se fortemente no conceito de “PEP’s” (pessoas politicamente expostas) e, por outro lado, tenta-se também combater instituições que se entende serem criadas diretamente para branqueamento de capitais – desde algumas casas de câmbio até às mais recentes instituições *online*, de pagamento, que têm sido feitas logo tendo em vista o branqueamento, dando-se o exemplo de uma moeda virtual – as *liberty coins* – que terá sido feita especificamente para branquear capitais.

O principal objetivo da Diretiva de 2015 foi o de harmonização do direito transnacional, tentando uniformizar os deveres das entidades obrigadas na

43 Sobre esta Diretiva, v., desde logo, FISCARO, 2014: 61-78.

44 Quanto o cruzamento das informações relativas a branqueamento com a luta contra a fraude fiscal, cf. Rizzardì, 2014: 137-156.

Europa, nos EUA, e em Inglaterra (que, apesar de ainda ser da UE, funciona em muitos destes aspetos bancários de maneira diferente). A Diretiva AML IV tenta ainda equilibrar o Direito bancário com o penal e com o fiscal, suavizando os regimes. Todas estas diretivas têm conduzido a alguma harmonização no espaço europeu, mas ainda há muitas diferenças entre ordenamentos, até pelos diferentes pontos de partida e características próprias de cada país.

Sobre a Diretiva, sublinhe-se ainda que prevê (i) um reforço das obrigações dos intermediários financeiros, especialmente quanto às PEP's; (ii) uma atenuação das exigências ao nível das hierarquias; (iii) a criação, ao nível dos Estados-Membros, de entidades independentes e autónomas; (iv) a proteção dos funcionários que hajam sido ameaçados ou vítimas de atos hostis; (v) a inclusão dos crimes fiscais no catálogo de infrações precedentes; (vi) o alargamento das possibilidades de imposição de sanções penais aos ordenantes ou beneficiários últimos pelos Estados-Membros; (vii) uma maior harmonização entre os Direitos daqueles estados; e (viii) regulamenta ainda aspetos das operações à distância.

Como temos referido, já estamos a aguardar pelos resultados das avaliações do GAFI, já esperamos novos instrumentos normativos a nível europeu (agora as Diretivas, quais mensagens da “Missão Impossível” quase preveem a sua autodestruição, numa versão reforçada da imagem dos iogurtes), os meios tecnológicos continuam avançar e a permitir não apenas controlar e prevenir o branqueamento, mas também branquear de formas novas, pelo que já estará a desenhar-se um 5G para o futuro, devendo esta apresentação ser bastante atualizada já no próximo ano. Antecipe-se ainda que o GAFI identifica três características da internet que a tornam particularmente “atraente” para o branqueamento e que devem ser enfrentadas em futuros instrumentos normativos: (i) a facilidade de acesso por qualquer um; (ii) a despersonalização do contacto cliente-banco; e (iii) a velocidade com que se dão as transações eletrónicas (com problemas quanto à identificação – sem confirmação, forjadas, acesso fácil por terceiros, que já terão começado a (tentar) ser enfrentadas, entre nós, pelo recentíssimo Aviso n.º 3/2017 do Banco de Portugal).

4. UMA LISTAGEM DOS DEVERES EM MATÉRIA DE PREVENÇÃO DO BRANQUEAMENTO

Não tendo aqui nem o tempo (nem o espaço!) para muito mais desenvolvimentos, não queria deixar de, neste texto, fazer breves referências aos deveres

que o legislador tem vindo a desenhar ao longo das últimas três décadas e a tentar aperfeiçoar em cada ciclo ou geração de diplomas.

A doutrina ainda não os tem classificado ou hierarquizado, mas parece-me que podemos encontrar: (i) deveres principais, que constituem o tronco essencial da prevenção (e cuja violação deverá ser mais severamente punida) e que têm de ser a prioridade de todas as instituições e têm de ser controlados diariamente; (ii) deveres acessórios que se verificam nos casos concretos e que são a base do controlo nos “casos de alarme” que devem ser detetados pelas campanhas instaladas através dos deveres principais); e (iii) deveres secundários, quanto à conformação de sistemas da própria instituição, elementos auxiliares e meios de apoio às estruturas internas e externas envolvidas na prevenção do branqueamento de capitais.

Assim, em poucas linhas, muito gerais:

4.1. Deveres principais (identificação, diligência, exame e comunicação)

a) Identificação

O dever de identificação vem previsto atualmente nos artigos 7.º e 8.º da Lei e nos artigos 9.º a 28.º do Aviso n.º 5/2013 (doravante meras referências a “Aviso” serão a este, tal como “Lei” será para a Lei n.º 25/2008), prevendo-se diretamente infrações relacionadas com a sua violação nas alíneas a) a c) do artigo 53.º da Lei. É o dever mais “antigo”, apareceu logo em 1993, e tem vindo a ser desenvolvido com exigências diferenciadas quanto a pessoas singulares, coletivas e centros sem personalidade jurídica. A maneira mais simples de verificar a identificação é pedir um bilhete de identidade, com uma determinada fotografia e ver que aquela carinha corresponde à pessoa que está atrás do cartão. Isto é mais fácil de compreender quando pensamos na relação ao balcão de um Banco. Quando começamos a ter sistemas *online* deixa de ser assim. Em primeiro lugar, porque é fácil enviar documentos de identificação falsos, em segundo lugar, porque é possível outra pessoa usar os meus dados por mim para branquear capitais seus (e eu depois defender-me dizendo que não fui eu, o que cria ainda mais dificuldades processuais). Também nestes domínios se sente a relativa infância destes regimes cruzada com a aceleração dos problemas que os avanços tecnológicos têm trazido, o que implica persistirem ainda muitas dúvidas e discussão). Por exemplo, quanto ao dever de identificação de pessoas coletivas a Lei ainda parece ser hoje algo dúbio, referindo o

cartão de identificação da pessoa coletiva e a certidão permanente. À cautela, julgo ser melhor exigir sempre essa certidão, porque a lei não refere um “ou”. Neste artigo, o legislador utilizou vírgulas, o que poderá dar a entender que precisaríamos das duas.

b) Diligência

Os deveres de diligência vêm previstos nos artigos 9.º a 12.º da Lei e nos artigos 29.º a 40.º do Aviso, prevendo-se diretamente infrações relacionadas com a sua violação nas alíneas d) a g) do artigo 53.º da Lei. Quanto à diligência, em geral, recorde-se que a diligência que é exigida é a mesma que é tida para conceder crédito (é preciso conhecer o cliente a fundo, a sua estrutura e “quem é que manda”). Estes deveres estão ainda ligados ao conceito de PEP’s previsto na alínea 6) do art. 2.º da Lei, que é um dos conceitos que vai ser alargado com a transposição da Diretiva de 2015, designadamente para o fenómeno desportivo, muito em resposta e no contexto dos casos recentes no mundo do futebol. O Direito tem esta reatividade (muito perigosa) quer em Portugal, quer a nível europeu, e tenta responder rapidamente aos casos que acabaram de acontecer (daí parecer-nos fácil relacionar a Diretiva com os casos da FIFA que têm estado nos telejornais) e alguns preceitos parecem feitos “à medida”, o que é um ótimo exemplo de uma má maneira de fazer leis. Há uma lista grande de PEP’s, referindo-se os titulares de cargos públicos, de tribunais, ou pessoas que os ocuparam até há um ano atrás e ainda toda a sua família alargada. Nestes casos, a justificação já é da luta contra a corrupção. Em Portugal ainda não alargámos totalmente estes âmbitos e conceitos, mas vamos ter de o fazer, aumentando o catálogo de PEP’s para lidar com a quarta Diretiva. Se, por um lado, faz sentido, dado o contexto, por outro, também implica custos sociais e é um pouco assustador e desincentivador para estimular o serviço público (sem aprofundar mais esta discussão que tem de ser tida de todo o modo!)

Quanto ao dever de diligência, tem basicamente cinco subdeveres: (i) compreender a estrutura do cliente, (ii) compreender o fim do negócio, (iii) compreender a origem e o destino dos fundos, (iv) acompanhar e manter um olhar atento durante a relação de negócio (aquilo que se tem aprendido com a experiência é que os bancos e as entidades obrigadas tinham muitos cuidados no início e durante o estabelecimento da relação e, depois, ao longo da relação, deixavam de ser tão cuidadosos, podendo verificar-se os atos de branqueamento mais tarde, pelo que se deve insistir neste acompanhamento – para evitar os casos

em que os branqueadores começavam uma relação boa e saudável com os seus bancos, ganhavam confiança e, passado determinado período de tempo, iniciavam a prática de atos relevantes quando já não havia a mesma diligência), e, por fim, (v) a necessidade de ir atualizando as informações, com cópias ou digitalizações dos cartões de identificação que, muitos de nós, como clientes bancários, não nos temos visto serem solicitadas. Esta matéria da atualização de informações pode não andar a ser bem controlada (nem pelos bancos, nem por supervisores), mas, mais cedo ou mais tarde, certamente irá ser. Têm aumentado as formas de controlo pelo que, ainda que estes deveres de diligência não tenham total aplicabilidade prática, pelo incremento de respostas sancionatórias – de *enforcement*, em mais uma linda palavrinha estrangeira – vão passar a ter de ter, pelo que urge verificar melhor internamente o cumprimento destes deveres.

O dever de diligência vem melhor detalhado nos artigos 10.º e seguintes da Lei n.º 25/2008, a adequação ao grau de risco (no 10.º), o dever simplificado (no 11.º) e o dever reforçado (no 12.º). O dever de diligência simplificado tem a ver com as instituições cujo controlo já foi feito noutros Estados-Membros, em nome de um funcionamento mais célere e eficaz do mercado, designadamente quando os bancos estão a negociar com bancos que têm sede num outro Estado-Membro, pelo que não faz sentido terem as mesmas exigências e cuidados porque as autoridades de supervisão bancária irmãs já terão feito a verificação necessária, também é assim com algumas sociedades cotadas. O dever de diligência reforçado serve para as pessoas politicamente expostas ou para casos em que se já se começaram a levantar suspeitas.

c) *Exame*

Muito sinteticamente, o dever de exame vem previsto no artigo 15.º da Lei e no artigo 50.º do Aviso, prevendo-se diretamente infrações relacionadas com a sua violação nas alíneas l) e m) do artigo 53.º da Lei, tem uma série de elementos caracterizadores previstos no n.º 2 do artigo 15.º e que implicam, para cada transação acima de determinado montante, comunicação.

d) *Comunicação*

Para olhar para o dever de comunicação, interessa relembrar o que atrás foi dito em relação aos três modelos de comunicação em matéria de prevenção do branqueamento de capitais, tendo Portugal o modelo misto, que implica comunicação de todas as operações acima de determinado montante

ou com determinadas características, bem como uma “sinalização” das operações suspeitas.

O dever de comunicação português vem previsto no artigo 16.º da Lei e no artigo 51.º do Aviso, prevendo-se diretamente infrações relacionadas com a sua violação nas alínea n) ou ae) do artigo 53.º da Lei. Prevê-se que operações suspeitas devem ser comunicadas de imediato ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira (UIF)⁴⁵, que trabalha ainda com o DCIAP, e trata da confirmação judicial da suspensão de operações. Nos termos do artigo 38.º da Lei n.º 25/2008, têm ainda competências de fiscalização do cumprimento de deveres de prevenção o Banco de Portugal, a CMVM, a ASSFP e o IGTCP (quanto a entidades financeiras) entre outras, como a ASAE, o Instituto da Construção e do Imobiliário, o Serviço de Inspeção e Jogos do Turismo de Portugal e ainda o Instituto de Registos e Notariado, a Câmara dos Solicitadores e a Ordem dos Advogados.

4.2. Deveres acessórios (recusa, abstenção e colaboração)

Relacionados com estes deveres principais, vêm outros deveres acessórios, que emergem a partir do momento em que se deteta uma operação suspeita ou “perigosa”. A partir desse momento não podemos dar seguimento à operação e devemos colaborar com as autoridades.

e) Recusa vs. abstenção

O dever de recusa vem previsto no artigo 13.º da Lei e no artigo 48.º do Aviso, prevendo-se diretamente infrações relacionadas com a sua violação nas alíneas h) e i) do artigo 53.º da Lei. Por seu lado, o dever de abstenção decorre do artigo 17.º da Lei e do artigo 52.º do Aviso, prevendo-se diretamente infrações relacionadas com a sua violação nas alíneas o) e p) do mesmo artigo 53.º da Lei. A abstenção está relacionada com o dever de não dar seguimento a uma operação quando marcamos essa operação como suspeita, apesar de termos todos os elementos necessários para a efetuar (todas as informações do cliente, o que nos foi fornecido pelo mesmo, dão a aparência de que é uma

45 Sobre esta unidade, v. desde logo Pedrosa, 2004: 9-16. A UIF é essencial neste combate, foi incluída na orgânica da Polícia Judiciária em 2002 e está hoje definida na Lei n.º 37/2008, tendo as competências descritas no Decreto-Lei n.º 42/2009, é a Autoridade central nacional competente para a recolha, análise e difusão da informação relativa a BCFT (hoje também infrações tributárias de maior gravidade, com a AT), trabalha com as todas as autoridades portuguesas (Ministério Público e de supervisão), nos termos da Lei n.º 25/2008. De acordo com as estatísticas que vem tornando públicas, o número de comunicações feitas (sujeitas a confidencialidade) tem vindo a aumentar.

“boa” operação). Já o dever de recusa impõe-se quando faltam alguns dos elementos exigidos quanto a uma operação ou cliente, designadamente em matéria de identificação, estando completamente obrigados a não levar em frente a operação.

O dever de abstenção tem algumas particularidades. Se a recusa é uma decisão interna do banco (a que este está obrigado), a abstenção não, decorre de uma comunicação a um juiz, que tem um prazo para se pronunciar – o que está ligado quer à necessidade de celeridade no mercado financeiro, quer à necessidade de manter a relação de confiança entre o banco e o cliente. O banco tem de ter a resposta no prazo de 2 dias úteis, caso contrário, tem de avançar. O juiz confirma a suspensão da transação ou não e, nesse caso, a mesma prossegue e o cliente ficará sem conhecer as suspeitas que levantou e mantém-se a boa relação entre o banco e o cliente (poderia ser preferível a escolha do termo interrupção em vez de suspensão, uma vez que, confirmando o juiz a decisão, ela acaba ali e não regressará nunca). Há uma outra possibilidade muito interessante neste regime que é manter a operação, para que o cliente investigado não saiba e se possam recolher mais elementos e fazer uma boa investigação criminal. Esta é uma boa prática que deve ser discutida entre os interlocutores do banco, o Ministério Público e o juiz. Podem-se assim seguir os casos de branqueamento através do mercado financeiro. Parece-me que há vantagens nestas decisões por três argumentos: se fosse juiz de instrução teria muita dificuldade em mandar suspender uma transação no quadro do artigo 17.º da Lei 25/2008 porque isso serve quase como um aviso ou alerta ao investigado, sem se poder acompanhar os seus comportamentos seguintes com o trabalho já feito de deteção da operação suspeita pelo banco; por outro lado, porque implica logo uma violação da relação de confiança entre o banco e o cliente – julgo que não queremos que os clientes saibam que os estamos a analisar ou que fiquem a pensar nos bancos como polícias, queremos que os bancos saibam que têm de analisar, mas os clientes não têm de “sentir” isso de perto; por fim, em termos de proporcionalidade também poderá haver aqui um desequilíbrio que deve pender para a manutenção preferencial das operações (a não ser quando se suspeite de que os capitais transferidos irão ser usados para a prática de novos ilícitos).

f) Colaboração

Muito sinteticamente, o dever de colaboração implica que se o Ministério Público ou a UIF pedirem alguma informação a uma instituição de crédito,

esta tem de responder, e a resposta tem de ser rápida e possível através de sistemas internos céleres e eficazes. Este dever de colaboração vem previsto nos artigos 18.º e 28.º da Lei e no artigo 53.º do Aviso, prevenendo-se diretamente uma infração relacionada com a sua violação na alínea q), mas também as mais recentes alíneas aa) e ab) parecem concretizar este dever (todas do artigo 53.º da Lei). Mas guardemos uns últimos aspetos sobre este dever para o final, por nos parecer aquele que melhor representa as várias tensões que estes regimes comportam.

4.3. Deveres secundários (controlo, conservação, segredo e formação)

Por fim, relacionados aqueles deveres principais, surgem outros deveres secundários, mais relacionados com a estrutura e o funcionamento dos bancos e a sua participação nos grandes sistemas de prevenção do branqueamento. Porque o tempo foge, façamos-lhe brevíssimas referências.

g) Controlo

O dever de controlo vem previsto no artigo 21.º da Lei e merece um dos capítulos no Aviso, encontrando-se também previsto nos artigos 41.º (sistema de controlo), 42.º (quanto às responsabilidades do órgão de administração nesta matéria), 43.º (relativo à função de “*compliance*”, que este legislador persiste em não querer traduzir), 44.º (quanto aos testes de efetividade) e 45.º (relativo a relações de grupo) prevenendo-se diretamente apenas uma infração relacionada com a violação na alínea t) do artigo 53.º da Lei, mas havendo aqui espaço para muitas violações dos procedimentos previstos nestas normas. Exige-se que os bancos definam e apliquem “políticas e procedimentos adequados ao cumprimento dos deveres previstos” (seja lá o que essa adequação quiser significar – temos claramente aqui um exemplo de indeterminação perigosa, especialmente em Direito que também quer ser sancionatório – o esforço de tentar enfrentar essa indeterminação, ainda que com a previsão de verdadeiros novos deveres, é do que mais se pode elogiar ao Aviso n.º 5/2013, nesta matéria⁴⁶).

h) Segredo

Já o delicado dever de segredo em matéria de branqueamento vem previsto no artigo 19.º da Lei e no artigo 54.º do Aviso, prevenendo-se diretamente duas infrações relacionadas com a sua violação nas alíneas r) e s) do artigo 53.º da

46 Em sentido parcialmente divergente, v. o já referido Matta, 2015, v. em especial loc 2610 e ss.

Lei, que obrigam ao silêncio sobre todos os atos de prevenção em relação ao cliente (ou a quaisquer terceiros que não a própria PGR ou UIF a quem se tem de comunicar) e mesmo, diríamos, a ser excelentes atores, sob pena de praticar aquelas infrações.

i) Conservação

O dever de conservação é dos mais “antigos”, vem previsto no artigo 14.º da Lei e no artigo 49.º do Aviso, exigindo-se que as cópias ou referências dos documentos comprovativos do cumprimento dos restantes deveres sejam conservadas, quanto à diligência e informação pelo menos por 7 anos (exigindo-se também acessibilidade e bons sistemas informáticos para a consulta), e prevendo-se diretamente uma infração relacionada com a violação deste dever na alínea j) do artigo 53.º da Lei.

j) Formação

O dever de formação vem previsto nos artigos 22.º e 37.º da Lei e merece outro dos capítulos autónomos do Aviso, encontrando-se também previsto nos artigos 46.º e 47.º (que obrigam à previsão de uma política formativa e ao registo das ações realizadas nesse sentido), prevendo-se ainda diretamente apenas uma infração relacionada com a violação na alínea u) do artigo 53.º da Lei. A verificação do cumprimento deste dever não deixa de parecer difícil (será que os colaboradores, funcionários e administradores dos bancos podem ser testados com perguntas quanto a este tipo de regimes? Basta o registo de que houve uma formação? Diria que este dever é quase um convite para apresentações como aquela que agora terminamos e que esperamos que sirva para que se pratique menos a infração da alínea u)⁴⁷.

5. NOTAS FINAIS (E O GRANDE PROBLEMA DO DEVER DE COLABORAÇÃO)

Para concluir, retomemos a discussão sobre previsão do dever de colaboração, em particular ou mesmo como dever geral, que é uma matéria que deve levantar importantes questões, com as quais me parece adequado terminar esta sessão.

47 Noutros ordenamentos, têm sido os próprios operadores e agentes a desenvolver manuais de boas práticas, ou “handbooks” de *AML officers*, que contêm boas soluções que, com as devidas adaptações, poderíamos importar para os nossos ordenamentos jurídicos. V., por exemplo, Grossey, 2011; Lormel, 2013; Unger & Van der Linde, 2013; Duyne, 2013: 235-266; Cox, 2014; Sullivan, 2015; Hamilton, 2017. E, mais perto de nós, interessa ver ainda Mallada Fernández, García Díez & López Ruiz, 2015.

Os artigos 18.º e 28.º da Lei parecem conter quase um dever geral de denúncia e ter a capacidade de fazer de qualquer banco e seus funcionários investigadores, sendo eventualmente demasiado amplos quanto à exigência de colaboração com as autoridades. Quanto a tudo o que temos falado, o Estado decidiu transformar (e isto aconteceu em muitos Estados “desenvolvidos”) as entidades financeiras e não financeiras em colaboradores de primeira linha no combate ao branqueamento de capitais. Os primeiros “polícias” nesta matéria são eles. Há quem critique muito estas soluções. Como fizemos referência no início, na Suíça pode-se ler mais sobre isto. Quase em jeito de caricatura ouvimos afirmar: *“estamos a transformar os bancos em bufos!”*, *“estamos a fazer dos nossos funcionários denunciadores”*. As críticas e as dificuldades de implementar estes regimes também se podem perceber pelo contexto sociológico e histórico em que surgem. Tanto o Direito alemão como o suíço têm e vivem ainda alguns traumas da Segunda Guerra Mundial, do pós-guerra, e das polícias secretas que por lá atuaram, antes e depois da Guerra, ainda estando bem nítida a imagem forte de haver, em cada prédio, um vizinho que denunciava os outros vizinhos. Assim, hoje em dia, a previsão de um dever geral de denúncia é uma coisa que é bastante criticável na Alemanha. E o Direito sancionatório alemão tem sido muito contrário a tentativas desse tipo. Em Portugal não sentiremos tanto esta tensão, mas também somos culturalmente, e desde pequeninos, ensinados a não gostar de “bufos” ou “queixinhas”. Os meninos que estão a apontar para os outros a dizer “aquele fez mal”, fez isto ou aquilo, não são tão socialmente aceites e não sei mesmo se são comportamentos que devemos incentivar numa sociedade que se quer de confiança mútua. E o Direito, especialmente o penal e sancionatório, é muito influenciado por estas pré-compreensões. Numa formulação muito levezinha, uma das maiores críticas que se têm feito a estes regimes é essa: estaremos a transformar os nossos bancos em bufos? E, contra a vontade ou cultura deles, isso funcionará? Por outro lado, temos argumentos para atenuar os deveres a que estamos obrigados, tanto pelos deveres relativos ao sigilo bancário, como quanto aos princípios constitucionais que podem ser invocados para a defesa do não cumprimento dos deveres previstos na lei n.º 25/2008 ou para a defesa de que, em dúvida, não devemos comunicar. Porquê? Porque estamos a pôr em causa a nossa relação de confiança com os nossos clientes, essencial para o Direito bancário. Mas este problema é ainda mais fácil de perceber quando estamos a falar de advogados, basta imaginar o caso do cliente que se está a expor para que possa ser defendido. Por essas razões, existem normas próprias para os advogados e solicitadores, prevendo-se

um duplo degrau: não é o advogado que deve fazer o reporte diretamente à UIF ou PGR, é a Ordem dos Advogados, o Bastonário ou alguém em seu nome (cf. o artigo 35.º da Lei). Assim, como advogados, temos de comunicar as suspeitas à Ordem, que as vai analisar também, para não serem só uns olhos a “suspeitar” e melhor garantir o sigilo profissional, mas estas cautelas não têm recebido equivalentes para outras profissões ou classes de intervenientes nos mecanismos de prevenção do branqueamento.

No caso dos bancos, é fácil perceber para onde têm vindo a pender as decisões, os bancos têm, e bem, medo de incorrer em responsabilidade contraordenacional, com receio de que mesmo os seus funcionários incorram diretamente em responsabilidade desse tipo pelo que, em dúvida, acabam a expor os seus clientes. Mas isto é uma tensão constante. Não há só custos financeiros e estruturais – de montar unidades pesadas dentro dos bancos –, há também elevados custos de confiança no sistema que, dentro destes quadros, passa a funcionar numa lógica de desconfiança (isto eventualmente serão mesmo problemas de Filosofia do Direito a que, é pena, também não temos nem espaço nem tempo para nos dedicar aqui).

Outro aspeto a apontar quanto ao dever de colaboração, no quadro dos sistemas de controlo interno e/ou de *compliance*, é o tipo de linguagem utilizada na legislação ou regimes que os detalham, que implicam muitas dificuldades. Sempre que preciso de ver o que é um “sistema adequado” ou um “sistema que permita uma resposta pronta e cabal” isso é, para mim, muito difícil de perceber o que é na prática. Se não existir um sistema adequado, devemos aplicar uma coima. Agora, o que é que é um “sistema pronto e cabal”? Para quem aplica direito sancionatório isto deveria ter, à partida, uma resposta inequívoca (ainda que, como também já fiz referência, o Direito da prevenção do branqueamento tenha de permitir, pelas suas características e maleabilidade, Direito sancionatório com mais indeterminação).

Mas a defesa de violações destes deveres tem sempre esta vantagem em relação à investigação ou sancionamento (que continuo a preferir a *enforcement*). No entanto, parece-me que, nestas áreas, a não ser que se viole os comportamentos descritos, não quanto aos deveres, mas nas contraordenações, pode haver muitas zonas de não punibilidade. O que acaba por implicar que, até ao artigo 53.º da Lei n.º 25/2008 só haja recomendações e depois, aí, os verdadeiros deveres (infrações correspondentes aos deveres). Como vimos, o número de tipos de infrações é bem superior aos onze deveres que aqui procurámos apresentar e cujo maior detalhe decorre da previsão das contraordenações. Em jeito de

síntese e de conselho, se eu tivesse um banco (e só me preocupasse com branqueamento!), a primeira coisa que fazia era mostrar aos meus colaboradores o artigo 53.^o⁴⁸ para que todos comessem a saber o que não se pode mesmo fazer nesta terceira, quase quarta, a caminho da quinta, geração de prevenção do branqueamento de capitais.

48 Já em jeito de atualização para a Lei n.º 83/2017, publicada e entrada em vigor enquanto este texto se encontrava em curso de publicação, o artigo que corresponde ao “velho” 53.º é o ainda maior artigo 169.º da nova lei, ótimo ponto de partida para novas análises dos deveres de branqueamento verdadeiramente 4G.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.

2010 *Branqueamento de capitais e injusto penal: análise dogmática e doutrina comparada Luso-Brasileira* (coord.: Luciano Nascimento Silva e Gonçalo de Melo Bandeira), Lisboa: Editorial Juruá, 2010.

2014 *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto* (a cura di Ranieri Razzante), Milano: Giuffrè Editore, 2014.

2016 *The new anti-money laundering law*, (ed. Domenico Siclari), Heidelberg: Palgrave Macmillan.

AMATURO, Alfonso

2014 “La regolamentazione internazionale contro il finanziamento del terrorismo”, in *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, Milano: Giuffrè Editore, pp. 115 a 135.

ASCENSÃO, José de Oliveira

1999 “Branqueamento de capitais: reacção criminal” in Menezes Cordeiro, António (coord.), *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 337-358.

AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS

2017 Parecer relativo à proposta da Comissão que altera a Diretiva (UE) 2015/849 e a Diretiva 2009/101/CE – Acesso a informações sobre os beneficiários efetivos e implicações para a proteção de dados, disponível *online* em https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/anti-money-laundering_en.

AZEVEDO, Maria Eduarda

1991 “O segredo bancário e o branqueamento de capitais: a posição da CEE”, in *Fisco*, Lisboa, a. 3, n.º 35, pp. 3-5.

BARBETTI, Mirko

2014 “Il riciclaggio di denaro negli Stati Uniti”, in AA.VV., *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, (a cura di Ranieri Razzante), Milano: Giuffrè Editore, pp. 357-405.

BORRELLO, Italo

2014 “Il ruolo dell’unione europea nel controllo dei capitali di provenienza illecita”, in *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, (a cura di Ranieri Razzante), Milano: Giuffrè Editore, pp. 159-178.

BRANDÃO, Nuno

2002 *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*, Coimbra: Coimbra Editora.

BUCAIONI, Katia

2014 “L’ordinamento antiriciclaggio in Gran Bretagna”, in AA.VV., *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, (a cura di Ranieri Razzante), Milano: Giuffrè Editore, pp. 253-284.

CAMPOS, António de

1990 “Luta contra a lavagem do dinheiro: participação do sistema financeiro nessa luta”, in *Revista da Banca*, Lisboa, n.º 15, (Jul.-Set), pp. 127-165.

CANAS, Vitalino

2004 O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão, Coimbra: Almedina.

CISTERNA, Alberto

2014 “Lo stato della città del Vaticano”, in AA.VV., *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, (a cura di Ranieri Razzante), Milano: Giuffrè Editore, pp. 547-589.

COSTA, José de Faria

1992 “O branqueamento de capitais: algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 68, pp. 59-86.

2014 “A protecção penal contra o branqueamento de capitais em Portugal”, in AA.VV., *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, coord: Miguel Abel Souto, Nielson Sánchez Stewart, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 217-226.

COX, Dennis

2014 *Handbook of Anti-Money Laundering*, Chichester, West Sussex: Wiley.

CARNOTA, Enrique Gómez-Reino

2014 “Aspectos administrativos de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo”, in SOUTO, Miguel Abel & STEWART, Nielson Sánchez (coord.), *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 79-103.

DUARTE, Jorge Dias

2004 “Lei n.º 11/2004, de 27 de Março: o novo crime de branqueamento de capitais, consagrado no artigo 368º-A do Código Penal”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 25, n.º 98 (abr-jun), pp. 129-144.

DUYNE, Petrus C. Van

2013 “Greedy of crime-money: the reality and ethics of asset recovery”, in VAN DUYNÉ, Petrus C. (ed.), *Corruption, greed and crime money: sleaze and shady*

economy in Europe and beyond, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, pp. 235-266.

ESTRAFALLACES, Giampaolo & BUCAIONI, Katia

2014 “L’ordinamento antiriciclaggio in Francia”, in AA.VV., *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, (a cura di Ranieri Razzante), Milano: Giuffrè Editore, pp. 285-323.

FERREIRA, Eduardo Paz

1999 “O branqueamento de capitais”, in MENEZES CORDEIRO, A. (coord.), *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 303-319.

FISICARO, Emanuele

2014 “La propuesta de la cuarta directiva de la UE y las recomendaciones GAFI”, in AA.VV., *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, coord: Miguel Abel Souto, Nielson Sánchez Stewart, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 61-78.

FOLGADO, António

2004 “Cooperação internacional no combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo: perspectivas”, in *Polícia e Justiça*, Barro, S. 3, pp. 69-82.

GILMORE, William C.

2011 *Dirty money: the evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, 4.^a ed., Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 2011.

GROSSEY, Susan

2011 *Suspicious Activity: The adventures of a Money Laundering Reporting Officer – Part 1*, Amazon Digital Services LLC, ebook.

HAMILTON, Paul

2017 *Anti Money Laundering and Financial Crime: short stories*, Amazon Digital Services LLC, ebook.

HARVEY, Jackie

2013 “AML and the political power weight”, in VAN DUYNE, Petrus C. (ed.), *Corruption, greed and crime money: sleaze and shady economy in Europe and beyond*, (ed.), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, pp. 211-233.

INÁCIO, António José André

2004 “A criminalidade de colarinho branco: considerações sobre a sua repressão, prevenção e combate”, in *Polícia e Justiça*, Barro, S. 3, pp. 131-166.

IOANNIDES, Emmanuel

2014 *Fundamental principles of EU law against money laundering*, Farnham: Ashgate.

JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco

2015 La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: interacciones evolutivas en un Derecho internacional global, Granada: Editorial Comares.

JÚDICE, José Miguel

2002 *Advogados e branqueamento de capitais*, disponível em <https://www.publico.pt/espaco-publico/jornal/advogados-e-branqueamento-de-capitais-176942>.

KHAN, Sana

2016 “The Fourth AML Directive and the EU’s Approach to Data Protection: A Precautionary Warning”, artigo disponível *online* em <http://www.acamstoday.org/fourth-aml-directive-eus-approach-to-data-protection/>.

LANGLOIS, Delphine

2013 “The revision of the EU framework on the prevention of money laundering”, in *EUCRIM, The European Criminal Law Associations’ Forum*, n.º 2, Freiburg, pp. 96-98.

LEITE, André Lamas

2013 “Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?”, in *Infrações económicas e financeiras = Economic and financial offences*, (coord. José Neves Cruz), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 461-477.

LONGCHAMP, Olivier & HERKENRATH, Mark

2013 “Money laundering, liability and sanctions for financial intermediaries: the issue of having the assets of politically exposed persons in Switzerland”, in *Emerging trends in asset* (coord. Gretta Fenner Zinkernagel), Basel Institute on Governance, Bern: Peter Lang, pp. 127-136.

LORMEL, Dennis M.

2013 *The Saga of an AML Compliance Officer*, Amazon Digital Services LLC, ebook, 2013.

MACHADO, Miguel Pedrosa

1990 “Breve nota sobre o direito penal vigente em matéria de droga”, in *Tribuna da justiça*, Lisboa, n.º 3, (Abr.-Maio), pp. 78-80.

MAGISTRO, Stella

2014 “Riciclaggio e normativa di contrasto in Spagna”, in AA.VV., *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, (a cura di Ranieri Razzante), Milano: Giuffrè Editore, pp. 325-343.

MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga, GARCÍA DÍEZ, Claudio & LÓPEZ RUIZ, Francisco José

2015 *Guía práctica de prevención del blanqueo de capitales*, Valladolid: Lex Nova.

MIHAELA, Sandulescu

2013 “Reconciling the anti-money laundering compliance duties and the commercial objectives of the bank”, in *Corruption, greed and crime money: sleaze and shady economy in Europe and beyond*, (ed. Petrus C. van Duyne), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, pp. 185-209.

MARTINS, A. G. Lourenço

1994 *Droga e direito: legislação, jurisprudência, direito comparado e comentários*, Lisboa: Editorial Notícias.

MASCIANDARO, Donato & FILOTTO, Umberto

2001 “Money Laundering Regulation and Bank Compliance Costs: what Do Your Customers Know? Economics and Italian Experience”, in *Journal of Money Laundering Control*, apenas com resumo disponível *online* em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=279010.

MATTA, Paulo Saragoça da

2015 “Quando o Estado prefere a coima à pena”, in *Política e Corrupção, Branqueamento e Enriquecimento*, Lisboa: Chiado Editora, *ebook*, locs 2232-3435.

MENDES, Paulo de Sousa, REIS, Sónia & MIRANDA, António

2014 “A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?”, in PALMA, M. F. (coord.), *Direito da investigação criminal e da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 51-65.

NEVES, Alfredo Castanheira

2004 “Reflexos do Novo Regime Jurídico de Prevenção e Repressão do Branqueamento de Capitais sob a Perspectiva do Advogado Segredo Profissional – Lei nº 11/2004, de 27 de março”, artigo disponível *online* em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=1&idsc=30347&ida=30375.

OLIVEIRA, J. Jesus

2004 “A actividade financeira e a prevenção e investigação do branqueamento”, in *Polícia e Justiça*, Barro, S. 3, pp. 17-25.

PAÚL, Jorge Patrício

1999 “A legislação portuguesa sobre branqueamento de capitais e as suas repercussões no exercício da actividade bancária” in *Estudos de Direito Bancário* (coord. António Menezes Cordeiro), Coimbra: Coimbra Editora, pp. 321-336.

PEDROSA, Sílvia

2004 “Unidade de informação financeira”, in *Polícia e Justiça*, Barro, S. 3, pp. 9-16.

RAMOS, Maria Célia

2004 “Desenvolvimentos recentes em matéria de prevenção do branqueamento de capitais: GAFI e União Europeia”, in *Polícia e Justiça*, Barro, S. 3, pp. 55-68.

RAZZANTE, Ranieri & BORRELLO, Italo

2014 “La normativa antiriciclaggio in Italia: genesi e sviluppi”, in AA.VV., *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, (a cura di Ranieri Razzante), Milano: Giuffrè Editore, pp. 179-238).

RAZZANTE, Ranieri, BORRELLO, Italo & LA ROCCA, Laura

2014 “La necessità di un approccio multidisciplinare al ‘fenomeno riciclaggio’”, in *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, Milano: Giuffrè Editore, 2014, pp. 3 a 71.

RAZZANTE, Ranieri & DE PALMA, Domenico

2014 “La disciplina penale del riciclaggio in Germania”, in AA.VV., *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, (a cura di Ranieri Razzante), Milano: Giuffrè Editore, pp. 239-252.

RIZZARDI, Raffaele

2014 “Lo scambio di informazioni a scopo fiscale: il transparency forum dell’ocse, i tica e l’integrazione dell’articolo 26 dei trattati e la convenzione multilaterale del modello di convenzione”, in *Il riciclaggio come fenomeno transnazionale: normative a confronto*, (a cura di Ranieri Razzante), Milano: Giuffrè Editore, 137-156.

SATULA, Benja

2010 *Branqueamento de capitais*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

SANTIAGO, Rodrigo

1994 “O branqueamento de capitais e outros produtos de crime: contributos para o estudo do Art.º 23, do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro e do regime de prevenção da utilização do sistema financeiro no branqueamento: Decreto-Lei N.º 313/93, de 15 de Setembro”, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Lisboa, a. 4, n.º 4, (Out.-Dez), pp. 497-560.

SEMEDO, Daniel Fernandes

2015 *A restrição ao sigilo bancário decorrente do regime de branqueamento de capitais: ponderação de Interesses*, dissertação de mestrado em ciências jurídicas empresariais da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

SILVA, Germano Marques da

2007 “Notas sobre branqueamento de capitais em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal”, in MENEZES CORDEIRO, A. (coord.), *Prof. Doutor*

Inocêncio Galvão Telles: 90 anos: homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra: Almedina, pp. 451-474.

SIMÕES, Euclides Dâmaso

2006 “A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a. 16, n.º 3, (Jul.-Set.), pp. 423-474.

STEWART, Nielson Sánchez

2014 “La ardua labor del abogado: dificultades con las que se encuentra la abogacía española en el cumplimiento de la legislación antiblanqueo”, in SOUTO & STEWART (coord.), *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 15-43.

STRATENWERTH, Gunter

2002 *A luta contra o branqueamento de capitais por meio do direito penal: o exemplo da Suíça*, (trad.: AUGUSTO SILVA DIAS), Lisboa: Universidade Lusíada.

SULLIVAN, Kevin

2015 *Anti-Money Laundering in a nutshell: Awareness and Compliance*, Apres, ebook.

UNGER, Brigitte & VAN DEN BROEK, Melissa

2014 “Implementing international conventions and the third EU directive”, in AA.VV., *The economic and legal effectiveness of the European Union’s anti-money laundering policy*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 46-61.

UNGER, Brigitte & VAN DER LINDE, Daan

2013 *Research handbook on money laundering*, Cheltenham: Edward Elgar.

VAN DEN BROEK, Melissa

2014 “Harmonization of substantive norms in preventative AML”, in AA. VV., *The economic and legal effectiveness of the European Union’s anti-money laundering policy*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 20-45.

O AGENTE INFILTRADO EM DUELO COM O CONTRADITÓRIO: ASPECTOS CRÍTICOS DE SEU RELATÓRIO E DEPOIMENTO*

Nivaldo Machado Filho

ABSTRACT: The present paper looks at the undercover agent, mainly in relation to his report and to the trial hearing; it argues that, in Portugal as well as in Brazil, both means are subject to the rule of law, and as such, they have to comply with a body of legal rules in order to be accepted and evaluated by the judge. Yet, we establish that, even under some level of sacrifice of fundamental rights, the use of this method of gathering evidence is legitimate and efficient to face organized, transnational and hideous crimes, including terrorism, all according to constitutional cornerstone principles, namely human dignity and also adversary proceedings, full defence and proportionality in a delicate balance among the rights of liberty, public welfare and criminal justice efficiency.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O caso ‘infiltrado americano’ sob a luz dos instrumentos internacionais: a ação infiltrada e a provocadora, e um voo de pássaro sobre territórios estrangeiros. 3. O relatório de atividades produzido ‘nas brumas’ pelo agente infiltrado. 3.1 A forma e o conteúdo do relatório. 3.2. Juntar ou não juntar – a questão hamletiana –: as posições jurisprudenciais e os regimes jurídicos em Portugal e no Brasil. 4. A comparência do agente das ‘sombras’ em audiência na condição de testemunha. 4.1 A comparência do agente das ‘sombras’ em audiência como testemunha: facultatividade ou obrigatoriedade?. 4.2. As estratégias de proteção: critérios, condições e limites para este depoimento. 5. O valor probatório atribuível ao relatório e depoimento do agente infiltrado e a colisão entre bens jurídicos fundamentais. 5.1 O (des)prestígio probatório do relatório e do depoimento do AI: o contraditório, nos sistemas jurídicos brasileiro e português. 5.2 A vida do AI, o dever de prover uma justiça penal eficaz e o direito ao contraditório: a ponderação frente a esta colidência de bens e a salvaguarda do núcleo inexpugnável da dignidade da pessoa humana. 6. A análise do caso ‘infiltrado americano’, à face do acórdão do STJ. 7. Conclusão.

* O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao relatório apresentado no curso de mestrado em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

1. INTRODUÇÃO

O agente infiltrado – doravante denominado AI – é um dissimulado e um fingidor ou um legítimo interveniente da investigação e do processo penal? De efeito, no seu proceder, o agente das sombras reanima a tensão entre seus defensores e detratores no domínio da dogmática processual penal. Desse panorama exsurtem problemas: as peculiaridades da atividade do AI, sob as brumas do sigilo, colidem com direitos fundamentais do suspeito, de modo a violar as garantias do processo justo e equitativo? É mais poder-se-ia indagar: o AI, ao empregar o engano, compagina-se com a observância das garantias do devido processo legal?; e, mais especificamente, o relatório por ele confeccionado deverá submeter-se ao escrutínio do contraditório?; a junção deste documento aos autos é obrigatória em Portugal e no Brasil?; caso afirmativo, em que momento deverá ela ser procedida?; o AI deverá prestar depoimento como testemunha por ocasião da audiência de julgamento, para esclarecer o teor de seu relatório?; a que medidas especiais ele terá direito para a sua comparencia em Juízo?; poderá recusar-se a fazê-lo?

Seja no domínio da *civil law*, seja no domínio da *common law*, em qualquer dos sistemas penais compendiados, – o acusatório ou adversarial – a ampla defesa e o contraditório são pedras angulares e princípios reitores inescapáveis. Propugnamos que o sistema processual penal vigorante, quer em Portugal, quer no Brasil, deve estabelecer a calibragem entre a defesa individual e a defesa social, sob a égide do *due process of law* e à luz do catálogo dos direitos e garantias fundamentais insculpido nas respectivas Constituições. Nomeadamente em tema de métodos extraordinários de aquisição de prova¹, mediante o emprego do AI – medida cujos contornos ainda não cessaram de causar dúvidas e perplexidades assim na Doutrina como na Jurisprudência brasileira e portuguesa.

Nesse sentido, pois, este método de investigação criminal, com perfil e natureza próprios – e os meios de provas consistentes no relatório por ele elaborado e no depoimento por ele prestado – não podem forrar-se aos influxos do devido processo legal, notadamente do contraditório. Dessarte, a partir da Convenção de Palermo, da CEDH, acórdãos da lavra do STJ de Portugal, e bem ainda do STF do Brasil e do TEDH, e, por fim, de par com normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras e lusitanas, sustentamos a necessidade e a pertinência do ‘dizer’ e do ‘contradizer’ no âmbito de um processo penal retórico,

1 Taruffo, 2011: 90-92. Prova é o instrumento de que dispõem as partes para determinar se as alegações concernentes aos fatos são verdadeiras; parte-se da premissa de que, no processo, é possível, à luz de critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica dos fatos.

susceptível de sediar colisões de bens fundamentais, como indissociável corolário na moldura de um Estado Democrático e Social de Direito.

No primeiro capítulo, sintetizaremos o caso ‘infiltrado americano’, – julgado pelo STJ, e enfatizaremos a relevância do AI na aquisição de prova, que desafia, em duelo permanente, os postulados fundamentais da tradição garantística da dogmática do direito processual penal, assim em Portugal como no Brasil, sem perder de vista um voo de pássaro do nosso agente em territórios estrangeiros. No segundo, enfrentaremos o relatório confeccionado pelo AI – deve ou não ser feita a sua junção aos autos do inquérito? –, apontando as soluções adotadas pelos ordenamentos brasileiro e português frente a esse drama *hamletiano*. No terceiro capítulo, verificaremos se a comparência do AI em audiência do processo penal constitui condição *sine qua non* de observância do contraditório, e bem assim abordaremos a facultatividade ou a obrigatoriedade de seu depoimento, de par com a panóplia de medidas de tutela acaso necessárias para a prática desse ato processual. No quarto, salientaremos a inexorável colisão de bens fundamentais suscitada pelo AI, uma vez que ele fustiga consagrados direitos de liberdade e o princípio do contraditório, ao tempo em que atua como instrumento do Estado-jurisdição para prover uma justiça penal eficaz. E, no quinto, destacaremos o acórdão do STJ em face de um caso concreto, por nós supradesignado ‘O infiltrado americano’, em que os aspectos aqui indigitados poderão ser examinados, com a nossa tomada de posição acerca de cada um.

Por fim, explicitaremos nosso entendimento sobre: 1) as peculiares características da forma e do teor do relatório do AI; 2) as condições de seu depoimento em audiência no curso do processo penal e sua compatibilidade com a observância do princípio axial do contraditório; 3) o uso da ponderação e da proporcionalidade como cânones interpretativos frente situações – não raras – de bens e direitos conflitantes no esforço conjunto das Ordens Jurídicas Estatais e dos Instrumentos Internacionais perante a criminalidade organizada e transnacional.

2. OCASO ‘INFILTRADO AMERICANO’ SOB ALUZDOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS: AACÃO INFILTRADA E A PROVOCADORA, E UM VOO DE PÁSSARO SOBRE TERRITÓRIOS ESTRANGEIROS

O primeiro encontro em Portugal terá ocorrido no verão de 2012, num restaurante junto ao McDonald’s de Cascais. Vigiados por vários inspectores da PJ, os dois homens conversaram durante 45 minutos. Depois, a PJ seguiu

apenas um dos alvos: o colombiano AA, *El Doctor*, de 65 anos, suposto traficante de cocaína. O outro era um AI que trabalhava para a DEA, com o nome de código Erva, que estava a atuar na investigação sob a supervisão da PJ, do MP e do representante da DEA colocado na embaixada americana em Lisboa. Quatro dias depois, *El Doctor* e quatro outros cidadãos estrangeiros caíram na armadilha: a PJ prendeu-os no concelho de Almada e apanhou um total de 340 quilos de cocaína.

A operação de combate ao tráfico de drogas contou com o contributo do AI da DEA, mas o MP invocou razões de segurança para não revelar à defesa dos suspeitos todos os pormenores do inquérito dirigido pelo DCIAP. O juiz de instrução não concordou com o MP e, antes de enviar para julgamento os dois colombianos, AA e BB, e os três espanhóis acusados em coautoria do crime de tráfico de drogas, ordenou ao DCIAP que juntasse ao processo o resumo do relatório confidencial da operação encoberta. Segundo o despacho de pronúncia de 10 de maio de 2012, a DEA controlou a operação de transporte internacional de droga que terá resultado de um acordo feito, na zona das Caraíbas, entre o seu AI e AA. Alertada pela DEA, a PJ acabou por receber a droga em Lisboa. As equipas de vigilâncias da PJ conseguiram introduzir na fase final da operação, com a ajuda da DEA, o seu próprio AI – nome de código Girassol. Pouco antes da detenção dos alegados traficantes, na manhã de 31.07.2012, foi este AI da PJ que entregou aos suspeitos, junto ao centro comercial Fórum Almada, uma carrinha com os primeiros 200 pacotes de cocaína, que teriam como destino Espanha; em troca, recebeu um saco com milhares de euros – nem o despacho de pronúncia nem o resumo do relatório da operação encoberta especificam o montante exato. Pouco depois, a PJ encerrou a operação.

Os cinco arguidos foram condenados; AA e BB, nas penas de 11 anos de prisão e 8 anos de prisão respectivamente; interpuseram recurso para o TRL, que já proferiu três acórdãos – o último, em 30.10.2014, negando provimento aos anteriores. Outro recurso foi por eles interposto para o STJ; os advogados já definiram a estratégia: querem que os tribunais obriguem o MP a revelar todo o conteúdo da operação encoberta para se poder avaliar com exatidão se os AI provocaram os crimes².

Desde os contornos desse caso concreto, objeto de julgamento pelo STJ, – processo n.º 326/12.0JELSB.L1. S1 – escrutinaremos aspectos concernentes

2 Vilela & Pinto.

ao AI, designadamente os respectivos relatório e depoimento em sede de audiência de julgamento. Cuidamos de clarificar que o AI constitui um dos métodos extraordinários de aquisição de prova situado no domínio da dogmática processual penal; portanto, trataremos de método de obtenção e de meios de prova permitidos³, designadamente no direito da *civil law*, com ênfase nos Ordenamentos Jurídicos Brasileiro e Português⁴ – sem prejuízo, contudo, de necessárias remissões ao direito da *common law*, como instrumento de argumentação referenciada ao tema em causa. Bem por isso, não-de se afastar os denominados agentes ‘provocador’ e ‘instigador’ – ambos situados no campo das provas proibidas (*Beweisverbote*), sujeitas à nulidade de todo o material probatório adveniente da ação infiltrada; no *common law* – comparativamente com o *civil law* – é bem mais tênue a destriça entre essas categorias, como veremos adiante. O fato incontornável é que, assim em Portugal como no Brasil, impera um acendrado rigor respeitante à correta qualificação do AI, sobretudo no dizente com a valoração probatória de seu relatório e depoimento.

O tema das proibições de prova⁵ traça mesmo uma linha divisória entre os modelos norte-americano – em que funcionam como barreiras à atividade policial – e o germânico, português ou brasileiro – em que consubstanciam corolários dos direitos fundamentais; de tal sorte que, sob o primeiro, é admissível a utilização de prova resultante de intromissão abusiva na vida privada, ao passo que, sob o segundo, a prova assim adquirida deverá ser reputada inutilizável.

Não por acaso, na lição de Meireis, no Direito americano, a utilização de ações infiltradas/encobertas – *undercover actions* – é recorrente na investigação criminal. Tãmanha a importância desse método nos EUA que, se no âmbito deste, ocorrer uma atividade abusiva dos agentes policiais, assim, por exemplo, provocação policial (*entrapment*), não haverá uma exclusão automática de prova, continuando esta a ser usada no processo, mas renderá ensejo e

3 Silva, 1999: 189-190. Há que se distinguir entre meios de provas e meios de obtenção de provas. Estes são instrumentos mediante os quais as autoridades judiciárias investigam e recolhem os meios de prova; reportam-se ao modo e ao momento de aquisição de prova no processo penal, ocorrendo, em regra, na fase do inquérito policial; servem para capturar provas que, posteriormente, serão analisadas; aqueles configuram instrumento de demonstração do *thema probandi*; serão analisados, pela sua aptidão, como fontes de conhecimento.

4 O CPP português, de modo didático, traça esta destriça; ao tratar da prova, no Livro II, separa os meios de prova, previstos no Título II (arts. 128.º-170.º), dos meios de obtenção de prova, indicados no Título III (arts. 171.º-190.º). Menos didático, o CPP brasileiro a tanto não vai, cingindo-se a enumerar os meios de prova em seu Livro I, Título VII, Capítulo II – arts. 158-250.

5 Pereira, 2005: 225.

consubstanciará uma *Legal Defense* – a ser examinada adiante no âmbito da denominada *entrapment doctrine*⁶.

O manejo do AI forma parte integrante de um sistema normativo, notadamente o Direito Penal total, que abarca, a um só tempo, o direito penal e o direito processual penal. De modo simples, Fletcher sublinha que, em termos gerais, as normas do primeiro definem o ‘o culpado em princípio’; e as do segundo, ‘o culpado de fato’⁷. A esta extensa região do Direito cumpre uma função específica de proteção de bens fundamentais de uma comunidade, que se prendem, nuclearmente, com a livre realização da personalidade ética do homem e cuja violação configura o ilícito típico penal; assim, a investigação criminal reveste-se de uma tal natureza jurídica que a torna matéria de direito, como campo específico de realização de fins de Estado de Direito e, como tal, deverá estar circunscrita à descoberta de fatos relevantes para o Direito – a autoria e a materialidade dos crimes⁸. Anota Figueiredo Dias que, por melhor que se concebam, se estructurem e se articulem os poderes da comunidade politicamente organizada – nomeadamente o Estado –, na implementação de políticas sociais preventivas e profiláticas, não se demitirá ele do seu poder-dever de perseguir e punir o crime e o criminoso, sob o risco concreto e ponderável risco de corroer os pilares fundantes em que se apoia sua legitimidade⁹.

Visualizamos a temática sob a luz dos instrumentos internacionais – Convenções e Tratados –, designadamente a Convenção da Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional em linha com a CEDH, em ordem a ter em perspectiva a balanceada equação entre os direitos de liberdade das pessoas e o direito a uma justiça penal eficaz. A convenção de Palermo proclama, em seu primeiro artigo, o objetivo de promover a cooperação para efeito de prevenir e combater mais “eficazmente a criminalidade organizada transnacional”; exalta a observância, porém, dos princípios “da igualdade soberana e da integridade territorial dos Estados, bem como da não-ingerência nos assuntos internos de outros Estados”; e, bem assim concita cada Estado Parte a diligenciar para que qualquer poder judicial discricionário conferido pelo seu direito interno e relativo a processos judiciais contra indivíduos por infrações previstas naquela Convenção “seja exercido de forma a otimizar a eficácia das

6 Meireis, 1999: 97-101.

7 Fletche R, 1998: 7-8.

8 Palma, 2014: 17.

9 Figueiredo Dias, 1974: 23-24.

medidas de detecção e de repressão destas infrações, tendo na devida conta a necessidade de exercer um efeito cautelar da sua prática¹⁰. Em contraponto, tais objetivos não-de guardar consonância com os preceitos cruciais consagrados por outro instrumento internacional, designadamente a CEDH, que assinala o direito de qualquer pessoa a que sua causa seja apreciada, equitativa e publicamente, em prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, instituído pela lei, em face de acusação penal¹¹.

Propugnamos que a atividade do AI enforma, de igual modo, uma técnica e uma ferramenta de cooperação internacional; a um, dada a dimensão cada vez mais transnacional da criminalidade organizada; e a dois, face à natureza mesma das organizações criminosas, fechadas, dificultando, sobremaneira, a própria investigação, e a qualificação jurídica dos ilícitos penais típicos perpetrados pelos seus membros¹². Assim, o recurso ao AI deve suceder sob a égide de um Estado de Direito, não sendo ocioso afirmar que a apreciação do cipoal de meios de prova por ele recolhidos está jungido às normas constitucionais e infraconstitucionais, porquanto é necessário “reafirmar o caráter de contenção ritualizada do poder punitivo que deve ser inerente ao processo contemporâneo¹³”.

Não será necessária uma longa incursão acerca da evolução histórica das leis de enfrentamento das organizações criminosas, sobretudo no concernente ao AI no Brasil e em Portugal; adiante, somente abordaremos as Leis ora vigorantes. Sem embargo, acreditamos que o Estado apenas será capaz de minorar a existência – e a perniciosidade – de tais organizações criminosas valendo-se de meios extraordinários, especialmente a infiltração¹⁴, consistente na introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa – tendo em vista a obtenção de provas e informações – e/ou operacional – tendo em vista a arrecadação de dado negado ou de difícil acesso – em quadrilha, bando,

10 Decreto N° 5.015, de 12 de março de 2004, Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, Brasília: D.O.U., 2004, Convenção de Palermo, Arts 1.º, 4.º, e 11, n.º 2

11 CEDH – Artigo 6.º, n.ºs 1 e 2.

12 Sousa, 2015: 52-54. No denominado Guia das Boas Práticas Acerca das Técnicas Especiais de Investigação para o Combate aos Crimes Transnacional, a ONU realça a importância do emprego da infiltração policial no combate aos crimes de lavagem de dinheiro, tráfico internacional de drogas, de armas, de seres humanos, corrupção, exploração sexual de mulheres, crianças e adolescentes, bem como qualquer outra forma de escravidão do homem.

13 Khaled JR, 2013: 3.

14 Feitoza, 2009: 820

organização ou associação criminosa ou em certas hipóteses de criminalidade de extrema gravidade, no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor do crime, a fim de obter provas que possibilitem, de forma eficaz, a prevenção, detecção, repressão, ou, enfim, combater a atividade criminosa.

O Estado Brasileiro vale-se de meios extraordinários de obtenção de prova, por meio da Lei 12.850/13, que dispõe sobre a investigação criminal, as infrações penais correlatas, o procedimento criminal a ser aplicado, e nomeadamente, a infiltração¹⁵ por policiais, em atividades de investigação. O Estado Português lança mão do AI, utilizando-se da Lei 101/2001, que consagra o regime jurídico das ações encobertas – aqui entendidas como sinônimas das ações infiltradas – para fins de prevenção e investigação criminal. Em seu art. 3.º, este Diploma condiciona a realização desse método à autorização do magistrado do MP – na fase do inquérito, comunicando-se, de pronto, ao juiz da instrução, sendo ela validada se não proferido por este despacho de recusa –, e do juiz de instrução criminal – no âmbito da prevenção criminal, por proposta do MP.

De acordo com as Leis 12.850/13 e 101/2001, quem pode atuar como AI nos Direitos brasileiro e português? No Brasil, o art. 10 da Lei retro alude, taxativamente, à ‘infiltração de agentes de polícia’, assim reputados os agentes da polícia civil e federal. Nesse aspecto, seria bem-vinda a cooperação de agentes estrangeiros, a teor dos preceitos de instrumentos internacionais, tais como a Convenção de Palermo, em seu artigo 18 – ‘Assistência Judiciária’ –, notadamente em face de crimes de envergadura transnacional, termos em que os Estados Partes deverão prestar toda a assistência judiciária possível nas investigações, nos processos e em outros atos judiciais relativos às infrações em causa. Por óbvio, tudo sem prejuízo dos princípios da igualdade soberana, da integridade territorial e da não-ingerência nos assuntos internos dos outros Estados. Em Portugal, a lei de regramento do tema é mais elástica do que a congênere brasileira, porquanto, às expensas, estende este múnus a “funcionários de investigação criminal ou terceiros sob controle da Polícia Judiciária, ambos com ocultação da sua qualidade e identidades”¹⁶. Como veremos a seguir, na apreciação do caso ‘infiltrado americano’, além de mais elástica, a Lei Portuguesa revelou-se mesmo sábia – e eficaz – para a dilucidação de crimes perpetrados no intestino de uma organização criminosa.

15 Brasil, Lei 12.850/13, artigo 3º.

16 Portugal, Lei 101/2001, art. 1.º, n.º 2.

Em traços breves, referenciaremos o AI no direito comparado, num voo de pássaro sobre territórios estrangeiros, pois, conquanto cada Estado possua seus Códigos, é mister compreender a profunda e universal estrutura dos sistemas penais e processuais penais, a fim de prover um antídoto para preconceitos positivistas de décadas recentes, sendo tais Códigos respostas locais na superfície em face de questões universais da unidade que formam a base de culturas legais aparentemente diversas¹⁷. Não há negar que os Estados Unidos foram o berço mais frondoso e vistoso do AI; o país no qual esta técnica de investigação e de recolha de provas assumiu maior relevo e ganhou mais notoriedade. Ali, os capítulos 13 – Prevenção Geral e Controle – 21 – Alimentos e Drogas – do Código Federal disciplinam as ações encobertas, estipulando, em simultâneo, as atribuições do AI¹⁸, para, além de conferir-lhe imunidade geral, estender a infiltração também a informantes e admitir – máxime em investigações de crimes de índole econômico-financeira – a formação de empresas fictícias¹⁹. O AI – inspirado no *undercover* norte-americano – está se expandindo rapidamente nos últimos anos, tendo sido introduzido gradualmente nas legislações da Alemanha, França, Argentina, México, Chile e Espanha, Portugal e Brasil.

Na Alemanha, o *Verdeckter Ermittler* foi instituído por Lei de 15.07.1992, que cuidou do combate ao tráfico de drogas e outras formas de criminalidade organizada; na Argentina, pela *Ley 24.424 de 7.12.1994*, que alterou a *Ley 23.737 (Ley de Estupefacientes)*; na França, o *enquêteur clandestin* está previsto no *Code de Procédure Pénale*, art. 706-32, al. 2; no México, o *agente encubierto* está contemplado no 11 de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO)*, de 7.11.1996; no Chile, o *agente encubierto* foi instituído pela *Ley 19366, de 30.01.1995*, que regula o tráfico de estupefacientes; na Espanha, o *agente encubierto* foi introduzido pela *Ley Orgánica n.º 5*, de 03.01.1999, que alterou o artigo 282 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*; por fim, na Itália, na legislação de emergência, editada a partir de meados da década de 70, para o combate ao terrorismo e ao crime organizado²⁰.

17 Fletcher, 1998: 3-5.

18 Gonçalves, 2012: 61 e 62

19 Oneto, 2005: 105.

20 Oneto, 2001: 148.

O TEDH, ao interpretar o artigo 8º do CEDH²¹, vem afirmando que a ingerência do Estado na vida privada dos cidadãos só pode se justificar quando concorram três requisitos: 1) que esteja prevista em lei – legalidade –; 2) que a finalidade seja legítima – assim, por exemplo, o combate à criminalidade organizada; e, 3) que, em uma sociedade democrática, seja considerada como a alternativa necessária para a consecução de tal finalidade, segundo uma relação entre os custos – jurídicos – e os benefícios – para os direitos e liberdades das pessoas afetadas pelo crime – postos em conflito²². A propósito, LaFave preconiza que certos crimes apresentam um grau único de dificuldade para a Polícia, porque são cometidos às escondidas entre indivíduos que são autores voluntários; logo, em acréscimo ao uso de técnicas de buscas e apreensões, vigilância eletrônica e informantes para esclarecer este tipo de crime, os agentes da lei encorajam a comissão de crime dessa espécie. Um ambiente é criado no qual o suspeito é apresentado à ocasião de cometer um crime; a simulação da realidade deve ser acurada o suficiente para induzir a atividade criminosa até ao ponto em que tais agentes estiverem em posição de reunir elementos de prova. As táticas utilizadas variam de caso a caso; algumas são inócuas, mas, sabendo-se que as pessoas envolvidas na criminalidade desconfiam de estranhos, os agentes de autoridade, geralmente, fazem mais do que simplesmente aproximar-se de um alvo e esperar a comissão do crime. Muitas solicitações ou o estabelecimento de relações pessoais com o suspeito podem fazer-se necessárias para afastar a suspeita²³.

De outro lado, o próprio LaFave obtempera que o AI, mesmo em face de crimes de feição peculiar, enseja tensões de legitimidade, no sentido de que as formas mais extremas de encorajamento suscitam este tipo de questionamento²⁴. Mais adiante, ele pontifica que o cerne da preocupação consiste na possibilidade de que o encorajamento possa induzir uma pessoa que, sem tal conduta do AI, não cometeria o ilícito penal típico²⁵. E, de modo taxativo, aduz ele, em claro tom de crítica, que nem as Cortes nem as Casas Legislativas, nos EUA,

21 CEDH – Art. 8º, nº 1.

22 Silva, 2005: 405

23 LaFave; Israel, King, Kerr, 2009: 249-250.

24 *The more exteme forms of encouragement activity are a matter of legitimate concern for a variety of reasons.*

25 “[...]possibility that the encouragement might induce a person who otherwise would be law-abiding to engage in criminal conduct.”

têm-se debruçado sobre a problemática, deixando sem limites a atuação do AI. Ao invés, sustenta ele que, como um problema histórico, a resposta tradicional da lei foi que não havia limites acerca do grau de encorajamento a que os agentes da lei poderiam submeter aqueles que se acham sob investigação²⁶.

Nada obstante, aponta o autor americano que, ultimamente, algumas Cortes Estaduais de Justiça têm acolhido a doutrina de defesa denominada *entrapment defense* ou *the doctrine of entrapment*²⁷. A propósito, anotamos que: 1) na vertente objetiva, não é necessário provar a culpa do provocado, bastando-se com uma prova da conduta abusiva do provocador – *undercover agent* –; aqui caberá à Defesa o ônus da prova, nos limites do *due process of law*; o fundamento desta vertente é de acautelar eventuais abusos do AI, resultando deste evento a improcedência da prova; 2) na vertente subjetiva, avaliar-se-á a intenção criminosa prévia do arguido, para o afastamento de sua responsabilidade, cabendo o ônus da prova, repartidamente, à Defesa e à Acusação; a primeira deverá provar o *entrapment* e, depois, deverá a segunda provar que o suspeito tinha já uma predisposição à comissão do crime, *beyond any reasonable doubt*; os fundamentos desta vertente são a proteção dos direitos individuais e o postulado de que o um sujeito inocente não deve ser induzido à comissão de um crime pela polícia²⁸.

Aqui chegados, cumpre, ao menos, à guisa de marco referencial do sistema *Civil Law*, aludirmos ao emblemático caso Teixeira de Castro²⁹, o qual abordou, pela primeira vez, o problema das ações de provocação, delimitando as linhas de fronteira entre o AI e o agente provocador. Ao fim, o TEDH assentou que o crime praticado pelo arguido Teixeira de Castro teve origem direta e exclusiva na atuação de agentes policiais, porquanto estes foram verdadeiros instigadores de um comportamento que jamais se concretizaria sem esta atuação. Nessa senda, o Tribunal recomendou que os órgãos nacionais portugueses de investigação criminal deveriam adotar medidas especiais, designadamente em crimes relacionados com o tráfico de estupefacientes.

26 LaFave; Israel, King, Kerr, 2009: 249-250.

27 Meireis, 1999:101-105.

28 Para Whelan e Robertson, esta doutrina foi construída sob dois critérios: um subjetivo, agasalhado pelo *Supreme Court* pela generalidade dos Tribunais Estaduais, centrado na análise da influência da atuação policial sobre o crime praticado; e um objetivo, acolhido pela Doutrina e por alguns Tribunais Estaduais, fundado na análise do papel dos *undercover agents* para a criação da intenção criminosa, tendo em conta a predisposição do provocado. *Apud* ALVES, 2013: 345-389.

29 Para mais desenvolvimentos, consultar LOPES, 2009.

A doutrina, de modo particular, a germânica – no pertinente ao § 136 a) da StPO (*Strafprozeßordnung*), cujo preceito é similar ao art. 126.º do CPP português – tem defendido uma interpretação mais restritiva da temática das proibições de provas que têm por suporte o ‘engano’, vindo, assim, a distinguir o engano proibido (*Täuschung*) e astúcia (*List*) permitida, de sorte a evitar resultados susceptíveis de paralisar a atividade de investigação penal³⁰. Deveras, a ação do agente provocador é de ser rejeitada de plano; e assim o fazem as ordens jurídicas portuguesa e brasileira³¹. A provocação não é tão-somente informativa – como na ação do AI –; é mais do que isso; é formativa, pois, ao invés de revelar o criminoso e o crime, cria o próprio criminoso e o próprio crime. Por isso, é inteiramente inaceitável em ambos os sistemas investigativos de prevenção e de repressão do crime³². Em verdade, irrelevante é a mera qualificação designativa da atuação do agente de polícia, como infiltrado ou provocador; nesse sentido já se inclinara o Tribunal Constitucional Português, em 1998, conforme Acórdão n.º 578/1998, de 26 de Fevereiro de 1998, ao enunciar que, para assegurar essa legitimidade, o agente de investigação criminal não poderá induzir, nem instigar, o sujeito à prática de um crime que, de outro modo não praticaria, se não tivesse já disposto a praticar; deverá, antes se limitar a conquistar sua confiança para melhor o observar, e a colher informes acerca das atividades criminosas de que ele é suspeito; o STF, no Brasil, alberga igual entendimento³³.

Assentada a relevância da atuação do AI, firmamos a premissa de que somente agentes de autoridade – mesmo os estrangeiros – devem ser autorizados a proceder nessa condição, tamanhos os riscos, tão perigosas as situações, tais os esforços da Polícia Investigativa para formar um profissional com este grau de qualificação profissional. Assim, parece-nos descabido atribuir tais misteres a terceiros particulares, por muito queiram e tenham a contribuir para a realização de tarefas dessa natureza. A esse respeito, visionamos como necessária a permissão de infiltração a agentes estrangeiros – justo porque a origem dessa técnica de investigação está no alastramento da criminalidade

30 Figueiredo Dias, 2009: 31.

31 Art. 32, n.º 8 da CRP; Art. 5.º; X; e LVI da CRB.

32 Silva, 2005: 406.

33 Sousa, 2015: 45-46. A atuação do agente provocador é repudiada com tal veemência que o STF condensou na súmula 145 que “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

transnacional, que envolve indivíduos de distintas nacionalidades e idiomas –, como reclamado pela polícia espanhola quando da edição da *Ley Orgánica* n.º 5/1999¹⁴, em consonância com os critérios de necessidade e proporcionalidade que devem nortear o emprego de tal instituto – a Convenção de Palermo é explícita na autorização e no encorajamento dessas ações, preventivas ou de investigação, nomeadamente no seu art. 20, n.º 1³⁴. Nesse campo, avulta o nível de contributo que os *undercover agents* americanos podem emprestar a seus congêneres, tanto na formação de AI de outros países, como na atuação em cooperação com aqueles. E não se alegue que tal providência é desmesurada. O princípio da proporcionalidade tem papel cardeal de proteção de direitos fundamentais e de limitador do poder do Estado³⁵. Na doutrina estrangeira, Cancio Meliá e Barbosa não hesitam; antes, manifestam-se de modo favorável ao AI, e o fazem na assertiva de que se trata de uma das medidas de maior eficácia na luta contra a criminalidade organizada³⁶.

Como se vê, o contributo do AI, para fins de prevenção³⁷ e investigação criminal, constitui um feérico farol capaz de iluminar o rumo da tecedura de provas consistentes e credíveis para a prossecução criminal, em atendimento às garantias inerentes à defesa, destacadamente o contraditório. Portanto, vislumbramos que o conteúdo do relatório do AI e bem assim o de seu depoimento podem mesmo ser cruciais, quer para a acusação, quer para a defesa, valendo a possibilidade concreta e efetiva de determinar a sua liberdade ou sua condenação.

34 Decreto N.º 5.015, de 12 de março de 2004, Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, Brasília: D.O.U., 2004. N.p. Art. 20.1.

35 Bonfim, 2009: 17-18. Há outro vetor desse princípio fundante do Estado Materialmente Democrático de Direito, que se denomina princípio da infraproteção. Decerto, tão pernicioso quanto o abuso do Estado frente ao indivíduo é a desmedida leniência em face daqueles que violam normas de convivência e de coexistência, pondo em perigo a comunidade.

36 Cancio Meliá & Barbosa, 2008: 90: “*El agente encubierto es una de las medidas de mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada, es un instrumento caracterizado por la infiltración de miembros de las fuerzas de seguridad en las organizaciones criminales, quines ocultan su autentica identidad con el proposito de detectar y perseguir delitos. Del mismo modo, este tipo de medidas buscan la verificación de ideologos y dirigentes de tales organizaciones*”.

37 *The Attorney General Guidelines On Federal Bureau Of Investigation Undercover Operations*, disponível em: <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fbi/fbiundercover.pdf>, acesso em: 19.08.2016, p. 5.” 1. *The use of undercover techniques, including proprietary business entities, is essential to the detection, prevention, and prosecution of white collar crimes, public corruption, terrorism, organized crime, offenses involving controlled substances, and other priority areas of investigation. However, these techniques inherently involve an element of deception and may require cooperation with persons whose motivation and conduct are open to question, and so should be carefully considered and monitored*”.

3. O RELATÓRIO DE ATIVIDADES PRODUZIDO ‘NAS BRUMAS’ PELO AGENTE INFILTRADO

3.1. A forma e o conteúdo do relatório

Assim na ordem jurídica brasileira como na portuguesa, o relatório do AI é de realização obrigatória, notadamente após o fim das respectivas atividades, como requisito para validação deste meio de prova³⁸; tem como finalidade descrever o que e como aconteceu na ação infiltrada; ademais, a estrita observância dos requisitos legais como exigência para uma posterior validação da prova traduz que a prática contrária levar-nos-ia para o âmbito das provas proibidas por desrespeito pelas diretivas pré-estabelecidas – o que tem por consequência a proibição da valoração da prova por ele adquirida³⁹.

O CPP português enuncia que se entende como documento a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal, devendo a respectiva junção aos autos ser efetuada oficiosamente ou a requerimento, não podendo juntar-se aquele que contiver declaração anônima, salvo se for, ele mesmo, objecto ou elemento do crime; autoriza a junção destes no decurso do inquérito ou da instrução e, caso não seja possível fazê-lo nestas fases, deve sê-lo até ao encerramento da audiência de julgamento, assegurando-se, em qualquer caso, a possibilidade de contraditório.

O regime português distingue, e bem, o documento em face do auto; ao primeiro corresponde o objeto representado por fatos ocorridos fora do processo ao qual ele vem a ser junto, podendo, assim, ser valorado como prova documental; e, ao segundo corresponde o objeto representado por um ato do processo em causa, não podendo, assim, ser valorado para a formação da persuasão do tribunal, e sujeitando-se a regime distinto dos primeiros – a esse respeito vale conferir pronunciamento da Jurisprudência lusa, a teor do Acórdão do TRL de 18.05.2011⁴⁰. De seu turno, o CPP brasileiro conceitua o documento como

38 Beleza & Pinto, 2011: 152.

39 Rodrigues, 2015: 11.

40 Acórdão TRL, 18.05.2011. “I. De harmonia com o disposto no n.º 1 do art. 164.º do CPP, «é admissível prova por documento, entendendo-se por tal a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal».II. A esta luz, reveste a natureza de documento toda a declaração materializada num escrito, perceptível para a generalidade das pessoas, que, possibilitando reconhecer o emitente, seja idónea a provar um facto juridicamente relevante.III. Se para a definição do conceito de documento se atendesse apenas ao indicado n.º 1 do art. 164.º do CPP e às alíneas a) e b) do art. 255.º do C.P., para que aquele remete, qualquer auto lavrado num processo, contivesse ou não declarações, seria um documento e, como tal, poderia ser valorado para a formação da convicção do tribunal

qualquer escrito, instrumento ou papel, público ou particular, podendo as partes apresentá-lo em qualquer fase do processo, e o juiz, adotar providências, *ex officio*, para a sua junção aos autos⁴¹.

De partida se vê a importância probatória do documento em ambas as ordens. E mais que o relatório do AI é documento, com todas as suas características; e não se diga que o relatório contém declaração anônima, pois, a despeito da identidade oculta do AI, ele assume uma designação codificada e, como tal, é identificável, pelo menos pelo juiz e quem ele autorize.

No direito português, a referência ao relatório do AI é feita pelo art.º 3, nº 6, da Lei 101/2001, que, de feição concisa, institucionalizou o vigente regime das acções encobertas ou infiltradas em Portugal. No direito brasileiro, esta menção é feita pelo art. 10 da Lei 12.850/13; de modo mais prolixo, em duas ocasiões, este dispositivo alude a certos relatórios a serem elaborados, em momentos distintos, a respeito das atividades desenvolvidas pelo AI⁴². O § 4º preceitua que, findo o prazo de 6 meses, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, o qual, de imediato, cientificará o MP; e o § 5º prescreve que, no curso do inquérito, a autoridade policial poderá determinar aos seus agentes, e o MP poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração. De efeito, embora no sistema brasileiro a Polícia Judiciária não esteja sob subordinação funcional e hierárquica do MP, a este cabe sindicatizar a atividade policial – lamentavelmente, na forma de Lei Complementar que nunca foi objeto do labor legiferante do Poder Legislativo, o que, não raro, causa rusgas no relacionamento entre ambas as instituições, em detrimento da eficiência da persecução criminal.

Vislumbram-se, na ordem brasileira, duas espécies de relatório, a saber: I) o relatório da atividade de infiltração; e II) o relatório circunstanciado da infiltração

nos termos e nas circunstâncias enunciadas no art. 355.º daquele Corpo de leis.IV. Uma tal conclusão entraria em conflito com o disposto nos arts. 356.º e 357.º, ambos do CPP, disposições que obstem, por regra, a valoração, para a formação da convicção do tribunal, de diligências de prova realizadas nas fases preliminares do processo, designadamente a valoração de autos de inquérito que abarquem declarações do assistente.V. Para delimitar os conceitos processuais de prova documental e de auto (art. 99.º do CPP), deve partir-se da ideia de que o objecto representado pelo documento é um acto realizado fora do processo ao qual ele vem a ser junto. VI. Se, pelo contrário, o objecto representado é um acto do processo em causa, qualquer que ele seja, então estamos perante um auto que é nele lavrado e que está sujeito a um regime diferente do reservado à prova documental.VII. Um auto não pode, nomeadamente, ser valorado para a formação da convicção do tribunal a não ser nos apertados limites traçados pelos arts. 356.º e 357.º ambos do CPP". Acórdão TRL, 18.05.2011.

41 Código de Processo Penal, arts. 231, 232 e 234.

42 Friede, 2014: 51.

policial. O primeiro consubstancia-se em documento a ser elaborado pelo AI, devendo ser encaminhado à Autoridade Policial responsável pela operação. Ainda que requisitado pelo MP – na forma do art. 10, § 5º, da Lei em comento – deverá ser previamente encaminhado à autoridade policial responsável pela investigação, de sorte que esta possa bem avaliar a condução operacional da medida excepcional de obtenção de prova, corrigindo-a e redirecionando-a, no caso de vir a detectar algum desvio – seja por erro, seja por dolo; deve o AI comunicar o inteiro teor do quanto apurou, tudo de conformidade com o que constar do mandado de infiltração policial.

A lei brasileira, porém, silencia quanto ao momento em que o relatório da atividade de infiltração policial deve ser elaborado; divisamos, ao menos, duas situações clássicas: 1) relatório parcial da atividade de infiltração policial; e 2) relatório final da atividade de infiltração policial. O primeiro deve ser elaborado durante a atividade do AI, e de acordo com a periodicidade estabelecida pela autoridade policial no plano de operação de infiltração ou pelo magistrado no mandado de infiltração policial; poderá ser diário, semanal, quinzenal, mensal, etc., conforme as especificidades de cada caso; em última análise, poderá ser, pontualmente, elaborado para se verificar se a segurança e a vida do AI estão em perigo – art. 12, § 3º, da Lei 12.850/13 –; se e quais provas foram obtidas – art. 3º, VII, da mesma Lei –; se a atuação do AI está atenta à devida proporcionalidade com a finalidade da operação – art. 13, *caput*, da mesma Lei –; e, por fim, se os fins traçados estão sendo alcançados. Saliente-se, ainda, que esta Lei não define a forma a ser adotada para efeito de elaboração deste relatório e seu encaminhamento por parte do AI. Bem por isso, e em vista da complexidade – e do alto risco – da tarefa, sustentamos ser aceitável qualquer formato, notadamente carta, bilhete, *e-mail*, mensagens por meio de aparelho tele móvel, etc., ou até mesmo verbal, por meio de contato telefônico com os agentes externos da operação de infiltração policial, os quais, de sua vez, cuidarão de materializar o conteúdo do relato recebido. Tudo, portanto, a guardar conformidade com dois objetivos: a fidedignidade do conteúdo do relatório e a segurança do AI⁴³.

O segundo documento também deve ser elaborado pelo AI aquando do término da atividade de infiltração; tal medida tem por escopo permitir à autoridade policial aferir: 1) se, e quais provas a propósito das atividades ilícitas foram adquiridas – art. 3º, VII, da Lei 12.850/13 –; 2) se a atuação do AI

43 Friede, 2014: 53.

guardou observância da proporcionalidade com a finalidade da investigação – art. 13, *caput*, da mesma Lei –; e, 3) se os fins traçados foram alcançados, dentre outros aspectos. Há aqui, – à diferença do que fora antes afirmado no tocante ao relatório parcial – que ressaltar que o relatório final do AI deverá ser confeccionado de forma escrita; e, agora mais que nunca, de tal maneira que seja o mais fidedigno possível e de tal molde que preserve a sua identificação e a segurança. De posse das informações recolhidas pelo AI, bem como de outras obtidas ou não a partir delas, a autoridade policial elaborará o correspondente relatório e o remeterá ao juiz competente – sempre atento ao elevado e inflexível grau de sigilo que a medida impõe, constituindo crime o descumprimento dessa determinação, conforme o tipo penal descrito no art. 20 da Lei 12.850/13⁴⁴.

À luz das Leis portuguesa e brasileira, infere-se que o relatório do AI – documento e não auto – não será importante apenas para autoridade policial, mas também para o juiz e o MP aferirem se a ação se desenvolveu em conformidade com os preceitos legais e os limites da decisão concessiva do emprego desse meio extraordinário de obtenção de prova, e preservá-lo de contaminação de nulidade⁴⁵. Deveras, o relatório do AI consubstancia meio típico de prova, submetido aos respectivos regimes legais dos meios de prova – nos termos das Leis Portuguesas e Brasileiras – as quais visam assegurar a máxima credibilidade para a demonstração dos fatos probandos; demais, como se sabe, mesmo a liberdade de escolha dos meios de prova cinge-se à faculdade de selecionar meios de prova típicos adequados ao processo em curso, sob pena de nulidade, independente de cominação expressa em lei⁴⁶. Neste marco, avulta uma questão crucial: uma vez elaborado o relatório, deverá sua junção ser feita aos autos?

3.2. Juntar ou não juntar – a questão *hamletiana* –: as posições jurisprudenciais e os regimes jurídicos em Portugal e no Brasil

LaFave aduz que quase todas as jurisdições nos EUA têm códigos ou regimentos de Cortes a determinar a abertura de provas – *discovery rule* – para as partes, sobretudo para a Defesa, antes dos julgamentos criminais. Os relatórios⁴⁷ de

44 Brasil, Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.

45 Friede, 2014: 53.

46 Mendes, 2014: 174-175.

47 *The Attorney General Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations*. Disponível em: <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fbi/fbiundercover.pdf>. Acesso em: 24.08.2016, p. 18. Este manual

investigações policiais – como o relatório do AI – podem enquadrar-se nessa categoria, sobretudo aqueles referentes: 1) a documentos substanciosos para a preparação da defesa; 2) a declarações de pessoas com conhecimento acerca de fatos relevantes; 3) a declarações de testemunha da acusação em que o próprio policial servirá como testemunha em Juízo; e 4) a outras informações e materiais relevantes não incluídos de outro modo na regra do *discovery rule*⁴⁸. O mesmo LaFave assinala as divergências entre os Estados americanos; esclarece que vários visualizam o relatório policial como fonte crucial para a preparação da defesa e, especificamente determinam a sua abertura automática; outros tantos, em contraste, especificamente o excluem do *discovery rule*. Dimana, pois, que a Federação Norte-americana abraça divergências a respeito do que denominamos ‘drama *hamletiano*’, consistente na disjuntiva equivalente a ‘juntar ou não juntar’ o relatório do AI aos autos do processo penal.

Consoante as normas protetivas dos direitos humanos, o direito de acesso aos autos pode ser limitado somente a certos e estreitos pressupostos – estando preso o imputado, o direito ao acesso se impõe quase de forma absoluta. Na Alemanha, o direito integral de acesso aos autos surge com o encerramento – assim declarado pela Promotoria – das investigações (§§ 147, par. 2, 169, a, do StPO); na Áustria, as regras obedecem à CEDH, salvo nos casos em que o acesso aos autos ponha em perigo os fins da investigação; na Suíça, de igual modo, o acesso é deferido logo após o encerramento do procedimento preliminar, contanto que não sejam postos em perigo os aludidos fins da investigação. A Jurisprudência do TEDH, entretantes, fez prevalecer sua influência no sentido de que deve ser assegurado ao imputado ou a seu defensor o direito de examinar todos os termos dos autos, ou do expediente, que tenham relevo no que respeita à medida de decretação de privação de liberdade⁴⁹.

Na doutrina portuguesa, a elaboração do relatório afigura-se um momento processual de grande relevância para a aferição da conformidade da ação encoberta com a autorização concedida; todavia, a indeterminação do critério para efeito de junção do relatório aos autos é fonte de incerteza e de insegurança, cabendo, assim, ao Juiz aferir esta indispensabilidade em termos probatórios

prevê não só o *Annual Report* – relatório anual –, como *The Undercover Review Committee*, – Comissão de Revisão de Ações Infiltradas – órgão ao qual os relatórios das ações infiltradas são submetidas para controle de legalidade (VI-E).

48 LaFave, Israel, King; Kerr, 2009:410-411.

49 Ambos, 2008: 116-119.

face às circunstâncias do caso concreto^{50 51}. No caso ‘infiltrado americano’, o Sr. Relator, asseverou: ‘Por outro lado, e conforme resulta do disposto no n.º 1 do art. 4 do Regime Jurídico das Acções Encobertas para fins de Prevenção e Investigação Criminal (Lei 101/2001, de 25 de agosto) a autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato da intervenção do agente encoberto se for reputada absolutamente indispensável em termos probatórios⁵². Ora, a controvérsia espoca neste aspecto, – de saber quando e sob que circunstâncias ele será reputado como tal – porquanto é ponto incontroverso que o AI, no prazo máximo de 48 horas após o fim da sua missão, tem de redigir o seu relato, como modo de permitir à autoridade policial, ao MP e ao Juiz o controle dos meios e os fins ação infiltrada, validando-se os elementos por ele coletados.

Neste ponto, divergimos do entendimento sufragado por este acórdão do TRL; noutro, o referido acórdão, em dada altura, enuncia que a legalidade da ação infiltrada decorreu sob o seu controle jurisdicional e, de outra mão, assinala que, ‘mesmo se entendendo que o preceito do n.º 6 do art.º 3º da Lei de Acções Encobertas respeita ao relato final – o que nenhum argumento literal ou teleológico sustenta – nenhum vício ou ilegalidade decorreria de tal inobservância, haja vista que tal relato destina-se apenas a permitir o controlo judicial da acção encoberta, não se consubstanciando em meio de prova⁵³. Bem visto, esse argumento alude ao relatório do AI e traduz a interpretação de que este nem sequer constitui meio de prova. Reafirmamos a assertiva de que o relatório do AI constitui meio de prova, destinando-se não só ao controle judicial da ação infiltrada, como também a dirimir aspectos acerca desta, que vão desde a caracterização da ação como legitimamente infiltrada ou provocadora até a outras pertinentes à autoria e à materialidade dos fatos em apuração.

Uma vez mais, cumpre referenciar o sistema *common law*, nomeadamente nos EUA; a Suprema Corte americana funda-se em cinco razões para o *discovery rule* : 1) o dever da acusação de abrir esses meios de prova sob seu poder ou controle que são exculpatórios ou materiais; 2) a proibição contra a má-fé do governo de destruir esses meios de prova; 3) o dever do Estado de prover a Defesa com poder através de intimação para obter uma prova testemunhal e

50 Oneto, 2005: 188.

51 Alves, 1999, p. 224.

52 Acórdão STJ 1690/10.1JAPRT.L1. S1, 5ª Seção, Relator Arménio Sottomayor, provido em parte, unânime, de 11/07/2013.

53 Acórdão do STJ n.º 326/12.0JELSB.L1. S1, 5ª Seção, Relator Nuno Gomes da Silva, 09-04-2015.

objetos materiais no julgamento; 4) o dever do Estado de prover a Defesa com certos tipos de auxílio ou informação que permitirão o uso do poder de intimar; e 5) a proibição contra certas ações governamentais que interferem no uso do poder de intimar da Defesa. No caso *Brady v. Md* (1963,) a Suprema Corte americana sustentou que os Promotores não disponibilizaram um depoimento de um corréu, o que terá resultado em violação do devido processo legal. Em resumo, a Corte estatuiu que a supressão pela acusação de evidências favoráveis a um dos corréus viola o devido processo legal quando tal é determinante, seja para estabelecer a culpa ou a pena, independentemente de boa-fé ou má fé da acusação⁵⁴.

Percorrida esta trilha, a solução apontada pelos cânones da *Common Law* revela-se mais consentânea com o princípio do contraditório, ainda que sob uma modalidade diferida ou delongada. A junção do relatório do AI aos autos há de ser obrigatória, e nesse aspecto andou bem a ordem brasileira, ao determiná-la, – para eliminar o drama *hamletiano* – ao passo que a portuguesa densificou – e intensificou – este drama, condicionando-a um vago e impreciso critério de ‘indispensabilidade’. E isso não bastasse, muito embora não se trate de enunciado especificamente dirigido às ações infiltradas, a Corte Suprema do Brasil corporificou, na Súmula Vinculante n.º 14, o princípio da abertura do material probatório à Defesa, no sentido de que é ‘direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.’

E, àqueles que, ainda assim, argumentam que o princípio do contraditório foi vulnerado – dado que o relatório do AI não foi posto à disposição da Defesa no tempo certo, isto é, antes do oferecimento da acusação –, aduzimos que, mesmo nos casos menos tensionados, o princípio do contraditório nem sempre é observado em forma plena, somente sendo atendido de modo diferido ou delongado, nomeadamente nos casos de interceptação telefônica e de quebras de sigilos fiscal e telefônico. Para além dessa questão da junção do relatório do AI, outra emerge: aquela dizente com a comparência do AI à audiência de julgamento. Sua comparência será facultativa ou obrigatória?

54 LaFave, Israel, King; Kerr, 2009: 567-569.

4. A COMPARÊNCIA DO AGENTE DAS ‘SOMBRAS’ EM AUDIÊNCIA NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHA

4.1. A comparência do agente das ‘sombas’ em audiência como testemunha: facultatividade ou obrigatoriedade?

A Defesa e o MP, ao qual toca o *burden of proof* no processo penal, notadamente quanto à autoria e à materialidade do fato típico penal, poderão arrolar o AI para servir de testemunha? Como prover, a um só tempo, à sua segurança e satisfazer o princípio do contraditório? Como sói acontecer, haverá duas correntes. A primeira diz que o sigilo da identidade do AI, para sua própria segurança, será absoluto, não devendo, pois, ser indicado a comparecer em Juízo; a segunda sustenta que, demonstrada a necessidade, e, considerando o princípio do contraditório, o AI poderá, sim, ser arrolado como testemunha. Perfilhamos a segunda vertente, e filiamo-nos a Beleza, para quem a circunstância de o AI prestar depoimento sob identidade fictícia, após debate oral e contraditório, designadamente na ordem jurídica portuguesa, nos termos da lei de regramento da espécie, não tem o condão de vulnerar de modo incontornável o princípio do contraditório – embora saliente a autora que, para fundamentar uma decisão de condenação serão necessários outros meios de prova que o sustentem⁵⁵.

De pronto, assentamos que o depoimento do AI se constitui em meio de prova relevante, porém autónomo em face do seu relatório; divergimos daqueles que consideram o depoimento do AI um ato sem o qual o relatório não se reveste de qualidade probatória; reveste-se, sim, nos moldes do CPP português – arts. 164.º-170.º- e do CPP brasileiro – arts. 231-238. O depoimento do AI vale por si, – assim como o seu relatório –, o que não exclui a assertiva de que a comparência deste em audiência, em grande medida, poderá robustecer o conteúdo daquele documento.

Extrai-se um conceito amplo de testemunha do Art. 6.º, n.º 3, d), da CEDH, que enuncia, entre as garantias mínimas do arguido, o direito a ‘interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação’; trata-se das pessoas cujos conhecimentos probatórios sejam tidos em consideração na formação da decisão, independentemente dos papéis processuais assumidos, que, por terem adquirido percepção dos factos em investigação,

55 Beleza, 2011: 156-158.

através do seu aparelho sensorial, estão em condições de recuperar e transmitir em juízo conhecimentos com significado para o tema probatório. Noutras palavras, são as pessoas portadoras de conhecimentos probatórios relevantes à realização da justiça – tanto o interesse na efetiva punição do verdadeiro autor do crime, como a evidente manifestação da inocência do presumido criminoso.

Como, porém, dever-se-á proceder à comparência do AI na audiência de julgamento para efeito de coleta de seu depoimento, de maneira a não descortinar o necessário anonimato, em ordem a assegurar a sua proteção e permitir o exame desse conteúdo probatório pela entidade decisória? Tanto mais quando está em causa a atribuição de um *plus* de *standard* probatório ao relatório confeccionado pelo AI, porquanto – enfatize-se –, embora este valha por si, há de convir-se que a comparência do AI em sede de tribunal para prestar esclarecimentos e informações sobre a sua atuação nas ‘sombras’, presenciando acontecimentos, atos e fatos em estreita ligação com a atividade delituosa, nas regiões intestinas das organizações criminosas, constitui um contributo significativo para o descobrimento da verdade dos fatos sob julgamento.

Algumas providências impõem-se como incontornáveis, sobretudo tendo em atenção que ao AI deve ser assegurada prerrogativa de recusar-se a comparecer em audiência de julgamento, caso o Estado a que serviu não lhe proporcione os meios e mecanismos de segurança a si e a seus familiares, de modo a assegurar a fiabilidade e a fidedignidade de seu depoimento.

4.2. As estratégias de proteção: critérios, condições e limites para este depoimento

Caso resolva participar da infiltração policial, o AI deverá ocultar a verdadeira identidade, na forma do art. 14, I, da Lei 12.850/13, e dos arts. 3.º, n.º 2 e 5.º, n.º 1, da Lei 101/2001, respectivamente nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa. De logo, colhe-se ser inadmissível que o funcionário policial seja impelido a atuar na condição de AI; antes, a voluntariedade é o critério prevalente; é direito seu recusar a ‘missão’ e, caso a aceite, poderá – de modo expresso na lei brasileira – fazer cessá-la. São sobejas e notórias as razões para tanto: como anotado antes, o alto grau de perigo da tarefa, o elevado nível de capacitação e o específico perfil físico e psicológico do funcionário policial. Para o êxito dessas medidas, é indispensável que os dados pessoais falsos do AI – carteira de identidade, passaporte, permissão para conduzir, número de contribuinte e seguro social – sejam inseridos, efetivamente, nos respectivos sistemas de banco de dados da administração pública, sob pena de se comprometer a operação de

infiltração policial e de se pôr em perigo a integridade física e a vida daquele e de seus familiares. Não por acaso, no Brasil, a Lei de Proteção de Testemunha – nº 9.807/99 –, em seu art. 9º, e a Lei 12.850/13, em seu art. 14, II, cuidam de determinar a adoção dessas medidas estratégicas.

No ordenamento jurídico português, em decorrência mesmo de sua prerrogativa legal de ocultação de identidade – condensada no art.1º, nº 2, da Lei 101/2001 – o AI também se acha abrangido pela Lei 93/99, que estabelece e disciplina a proteção de testemunhas em processo penal, máxime nos casos em que a sua vida, incolumidade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de avultado valor sejam postos em perigo. Neste ponto, vale destacar a asserção de que os postulados essenciais da estrutura acusatória resultante das legislações portuguesa e brasileira – contraditório, a imediação, a publicidade –, bem como as prerrogativas de defesa reconhecidas ao arguido, apresentam-se, as mais das vezes, em total antinomia com as exigências de tutela das testemunhas, de tal modo que se torna inviável garantir um destes valores em recíproca interação sem, em maior ou menor medida, sacrificar o outro⁵⁶.

Bem por isso, reitere-se: como viabilizar a comparência do AI na audiência de julgamento para efeito de coleta de seu depoimento, de maneira a não vulnerar o seu indispensável anonimato, de sorte a assegurar a sua proteção e de seus familiares e permitir a produção e a apreciação desse conteúdo probatório para a persuasão da entidade decisória? De efeito, medidas de proteção de testemunha, de restrição do contraditório, criam um campo de tensão de interesses conflituantes; e já em tema de etimologia, pois testemunha deriva do latim *testis*, e traz a origem das palavras *antesto*, *antisto*, indicando o indivíduo que se coloca diretamente em face do objeto e conserva na memória a sua imagem⁵⁷.

Na criminalidade comum, a intimidação de testemunha já tem dimensões consideráveis; a problemática assume exponenciais dimensões e dramáticos contornos quando referida à criminalidade organizada, fenômeno de múltiplas formas, de caráter transnacional, cuja nota distintiva mais proeminente consiste na atuação coerciva e intimidatória sobre as testemunhas, em particular os AI, informadores e arrependidos, punidos de modo cruel e ritualizado como exemplo para os demais e como elemento dissuasório de futuras dissociações⁵⁸.

56 Silva, 2007: 11-13.

57 Idem, P. 22.

58 Idem, P. 31.

Não sendo um sujeito processual, a testemunha é um participante necessário da relação processual, tendo em vista a realização da justiça, por conseguinte, na realização de uma finalidade que ultrapassa o eventual interesse pessoal na reprimenda do culpado, para se transformar, isto sim, numa tarefa da comunidade organizada em Estado de Direito. Este é um fenômeno mais visível em certas formas de criminalidade violenta, organizada e transnacional, cujas complexas metodologias praticamente inviabilizam a tarefa de aquisição de material probatório a partir de outras fontes, tornando ainda mais indispensável a colaboração efetiva das pessoas envolvidas – vítimas e AI – na tarefa de investigação e valoração dos comportamentos infractores⁵⁹.

Daí avulta a importância probatória das testemunhas e crescem as graves consequências da intimidação, abrindo-se caminho a um dever estatal de proteção, que tem como escopo evitar o prejuízo do interesse comunitário numa boa administração da justiça, no sentido da procura de um ponto de equilíbrio entre proteção dos direitos de defesa do arguido e máxima realização da justiça penal. Este dever de tutela das pessoas que, com os seus saberes probatórios, colaboram na administração da justiça, está solidamente fundado, não só em considerações de carácter endo-processual de descoberta da verdade; antes, sobretudo, em razões de natureza substantiva, diretamente radicadas na garantia dos direitos fundamentais; a via processual-formal não basta para fundar um modelo adequado de ‘concordância prática’, pois coloca os direitos das testemunhas na sombra da finalidade de descoberta da verdade, definindo contornos do dever do Estado em função do relevo probatório dos seus conhecimentos⁶⁰.

Outro aspecto relacionado à prova adquirida pelo AI reside em constatar que a revelação da identidade, nesses casos, implicaria na cessação da atividade do agente, bem como na criação ou aumento do risco à sua segurança pessoal e de sua família. Como é natural, a existência de testemunhas secretas implica em algum cerceamento do exercício do direito de defesa, pois que essa ocultação subtrai do acusado a possibilidade de conhecer fatos relevantes relacionados às provas que deve contrastar. Esse cerceamento, porém, não é absoluto, e reveste-se de menor gravidade nos casos em que o agente comparece em juízo e, com a adoção de medidas para ocultação de sua identidade – com utilização de venda ou sua colocação na sala de audiências em local não visível –, fica

59 Rodrigues, 2002:16-17.

60 Silva, 2007: 69-71.

sujeito às reperguntas da defesa. Por isso, argumenta-se na Espanha que ‘deve ser considerada legítima e constitucionalmente adequada a restrição do direito de defesa do imputado derivado da aplicação do artigo 282.bis.2 LECr’, isto é, da aplicação da norma processual que permite a manutenção do sigilo da identidade do AI⁶¹.

Nesse contexto, a proteção das testemunhas deve ser perspectivada como problema jurídico-processual, cuja solução há-de ser buscada com o respeito pelos direitos fundamentais do arguido e das próprias testemunhas que emergem da sua dignidade intocável e que integram o reduto mais essencial da ética jurídico-processual⁶². Como sabido, a dignidade da pessoa humana representa um dos pilares do Estado de Direito. LaFave classifica esse princípio como uma das pedras angulares do sistema de justiça criminal americano, na asserção de que um dos objetivos deste é a aplicação da lei criminal em consonância com este princípio; reconhece que tal conceito está longe de ser preciso, mas pode ser descrito aproximativamente como um conjunto de direitos que abrange as necessidades básicas da personalidade humana, incluindo a privacidade, autonomia, e a liberdade em face da humilhação e do abuso.⁶³

Há aqui a noção de que o *fair trial* não é só algo devido ao arguido, é também algo devido à testemunha⁶⁴; esse reenvio à ponderação de valores conflitantes à matriz do processo equitativo chegou-nos por meio da influência mediadora e transversal dos instrumentos internacionais, nomeadamente a CEDH; nessa linha de princípio, o TEDH fez inscrever o dever de proteção das testemunhas no tópico do *fair trial*, densificando, no seu art.º 6º, que o processo equitativo caracteriza-se assim pelos seus resultados como pelos instrumentos e metodologias de que se utiliza para assegurar as prerrogativas do arguido, mas também – com não menos intensidade – os direitos de quem presta um contributo à descoberta da verdade. Emblemático é o teor do Acórdão de 26-3-96 – caso *Doorson v. Países Baixos* –, no qual se lê no § 70, que os princípios de um

61 Rocha, 2001: 160.

62 Silva, 2007: 92-93.

63 LaFave, Israel, King; Kerr, 2009: 24-36. LaFave situa a dignidade da pessoa humana como pedra angular do sistema de justiça no mesmo grau de outros como: 1) *Implementing the Enforcement of the Substantive Law*; 2) *Discovery of the Truth*; 3) *Adversary Adjudication*; 4) *Accusatorial Burdens*; 5) *Minimizing Erroneous Convictions*; 6) *Minimizing the Burdens of Accusation and Litigation*; 7) *Providing Lay Participation*; 8) *Maintaining the Appearance of Fairness*; 9) *Achieving Equality in the Application of the Process*; 10) *Addressing the Concerns of the Victim*.”

64 Silva, 2007: 94 e 95.

processo equitativo também exigem que, em certos casos, os interesses da defesa sejam balanceados em face daqueles da testemunha ou da vítima intimadas a prestar depoimento; assim, avulta a necessidade de proteção processual das testemunhas perante eventuais atos lesivos de terceiros em confronto com os princípios da imediação⁶⁵, da publicidade⁶⁶ e do contraditório – a ser abordado no capítulo seguinte – princípios reitores do processo penal acusatório albergado pelos sistemas brasileiro e português.

As Leis 93/99 e 9.807//98, portanto, – respectivamente em Portugal e no Brasil – adotam medidas destinadas a promover o delicado equilíbrio entre a tutela de bens pessoais da testemunha – AI – e os direitos de defesa do arguido. O diploma português chega mesmo a expressar a excepcionalidade da medida de ocultação da identidade, a qual somente deve ser aplicada se ela se mostrar necessária e adequada à protecção das pessoas e à realização das finalidades do processo; bem ainda, explicita que é assegurada a realização do contraditório que ‘garanta o justo equilíbrio entre as necessidades de combate ao crime e o direito de defesa’⁶⁷.

O regime português foi instituído pela Lei 93/99, que se ampara em tradicionais e novas medidas de protecção, designadamente: a separação visual e acústica, a teleconferência e o anonimato. Sandra Oliveira e Silva, antecipando-se a uma análise de ordem dogmática, vaticina que o legislador português logrou erigir um justo equilíbrio entre as finalidades antinômicas do processo, apesar de algumas deficiências e pontos menos claros na composição com outros mecanismos já consolidados há muito⁶⁸. Este diploma normativo estatuiu a disciplina do segredo acerca da identidade da testemunha, sob a orientação

65 *Ibidem*, p. 229. Este princípio constitui importante prescrição na aquisição de prova, para conferir atendibilidade e a valorabilidade desta; põem-na em causa a teleconferência, o testemunho de ouvir dizer, o afastamento do acusado, a ocultação visual da testemunha, a leitura de autos, entre outros. O CPPP densifica-o ao exigir que a prova seja produzida em audiência perante o juiz que há de proferir a decisão; e, também, ao sublinhar a preferência por meios de prova ‘próximos do fato’ – excluindo, em regra, das fontes de persuasão do tribunal, a leitura de declarações reduzidas a auto e o depoimento indirecto – arts.º 355, n.º 1, 356, 357 e 129, n.º 1. De seu turno, o CPPB procede do mesmo modo, e em seu art. 400, § 1º, enuncia que as provas serão produzidas ‘numa só audiência’.

66 Este princípio é uma relevante garantia de justiça e de liberdade, assentado nas Constituições Portuguesa e Brasileira; na primeira, no seu art.º 206, e, na segunda, em seus arts.º 5.º, inciso LX e 93, inciso IX. Porém, não é absoluto. O CPPP concretiza esta previsão constitucional no artigo 87.º, embora não o faça de modo expresso em face das testemunhas; de seu turno, o CPPB não segue a mesma trilha, ao omitir-se quanto a esta particular situação; concretiza-o, porém, a Lei de Protecção das Testemunhas, como já atrás mencionado.

67 Art. 1º, n. 4 e 5, da Lei 93/99

68 Silva, 2007, p. 148.

princípio da concordância prática entre valores; tratou de estabelecer como absolutamente excepcional a ocultação da identidade da testemunha – a medida mais restritiva dos direitos de defesa do acusado e a mais problemática sob o ângulo da harmonização das finalidades antípodas do processo penal. Para tanto, instituiu dois requisitos cruciais: 1) a acentuada e imperativa necessidade de tutela dos saberes probatórios da testemunha; e, 2) a não menos acentuada e imperativa exigência de descoberta da verdade.

Por isso, em nome da proteção de sua identidade e de sua incolumidade e de sua família, ao testemunhar em Juízo, deverá o AI ter a sua verdadeira identidade mantida sob sigilo – utilizando-se, de maneira legítima, dos mecanismos previstos, seja na Lei 9.807/99 no Brasil, seja na Lei 93/99 em Portugal. Esta medida assenta em duas razões principais: 1) desnudada a sua identidade, o AI já não poderá mais atuar nessa condição em casos futuros – e não haverá muitos agentes especialmente preparados e treinados para proceder como tal em situações semelhantes nos Departamentos de Polícia; e, 2) uma vez publicitada sua verdadeira identidade, o AI correrá sério risco de morte; não somente ele, como também seus familiares e até eventuais amigos⁶⁹. Por óbvio, não vigora, neste ponto, a obrigatoriedade de revelar nome, sobrenome da testemunha sob regime especial; sem embargo, aqui não se supõe violação do contraditório, por um sem-número de motivos: a um, porque a identidade real do AI é um dado que carece de relevância para o acusado que só o conheceu através de sua identidade fictícia; a dois, porquanto a manutenção da identidade oculta é necessária para a própria existência da figura do AI.

A lei portuguesa – em ponto de vantagem sobre a congênere brasileira – também contempla um processo autônomo de aferição da pertinência da concessão da proteção da testemunha por meio da ‘reserva do conhecimento da identidade da testemunha’ – denominado de ‘processo complementar de não revelação de identidade’, mediante o qual proporciona mesmo a possibilidade do contraditório. Esse mecanismo permite que o pedido de sigilo tramite em procedimento apartado e rigoroso, sob o princípio do contraditório – um debate oral entre acusação e defesa sobre a efetiva oportunidade do anonimato – de sorte que a concessão dessa medida excepcional é obrigatoriamente precedida de um embate, com igualdade de armas, entre o Ministério Público e um defensor *ad hoc* nomeado pela Ordem dos Advogados; de modo a assegurar o segredo sobre a identidade, tornando irreconhecíveis pelos sujeitos

69 Mendroni, 2015: 189.

processuais certas características fisionômicas ou linguísticas da testemunha, nomeadamente o AI⁷⁰.

Neste processo autónomo, o juiz da instrução solicitará à Ordem dos Advogados a indicação de advogado com perfil compatível para a só representação dos interesses da defesa neste ato; de maneira expressa, enuncia o Artigo 18.º, n.º 4, da Lei 93/99, que aquela autoridade judiciária convocará o MP e o representante da Defesa para um debate oral e contraditório sobre os fundamentos do pedido, devendo, em seguida, na decisão concessiva da medida de reserva da identidade estabelecer uma designação codificada à testemunha, pela qual passará a ser referenciada no processo, sendo tal decisório comunicado, de pronto, à autoridade judiciária competente na fase em que aquele se encontra⁷¹.

A Lei 101/2001 opera em combinação harmonicamente complementar com a Lei 93/99, e como lei especial, também cuida do tema; no seu artigo 4.º, aduz-se que, a requerimento da Polícia Judiciária ou oficiosamente, a autoridade judiciária competente poderá, em decisão fundamentada, autorizar que o AI que haja atuado com identidade fictícia preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objeto da sua atuação. Aqui, vale perceber que a identidade fictícia deste funcionário é atribuída por despacho do Ministro da Justiça, mediante proposta do Director Nacional de Polícia Judiciária; ao passo que é o juiz competente para o caso que autorizará ou não que este agente preste seu depoimento sob esta identidade fictícia – neste caso, terá lugar o debate oral e contraditório⁷². Ademais, as necessidades operacionais da Polícia Judiciária, consistentes na utilização no futuro de funcionários especializados em ações encobertas legitimam a prestação de depoimento sob identidade fictícia atribuída no contexto da investigação – art.º 4, n.º 3, da Lei 93/99.

Outro aspecto de monta referido neste instrumento legislativo é a utilização de recursos tecnológicos na proteção de testemunhas – assim, por exemplo, a teleconferência – viabilizando a transmissão à distância dos depoimentos das testemunhas, sem prejuízo, no contexto, da visibilidade do declarante e

70 Acórdão de 23-4-1997 (caso *Van Mechelen* e outros C. Países Baixos), em que o tribunal considerou que a utilização de uma maquilhagem ou de um disfarce seria garantia suficiente para os *undercover agents*, ao mesmo tempo permitindo ao acusado um contato visual direto com as testemunhas, designadamente a observação das suas reações, com vantagens do ponto de vista da avaliação da credibilidade (§ 60).

71 Portugal, Lei 93/99. Art. 18. n.ºs 1, 3, 4 e 5.

72 Portugal, Lei 101/2001. Arts. 4.º, n.º 3, e 5.º, n.º 2.

do reconhecimento da sua fisionomia por todos os que intervêm ou assistem ao ato processual. No particular, assentamos que é esta a via mais adequada e consentânea com a evolução tecnológica que alavanca a vida das pessoas comuns e da criminalidade organizada, razão por que os Tribunais deverão valer-se desses recursos, máxime em face de situações extraordinárias, tais como o das testemunhas sob ameaça em geral e o do AI em particular. Além disso, não é escusado assinalar outros aspectos garantísticos da fiabilidade, e consequente atendibilidade desse depoimento sob condições excepcionais, a saber: 1) na seara dos ritos procedimentais penais, a testemunha não deixa de prestar juramento na forma do art.º 91 do CPP português; 2) no campo das proibições de provas no processo penal, estas, ainda que adquiridas ao arrepio da lei processual, podem ser legítima e licitamente utilizadas com o fim exclusivo de se proceder contra as pessoas que usarem tais métodos de obtenção de prova, cumprindo, assim, a função de avisar os órgãos de perseguição criminal de que ninguém está acima da lei, anotando-se que não há diferenças de estatuto entre os representantes da lei e da ordem e os cidadãos delinquentes; dessarte, este preceito sintetiza, à perfeição, as finalidades preventivas do instituto das proibições de prova e o ideário do Estado de Direito; 3) no âmbito do direito penal material, a conduta de falsear ou omitir a verdade, na condição de testemunha, constitui ilícito penal, nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira – art.º 360 e 342 do Código Penal, respectivamente⁷³.

Na Lei brasileira, a 9.807/98, menos minudente, há uma lacuna a respeito do aludido contraditório *ad hoc*, sobre o pedido de reserva da identidade do AI em sede de audiência de julgamento; sem embargo, a indigitada Lei institui normas de proteção especial a vítimas e a testemunhas sob grave coação ou ameaça à vida ou à integridade física, tendo em consideração a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua relevância para a produção da prova. Cria um ‘Conselho Deliberativo composto por representantes do MP, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos direitos humanos’; submete toda admissão ao programa protetivo ao crivo do MP, da autoridade policial ou ao juiz competente.

No que respeita propriamente à Lei de disciplina do AI – Lei 12.850/2013 –, esta faz expressa menção ao Diploma retromencionado, para assegurar que ele tenha sua identidade alterada e usufrua das medidas de proteção a testemunhas,

73 Mendes, 2014: 198.

‘aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei 9.807/99⁷⁴. Nota-se que não aparece a figura do Defensor *ad hoc* dos interesses do investigado, nos moldes da Lei portuguesa. Outro ponto que merece crítica é o amplo acesso de representantes de órgãos públicos e privados, ao passo que, em Portugal, tal acesso é restrito ao juiz da instrução e a quem ele venha a autorizar. Nesse prisma, vislumbramos que a ordem portuguesa, embora restritiva quanto ao acesso ao pedido de reserva de identidade, proporciona o contraditório; ao passo que a ordem brasileira, conquanto generosa na amplitude de acesso àquele pedido, não propicia a observância desse princípio axial.

Assim visto, há-de se indagar se essas medidas, – as quais, a nosso ver, não violam o princípio do contraditório – afrontam os princípios da imediação e da publicidade. Pensamos que, assim no Brasil como em Portugal, apesar de algum grau de afetação, o princípio da publicidade resulta observado no seu núcleo fundamental, em consonância mesmo com preceitos constitucionais, designadamente os arts. 206 e 5.º, inciso LX e 93, inciso IX, respectivamente. No respeitante ao princípio da imediação, não há negar que o afastamento do arguido e a sua inquirição à distância de pessoas fora do círculo judicial são problemáticos e causam tensões; entretanto, não é menos acertado verificar que ocorrem casos em que a simples presença física do arguido pode ser uma fonte de ameaça a testemunhas portadoras de elementos cognoscitivos – nomeadamente o AI – favoráveis à tese acusatória, mormente nas hipóteses de criminalidade grave e organizada, a justificar, pois, certo grau de sacrifício desse princípio, o qual resta preservado no seu núcleo essencial.

Neste quesito, ressaltamos que o método mais eficaz de proteção da integridade física e psicológica das testemunhas e de seus familiares consiste na absoluta ocultação da identidade daquelas, seja pela não inclusão dos seus saberes probatórios nas fontes em que o tribunal há de apoiar seu decisório, seja pela não revelação dos dados anagráficos da pessoa que possui conhecimentos legitimamente valoráveis. A respeito, o regime jurídico alemão consente ambas as modalidades, e, em acréscimo, por meio da Lei de Proteção das Testemunhas, adotou os mecanismos do interrogatório à distância da testemunha intimidada, com transmissão audiovisual simultânea das suas declarações para a sala de audiência – a videoconferência – tendo como pressuposto tal medida a

74 BRASIL, Lei 12.850/2013.

existência de um risco grave de lesão de interesses da testemunha, o qual não pode ser afastado de outro modo⁷⁵.

Villanueva, nesse particular, assevera no tocante ao AI que *‘es preciso indicar que pueden gozar de las medidas de protección previstas en la LO 19/94 cuando adquieren la condición de testigos aunque, por lo general, en España su identidad real quedará siempre en el anonimato al ser citados a declarar a través de un número, sólo registrado en archivos policiales, del que difícilmente puede adivinarse su verdadera identidad’*. Bem ainda, aponta que uma das notas peculiares do depoimento prestado pelo AI reside na possibilidade de este manter oculta sua verdadeira identidade durante todo o processo – desde a instrução até ao julgamento – sempre que assim se determine por meio de decisão judicial fundamentada, ao amparo do preceito no art. 282 da Lei Processual Criminal da Espanha⁷⁶.

De todo modo, como sói acontecer, esta não é uma opinião abraçada por toda a doutrina. Villanueva, no âmbito dos doutrinadores espanhóis, alude a Montañes Pardo, segundo quem o AI somente pode declarar sua falsa identidade durante a instrução, mas não durante a fase de julgamento, uma vez que o depoimento assim prestado deverá ser ratificado por quem as prestou, para efeito de obter valor de prova, nesta última fase processual. Em remate, a Professora de Barcelona aduz que não só pode como deve manter-se a identidade oculta do AI em juízo porque assim o prevê dispositivo da Lei Processual Penal espanhola – art. 282, introduzido pelas LO’s 19/1994 e 5/1999⁷⁷.

No plano dos instrumentos internacionais, não há indiferença sobre a temática. A Resolução do Conselho da União Europeia 95/C 327/04, de 23-11-1995, concita os Estados-membros a predispor diversos mecanismos idôneos a garantir tal tutela, entre os quais pode figurar o depoimento ‘à distância’ com recurso a meios audiovisuais, desde que assegurado o respeito pelo princípio do contraditório, como definido pela jurisprudência do TEDH. Nesses casos, as medidas de polícia de audiência, a exclusão da publicidade e a tomada de depoimentos noutras comarcas revelar-se-iam inadequadas e ineficazes; antes, exigiriam um sistema capaz de prover à produção de provas relevantes, sob a regência, em ‘medidas possíveis’, dos princípios da publicidade, imediação e contraditório.

75 Silva, 2007: 139.

76 Villanueva, 2009: 101.

77 Ibidem, p. 102.

Nesse panorama, assume relevo o Acórdão do Caso *Doorson* c. Países Baixos; não obstante verse sobre uma situação muito concreta, a decisão em comento densifica os princípios que devem ser observados pelas instâncias estatais na aquisição e valoração das informações probatórias de testemunhas anônimas. A admissibilidade dessa medida parece depender de três requisitos fundamentais: 1) a existência de um risco sério de represálias contra a testemunha ou a sua família – a apreciar em concreto –; 2) a previsão de *counterbalancing procedure* a compensar as dificuldades que a defesa enfrenta: o controle judicial da credibilidade da fonte e dos próprios depoimentos – para além de conhecer a identidade das testemunhas, ao juiz deverá ser permitido colher a sua impressão pessoal do meio de prova –, bem como a possibilidade de o arguido interrogar a testemunha e observar as suas reações às perguntas diretas, em ordem a formar a sua própria opinião sobre a sua fiabilidade; 3) a existência de elementos corroborantes dos testemunhos anônimos, de molde a que a condenação não se suporte só, ou em medida determinante, naquelas fontes de prova de credibilidade reputada por alguns como duvidosa⁷⁸.

Neste passo, reafirmamos que, embora não substitua a presença física da testemunha, nem equivalha à experiência presencial dos meios de prova do ponto de vista da imediação e do contraditório, a utilização de recursos telemáticos representa o adequado ponto de equilíbrio entre múltiplas diretivas constitucionais, nomeadamente a salvaguarda da segurança física da testemunha, a garantia de mínima observância dos princípios do contraditório, da imediação e da publicidade, e a atendibilidade das informações probatórias recolhidas. Tais institutos e métodos detêm o mérito de assegurar a efetiva tutela da testemunha, no ato da audiência de julgamento como ‘centro gravitacional do processo e sede normal da produção da prova criminal’, em detrimento das medidas que consistem no emprego de ‘intermediários’ de prova, tais como a leitura de autos e testemunho de ‘ouvir dizer’ – muito mais vulneráveis do que a teleconferência e a ocultação da identidade, mormente se confrontados sob o ângulo de visão dos princípios do contraditório e da imediação.

A Lei brasileira impõe medidas para este fim – as quais terão duração máxima de dois anos, admissível a prorrogação –, mas o faz de modo difuso, a saber: 1) a escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para prestação de depoimentos; 2) a preservação da identidade, imagem e dados pessoais; 3) a concessão de medidas cautelares direta

78 Silva, 2007:113-119.

ou indiretamente relacionadas com a eficácia da proteção; e, 4) a prioridade na tramitação do inquérito e do processo criminal em que figurem indiciado, acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunha protegidas pelos programas protetivos destas; e bem ainda a tomada antecipada – depoimento de memória futura – do depoimento das pessoas nessa condição, como regra geral, devendo o juiz justificar a impossibilidade de fazê-lo⁷⁹.

Diante de uma eventual anomia, reafirmamos que incumbe assim ao juiz brasileiro como ao português valer-se das regras da experiência e da sua prudente discricionariedade, para colmatar eventuais lacunas e ponderar a tutela das testemunhas e as provas valiosas tendentes em face do descobrimento da verdade, em harmonia com os princípios do contraditório, da publicidade e da imediação; tudo em ordem a formar sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas na investigação criminal e no processo penal, expungindo aquelas obtidas em violação de normas constitucionais ou legais. Assim, afirmamos que um conjunto de medidas são indispensáveis para a segurança do AI, as quais se legitimam, em situações excepcionais, para preservar os meios de prova por ele adquiridos, bem como a fim de proteger a sua vida e a sua integridade física e de seus familiares. Não por acaso, as legislações infraconstitucionais, brasileira e portuguesa regulamentaram e disciplinaram as regras de comparência do AI em Juízo, para efeito de prestar depoimento em sede de audiência de processo penal. No entanto, a despeito de toda essa panóplia, incumbe ao órgão decisório observar uma tábua de princípios e regras para assoalhar suas decisões no trâmite processual e seu édito, seja condenatório, seja absolutório. E isso fosse pouco, a vida do AI pode seguir em perigo; o que fazer em casos tais?

5. O VALOR PROBATÓRIO ATRIBUÍVEL AO RELATÓRIO E DEPOIMENTO DO AGENTE INFILTRADO E A COLISÃO ENTRE BENS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

5.1. O (des)prestígio probatório do relatório e do depoimento do AI: o contraditório, nos sistemas jurídicos brasileiro e português

Não seria disparatado dizer que o signo do sigilo subjaz na raiz e na natureza do AI. Às favas com o contraditório? Como proteger o relatório e depoimento

79 Art.ºs 7º, II e IV, 8º, e 19-A e seu parágrafo único, Lei 9.807/98.

do AI sem vulnerar este cânone constitucional? O contraditório é um dos princípios que integram o reduto civilizacional irrestritível do processo de um Estado de Direito, um dos instrumentos que conferem validade e eficácia ao ordenamento jurídico, um pilar que permite o confronto equânime entre as partes – paridade de armas – no âmbito de um processo penal equitativo⁸⁰.

E aqui o debate ‘acusação *versus* defesa’ aparece como uma disputa medularmente retórica⁸¹, regulada, contudo, por um princípio basilar, antes mencionado, o contraditório. Destaca Calamandrei⁸² a importância deste princípio, no processo penal, no sentido de que a melhor prova da ação purificadora que exerce sobre o juiz o debate de dois advogados contrapostos, destinados a absorver do ar todas as intemperanças polêmicas para deixar o juiz isolado numa atmosfera de serenidade, é proporcionada pela instituição do MP, pois, nele o Estado criou uma espécie de antagonista oficial do advogado de defesa, cuja presença evita que o juiz se ponha a polemizar com este e, inconscientemente, tome posição adversa ao acusado.

É nesse quadro que o contraditório se impõe como elemento imanente e incidível do processo penal, inclusive da fase pré-processual, a chamada investigação criminal no Brasil – destaque-se que, em Portugal, a questão não suscita dúvidas, sendo o inquérito parte integrante do processo penal. Ao nosso ver, é nessa fase que as evidências espocam e os elementos de prova proliferam, e, assim, urge que seja semeado um solo fértil à colheita de provas que, efetivamente, aproximem a justiça da verdade real. O inquérito policial não constitui, aprioristicamente, – como aponta parcela da doutrina brasileira – mecanismo dirigido privativamente à formulação da acusação por parte do MP; o inquérito policial possui conteúdo teleológico e não pode forrar-se à inflexão do contraditório, positivado no art. 5º, LV da Lei Fundamental brasileira.^{83 84} Bem por isso, a tessitura do inquérito policial deve propiciar

80 Gonçalves, 2012:73.

81 Aristóteles, 2005: “Definir a retórica não é tarefa fácil. Pois, como se crês, nunca existiu um sistema uniforme de retórica clássica, embora se multipliquem os esforços de a apresentar com um sistema. A retórica foi sempre uma disciplina flexível, mais preocupada com a persuasão dos ouvintes do que com a produção de fomas de discurso; isto é, mais preocupada com a função retórica do que com a configuração do próprio texto. [...]. Num aspeto todas as definições concordam: que a retórica e o estudo da retórica têm em vista a criação e a elaboração de discursos com fins persuasivos”.

82 Calamandrei, 1996: 127.

83 Constituição da Republica Federativa do Brasil, 1988, “Art. 5º, LV”.

84 Pietro, 1992: 345.

– ao MP e à Defesa – o contraditório como projeção inseparável do devido processo legal, emergindo o atributo de inquisitorialidade como consentâneo com regimes totalitários, e desse modo, inconciliável com a índole das Cartas Fundamentais de Brasil e Portugal.

Ao nosso sentir, garantismo e eficiência terão lugar e concreção no processo penal se, e somente se, no domínio do inquérito policial, imperar, de regra, o princípio do contraditório, – admitidas situações excepcionais – porque os elementos de prova obtidos durante a investigação, em virtude de serem colhidos próximos ao fato, têm, por óbvio, mais poder de convencimento acerca da realidade e das circunstâncias da infração penal⁸⁵. E, como exceções à desejável incidência do contraditório, assoma o elenco dos chamados atos próprios de investigação, de par com outros, cujas circunstâncias ou peculiaridades, em nome de sua eficácia mesma, autorizam a não intimação das partes, mormente do imputado ou suspeito.

Nesse ponto, divergimos de Abdala; este, em sua tese, afirma que a decisão que admite a utilização do AI, na ordem portuguesa – com autorização do MP e comunicação ao Juiz da Instrução (art. 3.º, n. 3, da Lei 101/2001) – “deve ser levada ao conhecimento dos interessados que futuramente serão denominados de partes, pois a falta de tal medida fará com que o contraditório não seja devidamente respeitado, gerando, diretamente, uma afronta à garantia da não surpresa⁸⁶”.

Como visto, há exceções que se impõem em desfavor da aplicação do contraditório pleno em face mesmo da natureza de certos atos investigatórios e de circunstâncias peculiares; desse modo, exsurtem os denominados atos próprios de investigação, para cuja efetivação não há como exigir prévia intimação do suspeito a fim de acompanhá-la, sob pena de torná-las inócuas ou ineficazes, e de fazer tábula rasa da eficiência da persecução criminal. Durante a investigação é comum que haja a imperiosa necessidade de adoção de medidas cautelares restritivas, seja patrimonial, seja pessoal, assim, por exemplo, o arresto, o exame de corpo de delito, a perícia complementar, o exame de local do crime; assim, a natureza cautelar reside no fato de buscar, ainda na fase do inquérito, assegurar o resultado efetivo da produção da prova, ante o concreto perigo de que ocorra a dispersão dos elementos probatórios quanto aos fatos

85 Fernandes, 2005: 90.

86 Gonçalves, 2012: 77.

do *thema probandum*⁸⁷. Medidas dessa índole ostentam mesmo caráter restritivo de direitos, impossibilitando a participação do investigado ou suspeito; nesse espectro, não faz sentido intimá-los previamente. É bem o caso da utilização do AI, nos termos aqui preconizados.

O emprego do AI bem se ajusta à índole, à natureza cautelar e o caráter restritivo de atos próprios de investigação, para cuja realização a intimação do investigado ou suspeito não só é despicienda como contraproducente. Todavia, as provas produzidas cautelarmente ou aquelas irrepetíveis serão posteriormente submetidas ao contraditório. É o chamado contraditório diferido ou delongado. De efeito, é esta a orientação consagrada pelo TEDH, na assertiva de que toda a prova, em regra, deve ser produzida, na presença do acusado, numa audiência pública, sob o crivo do contraditório; contudo, não é de todo descabido e inconsistente com o seu art. 6º, n.º 1 e 3, alínea d), a utilização, como meios de prova, de depoimentos obtidos na fase do inquérito policial e na investigação judicial, contanto que os direitos da defesa tenham sido respeitados. Estes direitos impõem que ao acusado seja propiciada a oportunidade de desafiar e questionar a testemunha contra si, quer no momento em que esta presta depoimento, quer em fase mais avançada. Quando tal não ocorre, caso a eventual condenação seja lastreada, única ou decisivamente, em depoimentos com este perfil, os direitos de defesa são restringidos a um patamar incompatível com as garantias asseguradas pelo retro referido artigo 6.º da CEDH. De acordo com a jurisprudência do TEDH, sempre se reputou necessário proceder a uma avaliação global da justiça dos procedimentos, de modo a verificar se os direitos dos acusados foram intoleravelmente restringidos, destacadamente tendo em presença o peso dos interesses da vítima, da defesa e das testemunhas, e bem assim o interesse público na efetiva realização da justiça penal⁸⁸.

Nos Direitos Brasileiro e Português – realce-se neste o aludido contraditório *ad hoc* –, já no nascedouro, a ação infiltrada é deferida sem que se abra à Defesa a oportunidade de ‘contradizer’, bastando-se os indícios de infração penal, devendo aquela ser adequada aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, destacadamente a coleta de material probatório, e proporcional a

87 Fernandes, 2005: 68.

88 Silva, 2013: 211-223. Proc. n.º 61800/08, Artigo 6.º, n.º 3, al. d) da CEDH, p.p 211-223. Ver casos Lucá contra a Itália, n.º 33354, parágrafo 40 e Gossa contra a Polónia, n.º 47986/99, parágrafo 52, de 9 de janeiro de 2007.

estas finalidades e à gravidade do crime em apuração. A lei portuguesa se escusa de dizê-lo, mas a brasileira, conforme o seu art. 12, explicita que o pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o AI; entretanto, o § 2º deste dispositivo alude que os autos com as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia – acusação – do MP – quando serão disponibilizados à Defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente. Assim, haverá dois momentos, o da investigação e o da denúncia. Na fase da investigação, há o sigilo absoluto; nesta, a Defesa não tem qualquer participação na produção de prova, vez que os autos da infiltração nem sequer pertencem ao inquérito, estando apartados.

Por certo, o AI é um dos métodos de aquisição de prova que demandam altos níveis de confiança e bem assim de integração e de interação entre os seus operadores, nomeadamente: 1) a Autoridade Policial e Investigadores; 2) Juiz – de instrução ou de instrução e julgamento, conforme se trate do caso brasileiro ou do caso português; e 3) o MP. Aqui, mais do que em qualquer outro momento pré ou processual propriamente dito, torna-se imperativo o exercício da ação comum, da ação comunicativa; noutros termos, o manejo do diálogo, através da palavra, escrita ou falada e, destacadamente da confiança não somente na qualificação técnica como na lealdade ética desses operadores da jurisdição processual penal. Esta cooperação harmoniza-se com a ideia de ação comunicativa de Habermas, como a possibilidade humana de participar, de agir em concerto com outros, de comungar interesses, de forjar uma ação comum, que não se dá espontaneamente, mas precisa ser construída com a expressa confiança na força da palavra, na coerência do discurso, na construção de consensos com base numa razão comunicativa⁸⁹, cumprindo aos atores do sistema judiciário abandonar o modelo “departamentos estanques”, e incorporar o do tipo “vasos comunicantes”, no tocante à aplicação de medidas dessa natureza.

Nessa quadra, chega o momento de perscrutar como são avaliados os meios através dos quais o AI exercita a sua palavra, a escrita (relatório) ou a falada (depoimento), para comunicar como procedeu e o que recolheu em temas probatórios no desempenho de sua missão.

Com efeito, a racionalidade da decisão judicial depende do respeito pelo itinerário de produção da prova legalmente esboçado, tanto nos seus princípios

89 Machado, 2015: 297-298.

orientadores – o contraditório, a imediação e a publicidade – quanto nas concretas regras procedimentais. Para além, deve o juiz reger-se pela livre apreciação das provas, pelas máximas da experiência e pelo dever de fundamentação de suas decisões – arts.º 205, n.º 1, e 32.º, 1, CRP e 127.º do CPP português, e bem ainda os arts. 93, IX, da CRB, 155 do CPP brasileiro. Há de ter-se presente, no entanto, que as regras da experiência servem para produzir prova de primeira aparência – *prima facie evidence* –, haja vista que ensejam presunções judiciais – *praesumptio iudicis* –, naturais, simples, decorrentes da observação do que comumente acontece na experiência comum de vida; são meras heurísticas, argumentos que ajudam a explicar que o normal tende a ocorrer – *id quod plerumque accidit* –, sendo certo, todavia, que o caso concreto pode ficar fora do caso comum ou típico, porquanto a prova é sempre particularística⁹⁰. Nesse painel, há que admitir-se a existência de controvérsia também sobre o valor que deva ser atribuído às provas obtidas por meio da atividade de infiltração, destacadamente o relatório e o depoimento do AI.

A questão que exsurge é: a prova produzida pelo AI possui menos valor do que outras? Não deveria ela incorrer no campo da proibição de utilização ou de valoração, assim como a que deriva do art. 129.º, n.º 3 do CPP português, relativamente às testemunhas de ouvir dizer? Acreditamos que o depoimento assim tomado não possui menor prestígio probatório e bem ainda cremos que o testemunho do AI não pode ser equiparado aos de ‘ouvir dizer’. Não se deve renunciar à possibilidade deste meio de comprovação processual da imputação e de realização do *ius puniendi*. Antes, deve mesmo, nos lindes das possibilidades fáticas, circunstanciais e constitucionais, buscar-se uma vertente interpretativa de harmonização ou concordância prática, com vista a equacionar os direitos da defesa com a garantia do anonimato e obtenção de prova. Tais são os intentos das Leis 9.807/98 e 93/99, no Brasil e em Portugal – com observância do princípio da proporcionalidade. Porém, há que sublinhar-se que não se pode banalizar o emprego deste método; deve este cingir-se a casos excepcionais. E os legisladores brasileiro e português assim procederam. De efeito, o caráter excepcional resta bem delineado em seus aspectos e contornos, limitando-se a sua aplicabilidade aos casos de recolha de material probatório relevante e credível para a investigação e a repressão de criminalidade organizada ou

90 Mendes, 2014: 129.

altamente violenta, sempre que houver perigo sério de lesão de bens jurídicos essenciais da pessoa da testemunha e de seus familiares^{91 92}.

A valoração do resultado probatório – nele inseridos o conteúdo do relatório do AI e o seu depoimento – incumbirá ao Juízo, sendo certo que este tomará em conta aspectos relevantes da ação infiltrada, a saber, o tempo de duração, o grau de penetração e a forma de participação deste AI na organização criminosa; nessa esfera, tal depoimento afigura-se como benfazejo e salutar, vez que ninguém se acha mais habilitado do que ele para prestar esclarecimentos e informações sobre os fatos em apreciação, tendo deles participado, conhecendo deles detalhes de seu planejamento e execução, prestando-se seu depoimento como valioso elemento de prova. Refutamos a tese de que, por ser agente de autoridade, seu depoimento teria menos credibilidade do que outros – rechaçada pelo STF – no HC n.º 74.608-0, Rel. Min. Celso de Melo, j. 18.02.1997, DJU, p. 12.189; e, bem ainda, não faria o menor sentido o Estado (Administração) atribuir função tão espinhosa e relevante a um de seus agentes, para, posteriormente, o mesmo Estado (Juiz), suspeitar, de plano, de suas declarações, negando-lhe mesmo o dever e o direito de prestar contas da tarefa que realizou⁹³.

Por isso, nada obsta – antes, tudo aponta nesta direção – a que o AI preste depoimento na condição de testemunha, de excepcional importância, em condições de descrever à autoridade judiciária tudo quanto tenha presenciado e vivenciado e, em consequência, reproduzir ou aclarar atos, aspectos, dados e fatos, e bem ainda acerca do *modus operandi*⁹⁴. Na dogmática processual penal, é assente que a testemunha deverá ser inquirida sobre fatos e circunstâncias de que tenha ciência direta e que se possa consubstanciar em objeto de prova; assim, tal depoimento deverá ater-se a fatos e circunstâncias que resultam do conhecimento da própria testemunha, por meio dos seus próprios sentidos, sendo vedados os depoimentos que versem sobre questões de direito,

91 Acórdão 182/09.6]ELSB.L1-5s, Relator Nuno Gomes da Silva, 22-03-2011. “IV. [...]. As acções encobertas são um meio de investigação a usar com parcimónia e o modo como se desenvolvem deve ser objecto de aprofundado escrutínio, o que no caso foi respeitado, tendo o tribunal, a partir do momento em que em audiência teve de lidar com a existência da acção encoberta, procurado o seu esclarecimento com a profundidade devida”.

92 Silva, 2007: 279-280.

93 Cunha, 2015: 107-108.

94 Mendroni, 2015: 188-189.

juízos de valor ou simples opiniões pessoais da testemunha não lastreados factualmente⁹⁵.

Nesse sentido, ressurge a questão: quem está mais apto e habilitado a prestar depoimento acerca do fato em apuração na ação encoberta do que o AI? Ora, ele tem conhecimento direto acerca de fatos e circunstâncias que podem consistir em objeto de prova; poderá e deverá cingir-se apenas àquilo que derivou dos seus próprios sentidos, devendo – frise-se – abster-se de emitir juízos de valor, opiniões e declarações baseadas no ‘ouvir dizer’. No caso, há que se reconhecer que o legislador português – ao contrário do brasileiro – introduziu uma regra legal de valoração da prova, por meio do regime jurídico das ações encobertas, adequando a norma legal à jurisprudência do TEDH, que enfatiza a necessidade de tratar com extrema prudência o conhecimento probatório de testemunhas anônimas. Desse modo, jamais o juízo valorativo e subsequente decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, nos depoimentos ou nas declarações de uma ou mais testemunhas cuja identidade não for revelada; essas declarações, a *contrario sensu*, deverão ser corroboradas em medida determinante por elementos provenientes de fontes probatórias distintas que permitam concluir pela veracidade⁹⁶.

Por essa razão, confere-se expressão significativa a uma máxima da experiência comum, segundo a qual a concordância entre diversas fontes empíricas autônomas circunscreve a probabilidade de erro a patamares aceitáveis. Por isso, não propendemos a aceitar que o relatório e o depoimento do AI detenham menos valor do que as demais, à exceção de certos e poucos meios de prova. Nessa direção, Mendes destaca que, excepcionados os casos da confissão, da prova pericial e da prova por documentos autênticos e autenticados, não há, no campo da utilização e da valoração da prova, mais restrições ao princípio da livre apreciação da prova; e é taxativo ao assinalar que somente tais meios de prova detêm um valor especial⁹⁷.

Nesta senda, o relatório do AI reveste-se em documento corporizado em escrito e, em certos casos, registrado em disco, fita gravada ou qualquer outro meio técnico, inteligível para um certo círculo de pessoas – o Juiz, o MP e a Defesa –, permitindo-se o reconhecimento do emitente – o agente sob codificação que lhe é atribuída –, e idônea para a comprovação de fato juridicamente

95 Gonçalves, 2009: 152.

96 Acórdão de 26-3-1996 (caso *Doorson* C. Países Baixos).

97 Mendes, 2014: 221.

relevante. Nesse sentido, tornamos a sublinhar que o conteúdo do relatório pode servir à tese acusatória, mas também às teses defensivas, – princípio da comunhão de provas – até mesmo para delimitar o tipo e, conseqüentemente o domínio da prova em questão: terá o AI, substancialmente, atuado como provocador? No ponto, colhemos excerto de julgado do STJ português – objeto de análise a seguir – em que a Defesa pugna por integral acesso ao relatório do AI, para esse efeito. Nas suas razões, esta argumentou que o acórdão em apreço ‘5. [...] padece de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, uma vez que o tribunal não desenvolveu diligências no sentido de apurar factos que contribuiriam para a boa decisão da causa, quanto à qualidade em que o “trapezista” actuou, bem como se o informador aliciou ou não o recorrente na prática destes factos, os quais só poderiam ser apurados com acesso ao relato integral da acção encoberta⁹⁸’.

Nesta quadra, emerge, de modo inelutável, – apesar da aparente ausência nos sistemas português e brasileiro – como elemento dos princípios da livre apreciação e da investigação – a questão relativa ao conceito de *standard* de prova⁹⁹, assim entendido o grau de convicção mínimo exigido para reputar provado um determinado fato ou evento; em tema de responsabilidade penal, é de se evidenciar *o beyond any reasonable doubt*, qual seja, o grau máximo de persuasão do julgador¹⁰⁰. Conseqüentemente, o relatório e o depoimento do AI são portadores potenciais de valiosas informações para o deslinde dos fatos criminosos em apuração, constituem meios típicos de prova válidos – dotados de valor equiparável aos demais meios, exceto os retroidentificados – e utilizáveis em sede de avaliação por parte da entidade decisória, seja para uma decisão condenatória, seja para uma decisão absolutória.

5.2. A vida do AI, o dever de prover uma justiça penal eficaz e o direito ao contraditório: a ponderação frente a esta colidência de bens e a salvaguarda do núcleo inexpugnável da dignidade da pessoa humana

Na dicção de H. Henkel, citado por Figueiredo Dias, o direito processual penal é verdadeiro direito constitucional aplicado, numa dupla e harmônica

98 Acórdão STJ 1690/10.1JAPRT.L1. S1, 5ª Seção, Relator Arménio Sottomayor, provido em parte, unanimidade, de 11/07/2013.

99 Lippke, 2013:323-346. Trata-se de medida que se exige para a condenação criminal, a máxima certeza, que determinará ao juiz se e quando a acusação está ou não provada.

100 Melim, 2014: 143-187; 144-145 e 184.

dimensão; 1) a de que os fundamentos do direito processual penal são os alicerces constitucionais do Estado; e 2) a de que a concretização dos casos reais da vida conforma-se aos preceitos jurídico-constitucionais¹⁰¹. Resulta, pois, o imperativo da regulamentação estrita e pormenorizada, por meio de lei, do decurso do processo penal, em face de qualquer intromissão dos órgãos do Estado – designadamente o AI – na esfera dos direitos fundamentais do cidadão constitucionalmente consagrados¹⁰². Nessa medida, a lei ordinária conformadora do processo penal há de guardar harmonia com os sobreditos princípios constitucionais; prover um rigoroso controle judicial e ministerial das atividades de todos os órgãos do Estado; proibir jurisdições de exceção; e, por fim, mas não menos importante, estabelecer normas de proibição de provas adquiridas com violação da autonomia ética e a dignidade da pessoa humana – esta opera como elemento constitutivo e medida de direitos fundamentais oponíveis frente aos poderes estatais e da comunidade em geral, assim como serve como elemento limitador dos próprios direitos fundamentais, pois justifica a imposição de restrições a estes¹⁰³. Nessa concepção, afiguram-se como princípios assentes, quer na Constituição Brasileira, quer na Constituição Portuguesa, em aparente conflito, de um lado o direito imanente ao Estado de promover uma justiça penal funcionalmente eficaz e, de outro, o direito inerente ao acusado consistente na inviolabilidade do exercício do direito de defesa e da tutela da liberdade, designadamente por meio do contraditório. E, ao que assoma do caso concreto sob apreciação, um terceiro vem de aflorar: o direito à vida e à incolumidade física do AI e de seus familiares. As provas adquiridas pelo AI o foram de maneira a pôr em risco a sua vida e a sua integridade física, e bem assim as de seus familiares; nessa atividade, colheu provas de suma importância para a conformação da materialidade e a determinação da identidade do arguido; é nessa perspectiva que deve ser encarado o acervo

101 Figueiredo Dias, 1974: 74-75.

102 Miranda, 1999: 17-18 – “Somente há direitos fundamentais, insistimos, quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem. Mas, – por isso mesmo – não podem apreender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra. Os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são função do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades, assim como as aspirações e pretensões individuais, institucionais ou colectivas reconhecidas, os direitos e deveres da pessoa, a sua posição perante a sociedade e o Estado são função do sentido que ele confere à sua autoridade, das normas que a regulam, dos meios de que dispõe”.

103 Sarlet, 2013: 126-127.

probatório produzido pelo AI, nomeadamente o seu relatório – o anverso – e o seu verso, o seu depoimento em sede de audiência de processo penal.

Contudo, é de se reconhecer que a ocultação da identidade não é isenta de falhas; não é panaceia; o poder das organizações criminosas desafia o sistema de tutela das testemunhas; não obstante a confidencialidade dos procedimentos, não são raros os casos de quebra da reserva da identidade da testemunha, inclusive do AI; assim, nas hipóteses-limite de impossibilidade de uma proteção eficiente da testemunha, é a aspiração de verdade – que justifica o dever penalmente assistido de colaboração desta testemunha na realização de pretensão de justiça – que deve recuar. A Lei, portuguesa ou brasileira, entretanto, não prevê um direito à recusa ou ao silêncio desta testemunha. É certo que a participação da testemunha, nomeadamente, o AI, numa tarefa que interessa a toda a comunidade – a correta administração da justiça – importa deveres legais e certos desconfortos e incômodos, porém não se lhe pode exigir o sacrifício de sua vida e de sua integridade física, bem como de seus familiares¹⁰⁴.

Nesses cenários, exsurgem hipóteses de colidência entre esses princípios intrinsecamente constitucionais, sendo certo que tais princípios não se revestem de natureza absoluta; conforme as peculiaridades e as circunstâncias do caso, pode-se optar pela prevalência de um princípio em face do outro, sem decretar a invalidade do princípio casuisticamente afastado. Na esteira do Neoconstitucionalismo, as Constituições e as leis infraconstitucionais, mais e mais, deixam de ser, sob o prisma material, meros documentos retóricos e de inspiração política, e passam a ganhar força normativa, com a aplicação de seus preceitos de direitos fundamentais aos casos concretos – mormente porque os princípios consagradores de direitos fundamentais passaram a prescrever um “dever ser”¹⁰⁵. Desse modo, preleciona Alexy¹⁰⁶, trata-se de estabelecer uma relação de precedência condicionada aos fins¹⁰⁷ do caso em espécie e às possibilidades fáticas, por meio do método da ponderação, erigindo-se um

104 Silva, 2007: 286-292.

105 Gontijo, 2015: 33-37.

106 Alexy, 2008: 116-117. ‘A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, com suas máximas parciais, a da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)’.

107 Ross, 2000: 42-43. Na moldura sociopolítica da realidade fática sobre a qual se implementam o Direito Penal e Processual Penal, postulamos que a ciência do direito não pode ignorar a função social do Direito, sob o risco de tornar-se insatisfatória e obsoleta; o juiz não pode ser motivado exclusivamente pelas normas jurídicas em si mesmas; também deve sê-lo pelos fins sociais, pelas exigências do bem comum e pelo discernimento teórico das conexões sociais de relevo ao prosseguir aqueles fins.

mandado de otimização. Pese embora o legislador já tenha realizado esse juízo de proporcionalidade, os direitos fundamentais comportam, à luz de sua feição e natureza, uma constante e casuística ponderação diante de situações concretas de conflito de interesses – o que deverá ser feito pelo julgador¹⁰⁸.

Uma vez mais, exsurge o conceito axial de toda e qualquer ordem jurídica: a dignidade da pessoa humana. Kant insere-a no centro de gravidade de toda a vida; para ele, os objetos de nossas aspirações têm valor relativo, servindo-nos como meros meios; tão-só o homem é dotado de valor absoluto. As coisas têm preço, somente as pessoas humanas têm dignidade¹⁰⁹. Na esteira de pronunciamento do Supremo Tribunal Alemão, ‘não é nenhum princípio de ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço’. Há, pois, uma fronteira resplandecente, consubstanciada na dignidade da pessoa humana¹¹⁰. Noutras palavras, a investigação e a repressão criminal, como faces do processo penal contemporâneo e equitativo, não podem ter caráter absoluto. A obtenção de provas e o descobrimento da verdade judicial hão de obedecer a certos limites; portanto, será aceitável a perda ou diminuição de material probatório relevante para o funcionamento eficaz da administração da justiça criminal, quando se afigurar necessária à proteção de bens mais valiosos, designadamente a vida ou a integridade física da testemunha ou dos seus familiares¹¹¹.

Ao aqui chegarmos, insta abordar um caso concreto, ‘o infiltrado americano’. Consoante veremos, tal caso, em cores vivas e realismo, demonstra que os conceitos e questões antes analisadas, mais que nunca, permanecem atuais e não prescindem de uma acurada, dinâmica e ponderada interpretação por parte dos órgãos jurisdicionais e da doutrina, de maneira a promover o equilíbrio virtuoso em face dos bens e valores conflitantes em presença.

108 Alves, 2013:345-389; 374-377.

109 Nalini, 2008:158-162.

110 NJW 1960, 1582, *apud* Costa Andrade, 2006: 117.

111 Prado, 2014:54: “O bem jurídico consubstancia um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, reputado essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido, devendo estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito”.

6. A ANÁLISE DO CASO ‘INFILTRADO AMERICANO’, À FACE DO ACÓRDÃO DO STJ

À partida, divisamos, na tecedura fática e processual do caso ‘infiltrado americano’, aspectos tão relevantes quanto críticos relativamente à controversa personagem do AI. Neste elenco, acentuaremos: 1) a possibilidade de atuação de um terceiro – particular ou não – fora dos quadros da Polícia Judiciária nacional competente no território onde ocorre a ação infiltrada; 2) a importância do relatório do AI, como meio de prova, para o deslinde *do thema probandum*, seja em prol da acusação, seja em prol da defesa, no tocante à sua junção – obrigatória ou não – aos autos, até como forma de controlar e qualificar, de modo adequado, sua atuação como tal, ou se no campo das provas proibidas como agente provocador; 3) a comparência do AI como testemunha em audiência de julgamento e o direito de recusa, – mesmo podendo servir-se das medidas de proteção pertinentes – e, bem ainda se estas são eficazes em casos excepcionais e extremos.

Quanto ao primeiro aspecto, reafirmamos o posicionamento de que um terceiro só deve ser admitido como AI, se for agente de autoridade – mesmo estrangeiro; no caso, este é bem-vindo como agente colaborador no enfrentamento da criminalidade grave, organizada, transnacional e do terrorismo¹¹². Tanto mais quando se cuida de AI americano – *undercover agent* –, de cujos conhecimentos, *know-how* e tradição não se pode duvidar; seus contributos são não apenas benfazejos como indispensáveis na composição de esforços e de capacidade operacional e tecnológica, para fazer face à escalada do crime em geral. Bem por isso, afirmamos que o ordenamento português andou melhor do que o brasileiro, visto que este limita a atuação do AI a agentes de autoridade nacionais, não admitindo terceiros de qualquer espécie; aquele admite, às expensas, a interveniência de terceiro, inclusive um funcionário policial estrangeiro. Na situação fática em apreço, logo se vê que a atuação do ‘agente americano’ foi determinante para a eficácia da ação investigativa e da detenção dos acusados – tudo de harmonia com os prefalados princípios da igualdade

112 Pereira, 2005: 225-255. Conquanto faça coro com aqueles que opõem óbices de ordem constitucional, Rui Pereira pondera que não se deve apostar numa solução radical, de modo a rechaçar, de logo, todas as possibilidades de utilização do AI; tal desiderato poderia conduzir a um elevado custo político-criminal, notadamente tendo em conta os casos de terrorismo ou de criminalidade organizada; nestes casos, o emprego do AI pode constituir o único meio apto e idóneo de prevenir a lesão de bens jurídicos da maior dignidade. Para o autor, em certos casos, há-de prevalecer a necessidade imperiosa de realização da justiça penal, no enfrentamento de um tipo de criminalidade portadora de especial gravosidade, nas quais os direitos fundamentais dos indivíduos devem ceder em favor de “um interesse geral que se consubstancia na prevenção da criminalidade e manutenção da paz social”.

soberana, da integridade territorial e da não-ingerência nas questões internas do outro Estado signatário, consagrados na Convenção de Palermo.

No referente ao segundo aspecto, realçamos que o relatório do AI é um requisito mandatório de controle e constitui-se em meio de prova nem mais nem menos importante do que os demais, à exceção daqueles de valor reforçado, nomeadamente a confissão, a prova pericial e os documentos autênticos e autenticados. No ponto, divergimos do Acórdão do TRL, cujo excerto é transcrito pelo Sr. Relator do Recurso examinado pelo STJ; aquele, em dada altura, enuncia que ‘a legalidade da acção encoberta decorreu sob a sua supervisão e controlo jurisdicional e, por outro lado, mesmo que se entendesse que o disposto no n.º 6 do art.º 3º da Lei de Acções Encobertas respeita ao relato final – o que nenhum argumento literal ou teleológico sustenta – nenhum vício ou ilegalidade decorreria de tal inobservância porquanto, como se esclarece no aresto que ora se convoca, tal relato destina-se apenas a permitir o controlo judicial da acção encoberta, não constituindo meio de prova¹¹³.

Nossa asserção de validade e de valor do relatório do AI aplica-se assim para a acusação como para a defesa; nesse particular, observamos que é a Defesa do arguido AA quem verbera não só pela junção do relatório aos autos, como pelo amplo acesso a todos os atos e etapas da operação encoberta, como forma de aferir a legitimidade desta: se nos limites impostos pela lei e admitidos pela Constituição ou a ultrapassar estas barreiras e desembocar no terreno das provas proibidas, uma vez se comprove tenha tal agente procedido como ‘provocador’. De mais a mais, preconizamos que a tal junção, que é indispensável, deve ser procedida com observância do contraditório, ainda que diferido ou delongado; colhemos o escólio de Beleza segundo o qual o relato a ser junto ao processo por sua indispensabilidade como meio de prova terá de importar necessariamente o chamamento do AI – ainda que sob identidade oculta – a prestar depoimento em audiência de julgamento, devendo tal documento ser corroborado por outros meios de prova; pois ‘não terá valor probatório por si só, mas tê-lo-á em conjugação com os demais’. Todavia, neste ponto, sustentamos que o relatório, por si, encerra valor probatório, o qual pode ser robustecido com o depoimento de quem o confeccionou. De resto, o juiz há de formar seu convencimento mesmo em face do exame dos meios de prova em seu conjunto, a teor do princípio do livre convencimento e das regras da experiência¹¹⁴.

113 Acórdão n.º 326/12.0JELSB.L1. S1, 5ª Secção, Relator Nuno Gomes da Silva, 09-04-2015.

114 Beleza, 2011: 154.

No tocante ao terceiro aspecto, defendemos que, de regra, o AI deverá comparecer em sede de audiência de discussão e julgamento – sob as medidas protetivas do estatuto que lhe confere a lei de proteção de testemunhas, isto é, sob identidade fictícia, por meio de teleconferência com distorção de imagem e voz e excepcionalmente em outro prédio público –, permitindo-se, assim, um mais alargado espectro de esclarecimentos acerca de pontos duvidosos, omissos ou obscuros da sua atividade, sob o crivo de um novo contraditório, capaz de permitir um *cross-examination*. Interessante notar que o Sr. Relator do Acórdão do STJ censura, de modo implícito, a afirmação do Acórdão recorrido no que respeita à desqualificação do relatório como meio de prova; e assim, expressa o Sr. Relator que “[...] toda a controvérsia se centra na existência da ‘ação encoberta’. Deve frisar-se, em primeiro lugar, que a fundamentação da matéria de facto a propósito da ‘ação encoberta’ considera que o chamado relatório final não tem relevo probatório e centra-se nos depoimentos do agente português infiltrado e do chamado ‘case officer’ norte-americano, agente especial da DEA, responsável no estrangeiro por uma acção que se poderia dizer ser encoberta e pela supervisão nessa operação de um agente infiltrado.[...] E o que pretendiam os recorrentes com os recursos interlocutórios que interpuseram? [...] Demonstrar que houve diligências na ‘acção encoberta’ que não estão evidenciadas no chamado ‘relatório final’ e que era esse o sentido das perguntas que o seu mandatário foi impedido de fazer à testemunha [...]”

Como bem se vê, no caso, o relatório do AI revela-se meio de prova relevante para o deslinde dos fatos, na visão da defesa; e mais, o conteúdo do relatório seria – ou será – determinante para abalar a credibilidade do seu depoimento; portanto, preconizamos que o relatório e o depoimento podem ser complementares e, ademais, permitem um exercício mais consistente do princípio do contraditório, quer para o MP, quer para a Defesa.

A propósito dos interesses conflitantes no caso em comento, nomeadamente o da Defesa, consistente em fazê-lo prestar depoimento como testemunha, e o da salvaguarda da vida e da integridade física desse AI e de seus familiares, defendemos a prevalência deste último. Consignamos que, no ponto, o MP andou bem ao, estrategicamente, por razões de segurança, promover a substituição do ‘infiltrado americano’ por outra testemunha. Não por acaso, no Acórdão trazido a lume, o Sr. Relator deu provimento aos recursos interpostos pelos acusados, para anular o Acórdão do TRL, e determinar que outro seja proferido, a fim de colmatar a omissão de pronúncia acerca, nuclearmente,

da ação encoberta – aí incluídos aspectos respeitantes aos limites desta, ao relatório do AI e ao confronto deste com o conteúdo de seu depoimento em audiência de julgamento e mesmo – frise-se – a salvaguarda da segurança do agente de autoridade do DEA.

7. CONCLUSÃO

Uma vez feita a devida ponderação dos interesses em contraposição, de necessidade de melhor aparelhamento estatal – para a prevenção e a investigação do crime organizado, do terrorismo, e das formas mais graves de delitos – e a intangibilidade dos direitos fundamentais dos cidadãos, acreditamos que a técnica de obtenção de prova mediante a atuação do AI é concebível em um Estado Democrático e Social de Direito, se o legislador a adotar como *ultima ratio* e revestir sua regulação de contornos os mais estreitos e típicos possíveis, de modo a determinar que a inevitável violação de certos direitos esteja vinculada a critérios lógicos – necessidade e proporcionalidade; temporais – prazos máximos de duração –; e valorativos – a validade e o valor da prova obtida mediante o emprego desse método excepcional, por forma a prevenir e reprimir a crescente criminalidade organizada em escala transnacional.

Nessa ordem de considerações, propugnamos que é de mister a utilização da experiência e da expertise do AI estrangeiro, admitido como meio de aquisição de prova sob o controle da Polícia Judiciária do Estado nacional – preservada a soberania deste – em cujo território tem lugar a atividade infiltrada, máxime quando se trata de agentes dos EUA, cujo solo é reconhecidamente fértil nas respectivas capacitação e preparação, para o combate àquele jaez de criminalidade.

O relatório – consistente em documento e não em auto – e o depoimento do AI consubstanciam-se em meios de prova típicos, cada qual com os respectivos regramentos, valor e prestígio probatórios próprios, e como tais, não devem, de plano, ser erigidos à categoria de prova reduzida – em contraposição à de valor reforçado, notadamente a confissão, a prova pericial e os documentos autênticos ou autenticados. De regra, o relatório deve ser juntado aos autos, assim como prescreve a Ordem Jurídica Brasileira em contraface à Portuguesa, que limita a junção ao critério da indispensabilidade; bem ainda, este meio probante visa a descrever e retratar ações, acontecimentos e fatos potencialmente relevantes para o descobrimento da verdade, – em certos casos, são mesmo decisivos para ajudar a desvendar se o AI atuou no território das provas proibidas, como “provocador”.

Defendemos que ao relatório deve seguir-se, lógica e cronologicamente, o depoimento do AI em audiência de julgamento, tanto mais por ser uma magna oportunidade de esclarecimento de aspectos e pontos daquele documento. Este depoimento afigura-se, sim, relevante, embora subordine-se à regra da corroboração, mormente se se tratar de eventual decisão condenatória; contudo, mesmo nas hipóteses de absolvição, deve a entidade decisória lançar mão de duas diretivas cruciais: regras das experiências e a livre convicção, mediante as quais se explicitam os motivos e os critérios valorativos da prova. Em face do elevado poder das organizações criminosas, inclusive as terroristas – no seio das quais, no mais das vezes, o AI se insere – o plano da realidade normativa, abeberando-se em cânones de instrumentos internacionais, provê um sistema de medidas, tendo em conta o imperativo de realizar justiça eficaz em equilíbrio com o princípio cardeal do contraditório. A proteção da testemunha, categoria ampla e heterogênea, em que se inclui o AI, configura um dever indeclinável do Estado, na estrita medida da salvaguarda de uma fonte de prova essencial à verificação probatória dos fatos em investigação; é dizer, à efetivação da justiça e à concreta realização do *ius puniendi*. Tais medidas protetivas das testemunhas, nomeadamente a teleconferência e a exclusão da publicidade, devem circunscrever-se às diretivas de um processo penal equitativo, que tenha como finalidade precípua a busca da verdade material em concordância prática com o direito de defesa do acusado, sob o crivo dos princípios do contraditório, da imediação e da publicidade.

As próprias leis portuguesa e brasileira realçam a nota da excepcionalidade dessa medida, e assim ela deve ser manuseada; cabe aos sujeitos processuais, em ação comunicativa, no âmbito de uma disputa retórica, porém leal e regrada, definir a necessidade de seu manejo, em atendimento ao princípio da proporcionalidade. Tomando-se em conta as características e os contornos do caso concreto, na situação-limite, se as medidas protetivas se revelarem ineficazes, a despeito da inexistência de um direito à recusa ou ao silêncio, o AI deverá fazer uso dessa possibilidade, máxime quando estão em perigo concreto e iminente a sua vida e de seus familiares – de harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja salvaguarda incumbe ao Estado Democrático e Social de Direito.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Catarina Abegão

2013 “Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Freitas”, *in: Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, Número 16, outubro-dezembro. Almedina.

ALEXY, Robert

2008 “*Teoria dos direitos fundamentais*”, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros.

AMBOS, Kai

2008 “Processo Penal Europeu: Preservação das garantias e direitos individuais (Princípios processuais e análise da Convenção Européia de Direitos Humanos)”, *Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri Lima*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

ARISTÓTELES

2005 “*Retórica, Obras Completas*”, Coord.: Antônio Pedro Mesquita, Tradução e notas Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. 2ª edição, revista, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda.

BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa

2011 *Prova criminal e Direito de Defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Almedina.

BONFIM, Edilson Mougén

2009 “*Código de processo penal anotado*”, 2ª ed, São Paulo: Saraiva.

BRAZ, José

2009 “*Investigação Criminal*” – A organização, o método e a prova, Os desafios da nova criminalidade, Almedina.

CALAMANDREI, Piero

1996 “*Eles, os juízes, vistos por um advogado*”, São Paulo: Martins Fontes.

CANCIO MELIÁ, Manuel; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez

2008 “*Crime organizado – tipicidade, política criminal e processo: Brasil, Espanha e Colômbia*”, CALLEGARI, André Luís (Org), Porto Alegre: Livraria do Advogado.

COMTE-SPONVILLE, André

2009 “*Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*”, Tradução Eduardo Brandão, 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.

COSTA ANDRADE, Manuel da Costa

2006 “*Sobre as proibições de prova em Processo Penal*”, 1ª reimpressão, Coimbra Editora.

- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista
 2015 “*Crime Organizado, Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº 12.850/13)*”, 3ª edição, Editora JusPODIVM.
- FERNANDES, Antônio Scarance
 2005 “*Processo Penal Constitucional*”, 4ª Ed. Revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
 2005 “*Teoria Geral do Procedimento no Processo Penal*”, Revista dos Tribunais.
- FEITOZA, Denilson
 2009 “*Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*”, 6ª edição, revista, ampliada e atualizada, Niterói: Impetus.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge
 1974 “*Direito Processual Penal*”, 1º Volume, Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel,
 2009 “*Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas*”, Coimbra: Almedina.
- FLETCHER, George P
 1998 “*Basic Concepts of Criminal Law*”, New York: Oxford University Press.
- FRIEDE, André Carlos Reis
 2014 “*Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado*”, Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João
 2012 “*A prova do crime: meios legais para a sua obtenção*”, Almedina.
- GONÇALVES, Vinícius Abdala
 2012 “*Considerações críticas à figura do agente infiltrado*”, *O caso Teixeira de Castro*, Biblioteca da FDUL.
- KHALED JR, Salah H
 2013 “*A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*”, São Paulo: Atlas.
- LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J.; KERR, Orin S
 2009 “*Principles of Criminal Procedure: Investigation, Second Edition*” St Paul, MN: Thomson Reuters.
 2009 “*Principles of Criminal Procedure: Post-Investigation. Second Edition,*” St Paul, MM: Thomson Reuters.
- LIPPKE, Richard L
 2016 “*Justifying the proof structure of criminal trials*”. *The international Journal of Evidence & Proof*, vol. 17, pp. 323-346.
- LOPES JR, Aury
 2010 “*Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*”, Lumen Juris.

LOPES, José Eduardo Gonçalves.

2009 *“A execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – o caso Português”* – Lisboa: AAFDL.

MACHADO, Nilson José

2003 “Violência e Palavra”, in: *Linguagem, Conhecimento, Ação, Ensaios de Epistemologia e Didática*, Organizadores: Nilson J. Machado, Mariza O. Cunha, Escrituras Editora.

2015 “O conhecimento como valor, *Ensaios sobre Economia, ética e educação*”. São Paulo: Editora Livraria de Física.

MEIREIS, Manoel Augusto Alves

1999 “*O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal,*” Almedina.

MELIM, Mafalda

2014 “*Standards de prova e grau de convicção do julgador*”, in: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, nº 16, outubro-dezembro 2013, Edições Almedina.

MENDES, Paulo de Sousa

2014 “*Lições de Direito Processual Penal,*” Almedina.

2001 “As proibições de prova no processo penal”, in: PALMA, Maria Fernanda (Coordenação Científica), *Jornada de processo penal e direitos fundamentais*, Coimbra.

MENDRONI, Marcelo Batlouni

2015 “*Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais,*” 5ª edição, São Paulo: Atlas.

MIRANDA, Jorge

1999 “*Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Apontamentos das aulas,*” Lisboa.

NALINI, José Renato

2008 “*Filosofia e Ética Jurídica,*” São Paulo: Editora dos Tribunais.

ONETO, Isabel

2005 “*O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas,*” Coimbra Editora.

PALMA, Maria Fernanda

2014 “Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da Prova”, in: *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, (Coord) Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes; Carlota Almeida, Coimbra: Almedina.

2002 “*Declaração de voto:*” Acórdão nº 116/02 do Tribunal Constitucional.

PEREIRA, Rui

2005 “O agente encoberto na ordem jurídica portuguesa”, in: VALENTE, Coord: Manoel Monteiro Guedes/*Congresso de processo penal (memórias)*, Coimbra: Almedina.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella

1992 “*Direito Administrativo*”, 3ª ed. São Paulo: Atlas.

PRADO, Luiz Regis

2014 “*Bem jurídico-penal e Constituição*”, 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira

2000 “*Agente Infiltrado: Inovação da Lei 10.2171/2001*”, in: *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*; ESMP, Vol. 1, N° 1.

RODRIGUES, Anabela Miranda

2002 “*Justiça penal internacional e protecção de vítimas-testemunhas por meios tecnológicos*”, BOAdv, n° 21.

RODRIGUES, Patrícia Corrêa

2015 “*Relato e Depoimento do Agente Infiltrado*, Lisboa”: [s.n] 51 p. 2014 – Relatório de Doutoramento.

ROSS, Alf

2000 “*On Law and Justice*, Direito e Justiça” – Tradução Edson Bini – revisão técnica Alyson Leandro Mascaro, EDIPRO.

SARLET, Ingo Wolfgang

2013 “Comentário ao art. 1º, III”, in: CANOTILHO, J.J; MENDES, Gilmar F; (Coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, pp.121-128.

SILVA, Germano Marques da,

2005 “A criminalidade organizada e a investigação criminal”, in:VALENTE, Coord: Manuel Monteiro Guedes/*Congresso de processo penal (memórias)*, Almedina.

SILVA, Germano Marques da

1999 “*Curso de processo penal*”, 2ª ed. Lisboa: Verbo.

SILVA, Júlio Barbosa e

2015 “*Súmulas de jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Caso Gani contra a Espanha*”, de 19 de fevereiro de 2013, proc. n° 61800/08, Artigo 6.º, n.º 3, al. d) da CEDH, in: *Revista do Ministério Público*, 142, Coimbra Editora, p.p. 211-223.

SILVA, Sandra Oliveira

2007 “*A protecção de testemunhas no processo penal*”, Coimbra Editora.

SOUSA, Marllon

2015 “*Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*”, São Paulo: Atlas.

TARUFFO, Michele

2011 “*La prueba de los echos*, Tradução de Jordi Ferrer Beltrán”, 4ª ed. Trota, 2011.

VILELA, António José; PINTO, Nuno Tiago

2012 “*O infiltrado americano*”

VILLANUEVA, Carmem Navarro,

2009 “Protección a testigos y peritos”, *In: Revista de Derecho Procesal*.

ACESSO DAS VISADAS A DOCUMENTAÇÃO CONFIDENCIAL COM POTENCIAL VALOR EXCULPATÓRIO NAS CONTRAORDENAÇÕES DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Patrícia Oliveira*

ABSTRACT: If a certain document which is part of an antitrust proceeding is classified as confidential by an undertaking, in what terms may the other undertakings concerned access such document in order to assess whether the same is relevant for their defence? Portuguese Competition law specifically foresees the terms according to which such undertakings may access confidential documents which are used by the Portuguese Competition Authority (PCA) as proof to determine whether or not there is an infringement. Nevertheless, there is no legal provision determining the terms of access to documents which are not used as proof by the PCA and may potentially be relevant for the undertakings' defence. This paper aims to analyze the recent decisions issued by Portuguese Courts on how to harmonize defence rights and the protection of confidential information in such instances.

SUMÁRIO: 1. Enquadramento. 1.1. Direito de Defesa e Segredo de negócio no âmbito das contraordenações do Direito da Concorrência. 2. Jurisprudência recente. 2.1. Processo 225/15.4YUSTR (Sentença de 28.09.2015 e Acórdão de 05.04.2016). 2.2. Processo 1/16.7YUSTR (Sentenças de 7.02.2016 e 15.07.2016; Acórdãos de 11.05.2016 e 7.12.2016). 2.3. Processos 291/16.5YUSTR (Sentença de 14.12.2016) e 337/16.7YUSTR (Sentença de 02.02.2017). 2.4. Processo 195/16.1YUSTR (Sentença de 25 de outubro de 2016). 2.5. Processo 194/16.3YUSTR (Sentença de 5 de janeiro de 2017). 3. Análise. 3.1. Desentranhamento dos autos. 3.2. Diferenciação entre regime a aplicar a documentos inculpatórios e exculpatórios. 3.3. Exigência de fundamentação para o acesso a documentos exculpatórios; elaboração de descrições detalhadas. 4. Conclusão.

* Por transparência, a autora informa que é jurista no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas pela autora no presente artigo correspondem à sua visão pessoal e não vinculam de qualquer forma a Autoridade da Concorrência.

1. ENQUADRAMENTO

1.1. Direito de Defesa e Segredo de negócio no âmbito das contraordenações do Direito da Concorrência

1.1.1. Direito de defesa (*direito de acesso ao processo*)

As práticas restritivas da concorrência previstas nos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência (“RJC”), constituem contraordenações puníveis mediante a aplicação de coimas¹.

A infração ao disposto nos referidos artigos rege-se pelo processo sancionatório especial previsto nos artigos 13.º e seguintes do RJC, sendo subsidiariamente aplicável o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que aprova o regime geral do ilícito de mera ordenação social (“RGCO”).

Tratando-se de um processo de natureza contraordenacional, vigoram no âmbito do processo sancionatório do Direito da Concorrência os direitos de audiência e defesa do arguido previstos no artigo 50.º do RGCO e ainda no n.º 10 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”).

O direito de defesa vigora ainda a nível europeu, no âmbito dos processos administrativos da Comissão Europeia tendo em vista a aplicação das regras da concorrência, conforme clarificado no Acórdão *Hoffman-La Roche*² do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”).

Ora, o direito de defesa do arguido integra vários direitos processuais, nomeadamente o direito de acesso ao processo (i.e., o direito de consulta do processo e de obter extratos, cópias ou certidões dos autos do processo) e ainda o direito a ser ouvido³. Tais direitos processuais destinam-se a garantir que o arguido tome conhecimento de todos os elementos que fundamentam as práticas que lhe são imputadas pela Autoridade da Concorrência (“AdC”), permitindo-lhe assim pronunciar-se relativamente aos mesmos.

No que concerne ao direito de acesso ao processo em particular, este encontra-se expressamente previsto no n.º 1 do artigo 33.º do RJC, o qual dispõe que o visado pelo processo pode, mediante requerimento, consultar o processo e dele obter, a expensas suas, extratos, cópias ou certidões.

1 Artigos 68.º e ss do RJC.

2 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffman-La Roche*, processo 85/76.

3 Lopes, 2010: 73 a 75.

Também as Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do RJC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (“Linhas de Orientação sobre a instrução de processos”), publicadas pela AdC, reconhecem expressamente esse direito no ponto 87 e seguintes.

No plano europeu, o direito de acesso ao processo encontra-se consagrado, designadamente, nos seguintes diplomas: Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos atuais artigos 101.º e 102.º do Tratado (n.º 2 do artigo 27.º); Regulamento n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos atuais artigos 101.º e 102.º do Tratado (n.º 1 do artigo 15.º); e Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE, artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (“Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo”).

No entanto, o direito de acesso ao processo encontra-se sujeito a limitações no âmbito do processo sancionatório do Direito da Concorrência, nomeadamente as relacionadas com a garantia do segredo de negócio conforme veremos de seguida.

1.1.2. Segredo de negócio

O RJC consagra o interesse legítimo das visadas na proteção dos seus segredos de negócio, dispondo o n.º 1 do artigo 30.º do mesmo diploma que “[n]a instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio [...]”.

Face ao mencionado dispositivo legal, torna-se então necessário determinar, por um lado, o que constitui segredo de negócio e, por outro lado, como é que o mesmo deve ser acautelado pela AdC.

A este respeito, importa salientar que foi recentemente publicado pela AdC e sujeito a consulta pública o projeto de Linhas de Orientação sobre proteção de confidencialidades no âmbito de processos sancionatórios e procedimentos de supervisão⁴ (“Projeto de Linhas de Orientação sobre confidencialidade”), as

4 Documento de 4 de maio de 2017, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Projeto%20de%20Linhas%20de%20Orientação%20sobre%20Proteção%20de%20Confidencialidades.pdf.

quais têm por finalidade fornecer orientações relativamente ao que se considera informação confidencial e ao procedimento a seguir na submissão à AdC de pedidos de proteção de confidencialidades.

No que concerne à primeira questão, o RJC não inclui uma definição legal de segredo de negócio, referindo apenas, no âmbito do procedimento de controlo de concentrações, que a informação respeitante à vida interna das empresas pode ser considerada confidencial pela AdC quando a empresa demonstre que o conhecimento dessa informação pelos interessados ou por terceiros lhe causa prejuízo sério (n.º 4 do artigo 43.º do RJC).

No âmbito nacional, o tema é abordado no artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial, o qual estabelece que os segredos de negócio se reportam a informações secretas (não geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis), que tenham valor comercial pelo facto de serem secretas, e que tenham sido objeto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas. Note-se que o ponto 12 do Projeto de Linhas de Orientação sobre confidencialidade adota a definição de segredo de negócio do referido preceito legal, ressalvando-se no entanto que o referido documento ainda não foi aprovado pela AdC como definitivo.

A nível europeu, é de destacar a Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo, a qual concretiza o conceito com maior precisão, esclarecendo o seguinte (no ponto 18): *“[s]e a divulgação de informações acerca da actividade de uma empresa for susceptível de a lesar gravemente, tais informações constituem segredos comerciais. Como exemplos deste tipo de informações podem citar-se: informações técnicas e/ou financeiras relativas ao saber-fazer, métodos de cálculo dos custos, segredos e processos de produção, fontes de abastecimento, quantidades produzidas e vendidas, quotas de mercado, listagens de clientes e de distribuidores, estratégia comercial, estruturas de custos e de preços e política de vendas de uma empresa.”*

Quanto à segunda questão relativa à forma como a AdC deve acautelar o segredo de negócio, o RJC prevê que as empresas identifiquem e fundamentem as informações que considerem confidenciais por motivo de segredo de negócio, e ainda que disponibilizem uma versão não confidencial das mesmas.

Neste sentido, estabelecem os números 2 e 3 do artigo 30.º do RJC que, na sequência da realização de diligências de buscas e apreensão, bem como sempre que a AdC pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de ser classificadas como segredo de negócio, a AdC “[...]”

concede ao visado pelo processo prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas". De forma similar, resulta da alínea c) do artigo 15.º do mesmo diploma que as empresas deverão proceder da mesma forma sempre que a AdC solicitar, por escrito, documentos e outras informações.

A AdC poderá discordar da classificação e fundamentação de confidencialidade apresentada pelas visadas, conforme disposto no n.º 5 do artigo 30.º do RJC. No entanto, caso a AdC considere tal classificação e fundamentação adequadas, deve assegurar a confidencialidade.

A cominação para o caso das empresas não procederem à identificação e fundamentação da confidencialidade ou não fornecerem versão não confidencial de documentos confidenciais nos termos acima referidos, é que a informação em causa é considerada não confidencial e, nessa medida, tornada pública no processo (n.º 4 do artigo 30.º do RJC).

Ora, a classificação da documentação como confidencial ou não confidencial (tendo em vista a proteção do segredo de negócio) vai ter um impacto direto no regime do acesso ao processo, suscitando-se a seguinte questão: se determinado documento constante dos autos do processo for classificado como confidencial por uma visada (e a AdC aceitar essa classificação), poderão as restantes visadas no mesmo processo aceder ao mesmo, caso o pretendam, por forma a exercer os seus direitos de defesa? E ainda: em que termos se poderá processar tal acesso?

1.1.3. Direitos de Defesa vs. segredo de negócio; acesso a documentos confidenciais inculpatórios e exculpatórios

Torna-se então necessário determinar a forma de compatibilizar ambos os referidos valores jurídicos tutelados nos casos em que as co-visadas num processo contraordenacional de Direito da Concorrência pretendam, ao abrigo dos seus direitos de defesa, aceder a documentos confidenciais que incluem segredos de negócio (das restantes visadas) e podem conter elementos relevantes para a sua defesa.

Neste âmbito, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a distinguir os documentos classificados como confidenciais e utilizados como meio de prova (documentos inculpatórios) dos documentos classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova mas que as visadas consideram que podem

ter valor exculpatório (documentos exculpatórios ou documentos potencialmente exculpatórios)⁵.

A nível europeu, a Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo estabelece o seguinte: “[...] a qualificação de um elemento de informação como confidencial não constitui um impedimento para a sua divulgação se for necessário para provar uma infracção alegada («documento incriminatório») ou que possa ser necessário para desculpar uma parte («documento desincriminatório»).

Neste caso, a necessidade de salvaguardar os direitos de defesa das partes através do acesso mais amplo possível ao processo da Comissão poderá ter mais peso do que a preocupação de proteger as informações confidenciais de outras partes.⁶”

No âmbito do Caso C-204/00⁷, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”) apreciou este tema concluindo, em relação aos documentos inculpatórios, que “a não comunicação de um documento apenas constitui violação dos direitos de defesa se a empresa em causa demonstrar, por um lado, que a Comissão se baseou nesse documento para fundamentar a sua acusação relativa à existência de uma infracção e, por outro lado, que essa acusação só poderia ser provada por referência ao dito documento⁸”.

Quanto ao tema do acesso aos documentos exculpatórios, o TJCE entendeu que: “a empresa em causa deve demonstrar unicamente que a sua não divulgação pôde influenciar, em seu prejuízo, o desenrolar do processo e o conteúdo da decisão da Comissão, na medida em que teria podido invocar elementos que não concordavam com as deduções feitas pela Comissão⁹”.

5 Refira-se que as definições adotadas destinam-se a tornar o texto mais claro uma vez que, em bom rigor, os documentos utilizados como meio de prova pela AdC podem ser inculpatórios ou exculpatórios. A referência a documentos exculpatórios ou potencialmente exculpatórios reporta-se a documentos que a AdC não utilizou como meio de prova por considerar que são irrelevantes (por não terem, segundo o seu juízo, carácter inculpatório nem exculpatório) mas que no entendimento das visadas podem ter valor exculpatório.

6 Comissão Europeia, 2005: par. 24, o qual estabelece ainda: “[i]ncumbe à Comissão apreciar em que medida estas circunstâncias estão reunidas no caso em apreço. Tal obriga a uma apreciação de todos os factores relevantes, nomeadamente:

- a pertinência das informações para determinar a existência ou não de uma infracção e a sua força probatória;
- o seu carácter indispensável;
- o nível de sensibilidade (em que medida a sua divulgação pode lesar os interesses da pessoa ou empresa em questão);
- uma apreciação preliminar quanto à gravidade da infracção alegada.”

7 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland A/S*, processos apensos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P.

8 Ponto 7 do Acórdão referido na nota 8.

9 Ponto 7 do Acórdão referido na nota 8.

A nível nacional, o Tribunal de Comércio de Lisboa (“TCL”) pronunciou-se sobre a questão do acesso aos documentos inculpatórios no caso Nestlé seguindo a orientação da jurisprudência comunitária¹⁰. Conforme salientado por Nuno Ruiz¹¹, o TCL pareceu reconduzir a questão do acesso a uma questão de falta de prova: considerou que a AdC fundou parte da acusação em causa em elementos confidenciais não comunicados à arguida e não existiam no processo outros elementos para provar a infração, pelo que determinou a nulidade insanável da decisão da AdC por preterição do direito de defesa do arguido.

Uma vez que a arguida no processo em causa não solicitou a consulta de documentos confidenciais potencialmente exculpatórios, o TCL decidiu não apreciar esta questão.

Transpondo para o direito português a solução preconizada pela jurisprudência comunitária, Nuno Ruiz considera que quando o arguido invoca o desconhecimento de documentos potencialmente exculpatórios, cabe ao tribunal pedi-los e apreciar se a respetiva não divulgação afetou a defesa: “[h]averá violação dos direitos de defesa caso exista uma possibilidade, ‘mesmo reduzida’, de o processo ter tido um resultado diferente se o arguido tivesse podido pronunciar-se sobre os documentos a que não teve acesso”¹².

O autor acrescenta ainda que a possibilidade da proteção do segredo de negócio ter de ceder perante o direito de defesa “[...] só parece fazer sentido em situações excecionais e raríssimas, em que estejam em causa documentos exculpatórios capazes de justificar outro desfecho do processo e não haja qualquer possibilidade de se obter uma versão não confidencial do documento ou um resumo não confidencial do mesmo que permita ao arguido perceber suficientemente a relevância da prova que lhe foi omitida”¹³.

José Lobo Moutinho parece considerar que esta “*submissão da questão a decisão judicial*” levanta problemas, nomeadamente a dificuldade para o tribunal em determinar a “*exata relevância probatória da informação em causa*”, para além de não suprir o problema do arguido ser colocado numa posição passiva, aguardando uma decisão unilateral de outrem sobre os meios de prova utilizáveis¹⁴.

10 Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 15 de fevereiro de 2007, processo 766/06.4TYLSB.

11 Ruiz, 2008: 131.

12 Ruiz, 2008: 132.

13 Ruiz, 2008: 133.

14 Gorjão-Henriques, 2013: 339.

A este respeito, considera-se que os critérios avançados pelo TCL não se destinavam a determinar o regime de acesso aos documentos confidenciais (mas antes a aferir a validade de uma decisão final da AdC). A isto acresce que a acima referida Sentença foi proferida ainda ao abrigo da anterior lei da concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de junho).

Atualmente, o RJC dispõe expressamente, no n.º 3 do artigo 31.º, que a AdC pode utilizar como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio¹⁵. E no que respeita ao acesso por parte das visadas a tais documentos classificados como confidenciais mas utilizados como meio de prova (para sustentar a Nota de Ilicitude e a decisão final condenatória), o RJC esclarece os termos em que tal acesso se processa.

Com efeito, conforme decorre do n.º 4 do artigo 33.º do RJC, o acesso a tais documentos é permitido apenas a advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos de exercício de defesa no âmbito da resposta à Nota de Ilicitude ou da impugnação judicial da decisão da AdC em que tais elementos sejam utilizados como meio de prova, não sendo, contudo, permitida a sua reprodução ou utilização para qualquer outro fim. Os pontos 191 e 192 das Linhas de Orientação sobre a instrução de processos contêm clarificações adicionais relativamente aos termos em que tal acesso se processa.

Deste modo, contrariamente à regra do pleno acesso ao processo consagrada nos n.º 1 e 3 do artigo 33.º do RJC, o legislador restringiu os termos de acesso aos documentos confidenciais utilizados como meio de prova (documentos inculpatórios¹⁶), de forma a acautelar a necessidade de harmonização entre, por um lado, a proteção do segredo de negócio e, por outro lado, o direito de defesa das visadas.

No entanto, subsiste determinar o modo como se poderá aceder aos documentos classificados como confidenciais pelas visadas, não utilizados pela AdC como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas

15 A este respeito, considera Nuno Ruiz (Gorjão-Henriques, 2013: 326) que “[a] AdC não deve fazer uso do artigo 31.º, n.º 3, do RJC sem, previamente, e atendendo às circunstâncias do caso concreto, ter esgotado todas as possibilidades de tutelar os segredos de negócio, ou seja, sem ponderar devidamente se a utilização de elementos que tem obrigação de manter confidenciais é indispensável à prova da infração e se o conhecimento de tais informações pode contribuir para excluir a ilicitude ou a culpa caso em que deve absolutamente tê-los em consideração”.

16 Remete-se para o disposto na nota 6.

da concorrência, mas com potencial valor exculpatório (documentos exculpatórios¹⁷). Ou seja: como deve a AdC atuar quando as visadas não titulares da informação classificada como confidencial pretendem, ao abrigo dos seus direitos de defesa, aceder a tal informação para aferir do respetivo valor exculpatório?

O RJC é omissivo quanto a esta questão, não existindo norma que expressamente regule o acesso aos documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio e não utilizados pela AdC como meio de prova (ainda que potencialmente exculpatórios).

Sem prejuízo, os tribunais têm vindo a ser chamados a pronunciar-se sobre a forma de compatibilizar, nestes casos, os direitos de defesa das visadas com a proteção dos seus segredos de negócio.

Por esta razão, considere oportuno empreender uma análise relativa ao teor da jurisprudência que se debruça sobre esta questão, face ao RJC.

Para o efeito apresentarei, em primeiro lugar, um enquadramento jurídico das questões discutidas nas decisões judiciais relevantes e, de seguida, apresentarei algumas conclusões extraídas da análise exposta.

2. JURISPRUDÊNCIA RECENTE

2.1. Processo 225/15.4YUSTR (Sentença de 28.09.2015¹⁸ e Acórdão de 05.04.2016¹⁹)

Na sequência da adoção pela AdC de uma Nota de Ilicitude no âmbito do processo de contraordenação sob o n.º PRC/2012/09, três visadas vieram requerer à AdC o acesso genérico a todos os documentos confidenciais não utilizados pela AdC como meio de prova da infração.

A AdC veio indeferir esse mesmo pedido, tendo convidado as visadas requerentes a identificar com maior rigor os documentos que entendiam poderem ser relevantes para a sua defesa, após o que a AdC decidiria sobre a oportunidade de acesso aos mesmos e mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio.

¹⁷ Remete-se para o disposto na nota 6.

¹⁸ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28 de setembro de 2015, processo 225/15.4YUSTR.

¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de abril de 2016, processo 225/15.4YUSTR.L1.

As visadas requerentes impugnaram judicialmente esta decisão administrativa junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”) argumentando, em essência, que a AdC, enquanto entidade instrutora, deve optar por: i) considerar que determinados elementos são irrelevantes e expurgar os autos dos mesmos; ou ii) manter tais elementos no processo, caso em que as visadas deverão ter o direito de analisá-los para assegurar o respetivo direito de defesa, uma vez que os mesmos já foram escrutinados pela AdC (ainda que não sejam utilizados como meio de prova e ainda que sejam confidenciais por motivo de segredo de negócio).

De acordo com a argumentação das visadas, a interpretação da AdC do n.º 4 do artigo 33.º do RJC no sentido de que as visadas têm de apresentar fundamentação quando ao potencial valor exculpatório dos documentos não utilizados como meio de prova, comprime, de forma desproporcional, o direito de defesa dos arguidos e viola o princípio da igualdade de armas (este último decorrente do artigo 20.º, n.º 4, da CRP).

O TCRS veio julgar o recurso improcedente rejeitando o acesso indiscriminado e não fundamentado das visadas aos documentos confidenciais juntos ao processo e não utilizados pela AdC como meio de prova, nos termos do excerto da Sentença que se transcreve:

“É inegável aceitar a argumentação da Autoridade da Concorrência no sentido de indeferir o pedido de acesso genérico e integral das visadas à documentação confidencial não utilizada como meio de prova – e que por isso não se encontra abrangida pela exigência plasmada no artigo 33.º, n.º 4 do Regime Jurídico da Concorrência – sem que seja identificado com rigor os documentos que entendem poder ser relevantes para a sua defesa. Só depois, e concorda-se, a Autoridade da Concorrência poderá decidir de forma crítica sobre a oportunidade de acesso à documentação e necessariamente mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio, porquanto é esta a visão que se afigura obediente às consabidas coordenadas constitucionais que presidem ao processo de tomada de decisão: preservação dos segredos de negócio e garantia dos direitos de defesa.”²⁰

Sem prejuízo de considerar, nos termos acima referidos, que o pedido de acesso das visadas a documentos confidenciais não utilizados na imputação

20 As páginas da Sentença não se encontram numeradas, sendo que o excerto transcrito consta da antepenúltima página.

da infração terá de ser devidamente fundamentado, o TCRS alertou a AdC para a eventualidade de as visadas não terem acesso a todos os elementos necessários para proceder a essa mesma fundamentação, suscitando a dúvida sobre se o índice elaborado pela AdC relativo aos documentos confidenciais continha uma descrição suficientemente detalhada de forma a possibilitar a identificação concreta dos elementos com potencial interesse para a defesa:

“[...] estendendo o olhar aos anexos juntos com as notas de ilicitude constatam-se que os mesmos indicam a proveniência do documento, indicam a data, indicam a localização, indicam a classificação (pública, parcialmente confidencial ou confidencial) mas podem subsistir dúvidas legítimas e fundadas sobre se realizam uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada de forma a possibilitar um efetivo exercício dos direitos de defesa. [...] Só se pode fundamentar o que minimamente se conhece.

Só depois de conhecer se pode saber o interesse subjacente.

E só nesse momento se pode exercer o inderrogável direito de defesa.

[...] a comumente invocada ‘jurisprudência das cautelas’ poderá determinar uma mais funda reflexão sobre a suficiência da descrição dos documentos em causa, de modo a obviar a debilidades futuras que comprometam o efetivo exercício do direito de defesa, com as decerto indesejadas consequências daí resultantes.”²¹

As visadas interpuseram recurso da referida Sentença para o Tribunal da Relação de Lisboa (“TRL”).

Não obstante, na pendência do referido recurso, a AdC decidiu permitir o acesso aos documentos confidenciais não utilizados como meio de prova nos termos explicitados em seguida em 2.2 (Deliberação do conselho de administração da AdC, de 17 de novembro de 2015). O TRL considerou por isso que o objeto do recurso se havia tornado supervenientemente inútil, não tendo conhecido da questão relativa à exigência de fundamentação para o acesso aos referidos documentos.

21 As páginas da Sentença não se encontram numeradas, sendo que o excerto transcrito consta da antepenúltima e penúltima páginas.

2.2. Processo 1/16.7YUSTR²² (Sentenças de 7.02.2016²³ e 15.07.2016²⁴; Acórdãos de 11.05.2016²⁵ e 7.12.2016²⁶)

No âmbito do já referido processo de contraordenação sob o n.º PRC/2012/09, e concomitantemente aos recursos referidos em 2.1., diversas visadas requereram à AdC o acesso a documentos não utilizados como meio de prova mas com valor potencialmente exculpatório.

A AdC notificou então todas as visadas no sentido de informarem se levantavam a confidencialidade relativamente aos respetivos documentos ou, em alternativa, permitiam o acesso das co-visadas aos mesmos, exclusivamente para o exercício do direito de defesa. Apenas uma das visadas (a recorrente no âmbito do processo judicial sob análise) negou o acesso à sua documentação pelas co-visadas nestes termos (sem prejuízo da própria ter requerido o acesso aos documentos das restantes visadas).

A AdC tentou ainda obter consenso entre as visadas ao solicitar que as mesmas identificassem, relativamente aos respetivos documentos classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova, aqueles que consideravam conter valor exculpatório. Não obstante, diversas visadas (incluindo a recorrente) não procederam à identificação solicitada.

Neste contexto, a AdC decidiu permitir o acesso pelos mandatários/assessores económicos externos de cada visada aos documentos classificados como confidenciais não utilizados como meio de prova da infração, exclusivamente para o exercício dos direitos de defesa e sem que fosse permitida a sua reprodução (i.e., a AdC permitiu o acesso aos documentos potencialmente exculpatórios nos termos previstos no n.º 4 do artigo 33.º do RJC para os documentos utilizados como meio de prova)²⁷.

Refira-se que o acesso aos documentos obedecia ainda a um conjunto de regras específicas, devendo ser realizado nas instalações da AdC mediante um

22 Conforme melhor explicitado adiante, este processo foi apensado ao Processo 225/15.4.YUSTR, passando a correr como Processo 225/15.4.YUSTR-A.L1.

23 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 7 de fevereiro de 2016, processo 1/16.7YUSTR.

24 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 15 de julho de 2016, processo 1/16.7YUSTR.

25 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de maio de 2016, processo 1/16.7YUSTR.L1.

26 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de dezembro de 2016, processo 225/15.4.YUSTR-A.L1.

27 Deliberação do conselho de administração da AdC, de 17 de novembro de 2015.

data room que apenas podia ser visualizado em simultâneo por dois membros da equipa de mandatários/assessores económicos externos de cada visada, os quais deviam assinar um compromisso de não divulgação da informação em causa e não podiam utilizar quaisquer meios técnicos que permitissem a reprodução dos documentos.

A AdC enunciou diversos fatores que levaram à tomada da decisão em apreço, nomeadamente a especial complexidade do processo em causa, a advertência do TCRS acima referida relativa à insuficiência do índice dos documentos (“[...] parece razoável admitir que as visadas não tenham condições para, em tempo útil e sem comprometer a investigação e a descoberta da verdade, assegurar, como adverte o Tribunal, a produção de um descritivo detalhado e pormenorizado de cada informação suprimida que classificaram como confidencial”²⁸) e ainda o dever de diligenciar pela eficiência, economicidade e celeridade da investigação de modo a assegurar o tempo útil do processo sancionatório.

Na sequência desta decisão da AdC, uma das visadas veio recorrer da mesma junto do TCRS alegando em essência que tal decisão violou o dever de acautelar o interesse legítimo na não divulgação dos seus segredos de negócio.

O TCRS considerou que tal decisão da AdC resultava no absoluto esvaziamento do dever de proteção da confidencialidade das informações (e não numa harmonização entre este e o direito de defesa) e conduzia a uma indiferenciação no acesso a informações com valor inculpatório e exculpatório contrária à ratio do n.º 4 do artigo 33.º do RJC.

Nestes termos, o TCRS anulou a decisão da AdC na parte que permitia às demais visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos da recorrente classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova da infração, sem qualquer exigência quando à fundamentação do pedido de consulta.

Adicionalmente, o TCRS levou mais longe a advertência anteriormente realizada no âmbito da Sentença proferida no Processo 225/15.4YUSTR. Deste modo, afirmou o TCRS expressamente que a AdC “[...] deve previamente diligenciar pela suficiente descrição dos documentos apreendidos, de forma a possibilitar que a decisão do seu acesso pelas visadas se faça de modo informado e esclarecido, permitindo a compreensão do seu teor para efeitos da sua utilização exculpatória.”²⁹

Segundo o tribunal, esta responsabilidade configura um dever procesual acessório ao dever do n.º 1 do artigo 30.º do RJC e realiza o interesse legítimo

28 P. 16 da Sentença referida na nota 24, referindo-se ao ponto 40 da decisão da AdC.

29 P. 25 da Sentença referida na nota 24.

das empresas na proteção dos seus segredos de negócio e os direitos de defesa das visadas.

Salientou ainda o tribunal que as Linhas de Orientação sobre Instruções de Processos adotadas pela AdC ao abrigo dos seus poderes de regulamentação confirmam este mesmo entendimento no respetivo parágrafo 187 que dispõe o seguinte:

“Os documentos que contenham elementos de informação considerados confidenciais por motivos de segredo de negócio, bem como a correspondência respeitante aos mesmos entre a Autoridade da Concorrência e as entidades titulares dessa informação, e que a Autoridade não entenda serem necessários para prova da infração, serão juntos aos autos em apenso não acessível aos visados pelo processo ou a terceiros, devidamente identificado como contendo informação confidencial. Dos autos do processo, e acessível a todos os visados ou terceiros, constará ainda uma listagem, elaborada pela equipa de instrução, na qual se identificam os documentos considerados confidenciais e seapresentam, sumariamente, os motivos dessa qualificação, os quais poderão resultar diretamente do tipo de informação em causa.”

A AdC interpôs recurso da referida Sentença para o TRL mas este não conheceu do objeto do recurso interposto: declarou a nulidade insanável do processado por violação da regra da competência do tribunal prevista no n.º 3 do artigo 85.º do RJC (violação do princípio do juiz natural) e determinou a apensação do processo 1/16.7YUSTR ao Processo 225/15.4.YUSTR (analisado acima em 2.1.), passando a correr como Processo 225/15.4.YUSTR-A.L1³⁰.

Sem prejuízo, o TCRS produziu nova Sentença³¹ que manteve, na íntegra, o conteúdo da Sentença anteriormente proferida nos termos já descritos, tendo a AdC recorrido da nova Sentença para o TRL.

Invocou a AdC (entre outros argumentos) que a Sentença partiu da premissa que o acesso aos documentos confidenciais das visadas não utilizados como meio de prova da infração tem um caráter incondicional e irrestrito e que tal não correspondia à realidade, designadamente porque o mesmo era limitado às instalações da AdC, a dois advogados ou assessores económicos de cada visada que deveriam assinar um termo de confidencialidade, podendo

30 Acórdão referido na nota 26.

31 Sentença referida na nota 25.

os documentos ser exclusivamente utilizados para o exercício de direitos de defesa e não podendo ser reproduzidos.

Desta feita, o TRL³² conheceu do objeto do recurso e negou provimento ao mesmo. Considerou o tribunal que a questão em discussão não era afetada pela forma de acesso aos documentos “[...] porque o que está em causa é a legalidade do puro acesso a esses elementos, processe-se ele nas condições materiais em que se processar³³” e que a AdC, “[...] ao invés de corrigir as insuficiências detetadas nos sumários dos documentos confidenciais referidos na nota de ilicitude, se escudou numa directriz que criou – a deliberação de 17/11/2015 – por força da qual o interesse da celeridade e publicidade do processo determinou o incumprimento do dever que lhe é acometido, de garante do segredo de negócio, nos termos do artº30º/1, do NRJC. [...] se a recorrente entende que a sua atuação deve compatibilizar os dois interesses em presença (segredo de negócio e exercício dos direitos de defesa) impõe-se-lhe a adoção de medidas que não neutralizem um dos fatores em exclusivo benefício do outro, como se prova que sucede com a deliberação em apreço [...]”³⁴.

2.3. Processo 291/16.5YUSTR (Sentença de 14.12.2016³⁵) e 337/16.7YUSTR (Sentença de 02.02.2017³⁶)

O entendimento do TCRS já expresso nas decisões judiciais referidas em 2.1. e 2.2. (relativas ao PRC/2012/09) foi confirmado posteriormente em sentenças proferidas no contexto de processos contraordenacionais distintos (PRC/2015/4 e PRC/2014/5).

No âmbito do PRC/2015/4, a AdC adotou uma Nota de Ilicitude contra os CTT – Correios de Portugal S.A. (CTT), acusando esta empresa de abusar da sua posição dominante ao recusar o acesso à sua rede de distribuição de correio tradicional, desde 2012, aos operadores postais concorrentes³⁷.

32 Acórdão referido na nota 27.

33 P. 15 do Acórdão referido na nota 27.

34 P. 14 e 15 do Acórdão referido na nota 27.

35 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 14 de dezembro de 2016, processo 291/16.5YUSTR.

36 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 2 de fevereiro de 2017, processo 337/16.7YUSTR.

37 Comunicado da AdC, de 22 de agosto de 2016, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201617.aspx.

No âmbito do processo, mediante deliberação de 7 de setembro de 2016, a AdC recusou aos CTT o acesso e reprodução dos documentos confidenciais exculpatórios, tendo por isso os CTT recorrido para o TCRS³⁸.

Argumentou a recorrente que não cabia à AdC escolher os documentos relevantes para a defesa mas apenas aqueles que devem permanecer no processo. E tendo a AdC decidido manter nos autos determinados documentos, tal apenas se pode justificar pela sua relevância para os factos sob investigação, independentemente de serem ou não documentos inculpatórios. Na eventualidade de tais documentos não serem relevantes para o processo, a AdC devia ter expurgado os mesmos dos autos, mas mantendo-se os documentos nos autos, tais documentos constituem forçosamente meios de prova que foram escrutinados pela AdC ainda que não mencionados na Nota de Ilicitude.

Nestes termos, a recorrente considerou que o regime previsto no n.º 3 do artigo 31.º e no n.º 4 do artigo 33.º do RJC permite o acesso (condicionado) pelas visadas aos documentos que constituem meios de prova, o que abrange todos os documentos constantes dos autos, e a interpretação da AdC segundo a qual os referidos preceitos apenas permitem o acesso aos documentos confidenciais inculpatórios viola o direito de defesa das visadas, bem como o princípio da igualdade de armas.

Sem prejuízo, o TCRS considerou que a deliberação da AdC se encontrava conforme ao disposto no artigo 33.º n.º 4 do RJC e manteve o entendimento de acordo com o qual deve haver diferenciação de regime para a prova com valor inculpatório e exculpatório, reproduzindo parte da Sentença proferida no âmbito do Processo 225/15.4YUSTR. Esta Sentença foi objeto de recurso para o TRL, o qual se encontra pendente à data da elaboração do presente trabalho.

No que concerne ao PRC/2014/5, o TCRS novamente citou a Sentença proferida no âmbito do Processo 225/15.4YUSTR considerando que o dever de confidencialidade merece compressão quando estão em causa documentos inculpatórios mas o acesso a documentos confidenciais com eventual relevo exculpatório não pode ser tratado de forma idêntica sob pena de subversão do dever imposto à AdC pelo n.º 1 do artigo 30.º do RJC.

38 O TCRS salienta na Sentença que a recorrente apenas requereu à AdC cópia integral dos documentos considerados confidenciais utilizados para a demonstração da infração mas analisa a questão como um pedido genérico de acesso a todos os documentos constantes dos autos.

Entendeu o tribunal que o acesso aos documentos confidenciais exculpatórios carecia de fundamentação (a qual era possível) pelos recorrentes, o que não sucedeu. Esta Sentença não foi objeto de recurso.

2.4. Processo 195/16.1YUSTR (Sentença de 25 de outubro de 2016³⁹)

No âmbito do processo contraordenacional PRC/2015/09, foi interposto recurso junto do TCRS, tendo as visadas recorrentes invocando a ilegalidade de duas decisões da AdC:

a) A deliberação de 14 de junho de 2016 em que a AdC solicitou às visadas a identificação de confidencialidade da informação apreendida nas respetivas instalações, bem como a preparação de resumos de informação confidencial, sob pena da mesma ser considerada como não confidencial, ao abrigo do disposto nos n.º 2 e 3 do artigo 30.º do RJC.

As recorrentes alegaram que a decisão era ilegal na parte em que impunha a elaboração de resumos da documentação confidencial, designadamente porque:

- (i) não existe fundamento legal para a exigência pela AdC da elaboração de resumos uma vez que o artigo 30.º do RJC apenas prevê a faculdade das visadas de identificação fundamentada da documentação confidencial e o artigo 18.º do RJC apenas inclui a obrigação de colaboração na prestação de informações e não o desempenho de funções da autoridade administrativa;
- (ii) no âmbito do Processo 1/16.7YUSTR (analisado acima em 2.2.), o TCRS clarificou que cabe à AdC a elaboração de descrições pormenorizadas dos documentos do processo, ao abrigo do dever processual acessório do dever de assegurar a proteção do segredo de negócio (artigo 30.º do RJC confirmado pelas Linhas de Orientação sobre Instruções de Processos);
- (iii) a exigência da elaboração de resumos de documentação confidencial viola o princípio constitucional da proporcionalidade já que gera custos e significativa perturbação da atividade da empresa por mera conveniência da AdC na organização do processo; e
- (iv) a mesma exigência viola ainda o princípio da proibição da autoincriminação (artigo 32.º n.º 1 da CRP).

³⁹ Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 25 de outubro de 2016, processo 195/16.1YUSTR.

Sem prejuízo, o TCRS considerou que a exigência da AdC era legal e proporcional, encontrando-se aquela entidade a cumprir a advertência do tribunal em decisões anteriores⁴⁰ no sentido de produzir um descritivo detalhado e pormenorizado da informação confidencial de modo a compatibilizar um efetivo exercício do direito de defesa com a proteção do segredo de negócio, o que só pode ser realizado com a colaboração das visadas (que dispõem do domínio da confidencialidade dos documentos) sob pena de entorpecimento do processo sancionatório do RJC. Deste modo, entendeu o tribunal que o n.º 2 do artigo 30.º do RJC permite sustentar um ónus de colaboração das visadas com o regime de acesso a informação confidencial, o qual é no interesse das próprias visadas.

Refira-se que as recorrentes não apresentaram os resumos na sequência da deliberação 14 de junho de 2016, pelo que a AdC solicitou novamente a descrição do teor de cada documento confidencial por decisão de 22 de setembro de 2016 enquanto o recurso ainda se encontrava pendente. As visadas em causa também recorreram desta decisão de 22 de setembro de 2016, tendo o recurso sido apensado nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do RJC. Uma vez que o objeto deste novo recurso era idêntico ao anterior e a Sentença já havia entretanto sido proferida, o TCRS seguiu a decisão proferida nos autos principais que julgou o recurso improcedente nos termos já referidos⁴¹.

b) A deliberação de 17 de julho de 2016 em que a AdC recusou o requerimento da recorrente no sentido de desentranhar do processo documentos irrelevantes para o objeto do processo e/ou protegidos por sigilo profissional e bancário, tendo considerado que cabe ao TIC delimitar o universo da prova apreendida⁴².

A recorrente considerou que a AdC tem competência para desentranhar os documentos (cabendo-lhe a direção do inquérito nos termos do artigo 17.º do RJC) e estava obrigada a fazê-lo face ao enquadramento normativo aplicável (nomeadamente o n.º 1 do artigo 263.º do CPP aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 41.º do RGCO).

40 Sentenças do Processo 225/15.4YUSTR (analisado acima em 2.1.) e Processo 1/16.7YUSTR (analisado acima em 2.2.).

41 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 20 de dezembro de 2016, processo 195/16.1YUSTR-B.

42 A prova havia sido apreendida em virtude de decisão do TIC por estar em causa uma instituição de crédito.

O TCRS julgou improcedente a anulação da decisão em causa mas clarificou que não existe impedimento legal para que a AdC proceda ao desentranhamento e devolução de documentos considerados irrelevantes para o apuramento da responsabilidade das visadas. A AdC tem competência para conduzir o inquérito, ainda que coordenada em determinadas circunstâncias com a competência do JIC, sem que a intervenção do juiz implique que a AdC não possa determinar a relevância dos elementos probatórios, pelo que, conclui o tribunal, a AdC pode ordenar a exclusão de documentação irrelevante.

2.5. Processo 194/16.3YUSTR (Sentença de 5 de janeiro de 2017⁴³)

Também no âmbito do processo contraordenacional PRC/2015/08 foi interposto recurso junto do TCRS, tendo as visadas recorrentes invocado a ilegalidade de decisões da AdC relativas à apresentação de resumos da informação confidencial (ofício da AdC de 8 de junho de 2016) e desentranhamento de documentos (ofício da AdC de 7 de julho de 2016) com argumentos semelhantes aos acima mencionados.

Na Sentença proferida pelo TCRS, este manteve o entendimento acima mencionado em 2.4. em relação a estes dois temas mas concretizou a respetiva aplicação prática.

No que concerne à elaboração de resumos confidenciais, sem prejuízo de confirmar que os mesmos podem ser exigidos ao abrigo dos n.º 2 e 4 do artigo 30.º do RJC, esclareceu o tribunal que a AdC não pode exigir às visadas tarefas para fins de compilação, organização e sistematização da informação.

Considerou o tribunal que no caso dos documentos integralmente confidenciais é legítimo exigir a descrição resumida do conteúdo das informações suprimidas por motivo de segredo de negócio quando se torne necessário para compreender o conteúdo das partes suprimidas.

No entanto, em relação aos documentos parcialmente confidenciais, a AdC apenas pode exigir a apresentação de versões não confidenciais desses documentos mas não a elaboração de um resumo pois tal já consubstancia uma pura tarefa material de compilação de informação. A AdC apenas poderá fazer essa exigência se a narrativa da versão não confidencial do documento parcialmente confidencial, em que as partes confidenciais foram suprimidas, não torne compreensível o conteúdo das informações confidenciais.

43 Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 5 de janeiro de 2017, processo 194/16.1YUSTR.

Quanto ao desentranhamento de documentos pela AdC com fundamento na sua irrelevância, o tribunal confirmou que aquela entidade tem essa faculdade mas deve assegurar o exercício do direito de defesa das demais visadas notificando-as para se pronunciarem sobre o desentranhamento (e desta forma controlarem o juízo de relevância probatória efetuado pela AdC).

3. ANÁLISE

Não obstante a omissão legal relativa a este tema, as decisões judiciais analisadas permitem que exista atualmente uma maior certeza e segurança jurídica relativamente ao modo de acesso aos documentos não utilizados como meio de prova e com potencial valor exculpatório no âmbito dos processos contra-ordenacionais de Direito da Concorrência.

De seguida apresentarei um resumo de algumas das conclusões que podem ser extraídas de tais decisões judiciais e ainda de algumas questões em aberto ou dificuldades de aplicação prática que podem ser suscitadas face ao entendimento dos tribunais.

3.1. Desentranhamento dos autos

Desde logo, encontra-se hoje clarificada judicialmente a possibilidade da AdC expurgar dos autos documentos que considere irrelevantes, devolvendo-os às visadas, o que poderia, em tese, evitar o problema de definir os termos de acesso aos documentos não utilizados como meios de prova pela AdC⁴⁴, uma vez que estes deixariam de constar do processo.

Para Miguel Sousa Ferro, a omissão no RJC relativa ao regime de acesso aos documentos exculpatórios pode estar relacionada com o facto do legislador ter partido do pressuposto que apenas ficariam no processo os documentos utilizados como meio de prova sendo que os restantes seriam desentranhados (à semelhança do que faz a Comissão Europeia), não se suscitando por isso questões quanto ao acesso de outros documentos⁴⁵.

No entanto, as duas decisões acima referidas em que o TCRS se pronunciou sobre o desentranhamento levam a conclusões diferentes sobre a forma como o mesmo se poderá processar.

Por um lado, na Sentença do Processo 195/16.1YUSTR, o TCRS afirma claramente que não existe obstáculo legal ou processual “[...] para que a AdC

44 Por esta entidade considerar que os mesmos não têm carácter inculpatório nem exculpatório.

45 Sousa Ferro, 2016.

proceda ao desentranhamento e devolução de documentos considerados irrelevantes, inócuos e desnecessários para o apuramento da responsabilidade sancionatória das visadas⁴⁶.” Refere o TCRS que é à AdC que cabe “[...] decidir quais os documentos que devem permanecer no processo, em função do seu valor exculpatório e inculpatório⁴⁷” e ainda que tendo a AdC “[...] competência exclusiva para conduzir o inquérito, bem como para determinar a relevância dos elementos probatórios, pode ordenar a exclusão de documentação irrelevante para o objeto do presente processo⁴⁸.

Por outro lado, na Sentença do Processo 194/16.3YUSTR, o TCRS afirma expressamente que quando a AdC pretenda desentranhar documentos “[...] previamente deve assegurar o exercício do direito de defesa dos demais visados em controlarem o juízo de relevância probatória efetuado por si, designadamente notificando-os para se pronunciarem sobre o desentranhamento. E se porventura os documentos em causa estiverem incluídos em alguma esfera de segredo, merecedora de tutela em termos de restrição de acesso ao processo, nada obsta a que seja aplicado, para o efeito, um regime similar e por identidade de razões àquele que a lei reserva para os segredos de negócio⁴⁹”.

A este respeito, não se acompanha o entendimento do TCRS no sentido de que o desentranhamento de documentos durante a fase de inquérito implica a pronúncia pelas visadas relativamente ao mesmo.

Nos termos do artigo 17.º do RJC, o legislador conferiu à AdC a competência para dirigir a fase de inquérito, sendo por isso esta entidade competente para determinar quais os documentos obtidos no âmbito da sua investigação que devem manter-se no processo porque relevantes para decisão final de inquérito e quais os documentos que devem ser expurgados do mesmo porque irrelevantes.

Na própria Sentença do Processo 194/16.3YUSTR⁵⁰ o tribunal considera que está no âmbito dos poderes de direção do inquérito a organização pela AdC da sua atividade de investigação, à semelhança do Ministério Público no processo-crime (artigos 263.º e 267.º do CPP), competindo-lhe por isso determinar

46 P. 46 da Sentença referida na nota 40.

47 P. 45 da Sentença referida na nota 40.

48 P. 47 da Sentença referida na nota 40.

49 P. 100 da Sentença referida na nota 44.

50 P. 101 da Sentença referida na nota 44.

o momento em que alcançou o juízo acabado sobre a relevância dos meios de prova apreendidos, bem como o momento da respetiva restituição (artigo 186.º n.º 1 aplicável *ex vi* artigos 41.º, n.º 1 do RGCO e 13.º n.º 1 do RJC).

No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque salienta que “[n]a fase de inquérito”, a autoridade competente para restituir os objetos é o Ministério Público, no exercício das suas funções de direção de inquérito [...]. O Ministério Público é que sabe se os objetos apreendidos são ou não necessários para fazer a prova da acusação⁵¹, pelo que o mesmo será aplicável à AdC no âmbito dos seus poderes de inquérito.

Entende-se a preocupação do tribunal no sentido de salvaguardar o exercício do direito de defesa das visadas.

No entanto, tal como no âmbito do processo penal o arguido não tem acesso aos autos do processo na fase de inquérito (durante a qual vigora fundamentalmente o princípio inquisitório) e desconhece as provas recolhidas contra si⁵², também no âmbito do processo contraordenacional por práticas restritivas da Concorrência, os direitos de defesa das visadas encontram-se em determinadas circunstâncias limitados até à estabilização do objeto do processo que ocorre no final da fase de inquérito, momento em que aquelas tomam conhecimento dos factos relativamente aos quais se têm de “defender”.

Para além das limitações impostas pela sujeição do processo a segredo de justiça (artigo 33.º n.º 2 do RJC), refira-se que o acesso a documentos confidenciais para efeitos do exercício do direito de defesa pelas visadas apenas se encontra previsto no RJC após terminada a fase de inquérito, i.e., para efeitos de apresentação da pronúncia à Nota de Ilicitude ou de impugnação judicial da decisão da AdC (artigos 25.º, n.º 1, 31.º, n.º 3, e 33.º, n.º 4).

Ao exposto acresce que as visadas podem juntar ao processo os documentos exculpatórios que entendam relevantes. A necessidade de aceder a um documento que a AdC pretende desentranhar e que foi apreendido nas instalações de uma co-visada com o argumento de que o mesmo pode em tese ter valor exculpatório apenas se coloca em cenários quase teóricos. A título de exemplo, num processo de cartel, pode ter sido apreendido, no âmbito de uma diligência de busca realizada nas instalações da empresa A, um documento contendo uma referência à recusa da empresa B em participar no acordo ilegal, tendo por isso eventual valor exculpatório relevante para o exercício do direito de defesa de B.

51 Pinto de Albuquerque, 2011: 520.

52 Marques da Silva, 2000: 63.

Não obstante, mesmo neste cenário, parece-me que estamos perante uma falsa questão já que, ou bem que a AdC apresenta prova inculpatória relativamente ao envolvimento direto da empresa B, caso em que o documento em causa se torna pouco relevante, ou bem que a AdC não apresenta essa prova, tornando uma vez mais esse documento irrelevante.

Adicionalmente, para que as visadas se possam pronunciar sobre o desentranhamento dos documentos em causa, terão necessariamente de aceder aos mesmos e estes podem conter informação confidencial.

Isso significaria que a AdC terá de notificar as visadas para que classifiquem todos os documentos como confidentiais ou não confidentiais, quando na realidade já determinou que não vai utilizar os elementos em causa como prova, onerando assim as empresas desnecessariamente.

Para além disso, as visadas terão de fundamentar o potencial valor exculpatório de um documento para acederem ao mesmo e se poderem pronunciar sobre o respetivo desentranhamento, o que levantará as mesmas dificuldades práticas referidas nas subsecções seguintes relativas à solução atualmente preconizada pelo tribunal para o acesso aos documentos potencialmente exculpatórios. Assim, o desentranhamento dependente de pronúncia prévia pelas visadas não evitará o problema de definir os termos de acesso aos documentos não utilizados como meios de prova, questionando-se mesmo se terá sequer qualquer efeito útil.

Pelo que se conclui que a AdC deve ter o poder de desentranhar documentos que determinou serem irrelevantes durante a fase de inquérito, evitando assim a sobrecarga dos processos com documentos irrelevantes, a oneração das empresas com classificações de confidencialidade de documentos desnecessários, bem como o problema do acesso aos documentos não utilizados como meios de prova na medida em que os mesmos deixem desde logo de constar do processo.

3.2. Diferenciação entre regime a aplicar a documentos inculpatórios e exculpatórios

Os tribunais têm vindo a entender que a AdC, quando define os termos do acesso ao processo, não pode tratar as informações confidentiais com valor potencialmente exculpatório da mesma forma que trata as informações confidentiais com valor inculpatório, sob pena de subverter o dever previsto no n.º 1 do artigo 30.º do RJC e de afetar, desproporcionalmente, a proteção da confidencialidade das informações cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos visados e de terceiro.

Para os tribunais, o acesso a documentos com potencial valor exculpatório deve ser mais restrito (resultando numa compressão menor do segredo de negócio) do que o acesso a documentos inculpatórios porque no primeiro caso a AdC já determinou a respetiva inocuidade probatória.

A este respeito, importa atentar ao seguinte excerto da Sentença do TCRS no âmbito do Processo 1/16.7YUSTR⁵³ (e quase inteiramente reproduzido na Sentença do Processo 291/16.5YUSTR):

“[n]ão pode haver espaço de dúvida que a distinção entre a atribuição de valor inculpatório (entendido como suporte da existência da infração da punibilidade ou da medida da coima) ou o reconhecimento da inocuidade probatória vai influenciar a medida do acesso pelos visados às informações confidenciais.

Esta é a ratio do art. 33.º, n.º4 do NRJC.

Por outras palavras, quando o objeto da regulação são documentos ou informações confidenciais ou que integram segredo de negócio com valor inculpatório então o regime charneira equivale a uma supressão quase máxima da interdição do acesso, com preponderância da realização das finalidades sancionatórias. [...]

É de imediata percepção que o acesso pelas visadas dos documentos e informações confidenciais com valor inculpatório se faça do modo mais amplo possível, dando oportunidade que a defesa se efectue em campo tendencialmente aberto, cabalmente informado, suficientemente esclarecido e sem obscurantismo por parte da entidade sancionatória.

Por outro lado, que razão há em permitir essa amplitude de acesso quando a autoridade sancionatória classificou tais documentos como inúteis para a demonstração da infração, para a punibilidade ou para a determinação da medida da coima?”

Esta distinção jurisprudencial entre o regime de acesso aplicável a documentos qualificados pela AdC como inculpatórios ou inócuos não é isenta de críticas.

José Lobo Moutinho alerta para as dificuldades da qualificação de uma determinada prova como inculpatória ou exculpatória, salientado “[...] o alcance probatório de um determinado meio de prova é o resultado de uma complexa atividade hermenêutica, de resultados raras vezes unívocos, e que, além disso, não considera cada qual apenas em si mesmo, mas na conjugação com todos os demais, enquanto

53 Posteriormente apensado no Processo 225/15.4.YUSTR, passando a correr como Processo 225/15.4.YUSTR-A.L1.

*todos confluem, de uma forma ou de outra, para o juízo sobre os factos relevantes [...] Além disso, muitas vezes, um meio de prova não é exclusivamente inculpatório ou exculpatório, é uma coisa, em certos sentidos; é outra, noutros sentidos*⁵⁴.”

A este propósito, Miguel Sousa Ferro⁵⁵ discorda com a distinção entre documentos inculpatórios e exculpatórios por vários motivos:

- (i) os documentos inculpatórios podem não o ser (só porque a AdC qualifica determinado documento como inculpatório não significa que este o seja verdadeiramente, pelo que adotar esta distinção como critério para determinar o regime de acesso é uma solução formalista);
- (ii) os documentos exculpatórios podem incluir documentos com efeitos inculpatórios (um elemento supostamente irrelevante mas incluído no processo pode ser levado em conta por um tribunal que entenda que o mesmo confirma elementos de prova citados na decisão);
- (iii) os documentos “não inculpatórios” não são “exculpatórios”, mas sim irrelevantes (se a AdC concluiu que determinados documentos são exculpatórios tem a obrigação de os levar em conta na decisão, pelo que se um documento é desnecessário para a sua decisão, tal significa que o mesmo é irrelevante); e
- (iv) o tribunal não pode confiar na qualificação dos documentos pela autoridade administrativa (as empresas pretendem precisamente aferir se os documentos não utilizados pela AdC são verdadeiramente inócuos ou têm valor exculpatório, pelo que é incorreto fazer variar os direitos de defesa das arguidas com base numa qualificação de uma autoridade administrativa sobre o conteúdo dos elementos probatórios).

Conclui por isso o autor que deverá existir um regime homogêneo para o acesso pelas empresas visadas a todos os documentos incluídos no processo, sem qualquer pressuposto quanto ao conteúdo inculpatório ou exculpatório dos mesmos.

No que concerne a este tema, compreende-se a *ratio* do tribunal, de acordo com a qual o acesso aos documentos inculpatórios (que foram efetivamente utilizados pela AdC como meio de prova) deve ser mais amplo porque permitir o acesso aos documentos exculpatórios significa comprimir a proteção do

54 Gorjão-Henriques, 2013: 338.

55 Sousa Ferro, 2016.

segredo de negócio apenas porque no plano hipotético poderá existir algum teor ilibatório nos mesmos.

No entanto, tende-se a concordar com os argumentos acima expostos no sentido da não distinção entre documentos inculpatórios e exculpatórios na determinação do regime de acesso.

Conforme referido em 3.2, a AdC deve ter o poder de expurgar do processo os documentos que considere irrelevantes. Mas relativamente aos documentos constantes dos autos, para garantir o efetivo exercício do direito de defesa das visadas, é necessário que estas possam aceder aos mesmos, com os limites impostos pela salvaguarda do segredo de negócio mas sem que deva caber à AdC escolher, substituindo-se às visadas, quais os documentos que são relevantes para a sua defesa e assim determinar o respetivo regime de acesso.

Sem prejuízo, a atual tendência jurisprudencial parece ser no sentido de distinguir os documentos inculpatórios dos exculpatórios e, conseqüentemente, diferenciar o respetivo regime aplicável, nos termos explicitados de seguida.

3.3. Exigência de fundamentação para o acesso a documentos exculpatórios; elaboração de descrições detalhadas

As decisões judiciais analisadas vieram estabelecer uma orientação clara de acordo com a qual as visadas devem apresentar fundamentação quanto ao potencial valor exculpatório dos elementos confidenciais não utilizados como meio de prova a que pretendem aceder.

Esta exigência é justificada pela necessidade de proceder a uma ponderação, de acordo com o princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da CRP), entre o direito à não divulgação dos segredos de negócio e o direito de defesa das visadas, a qual não pode ser realizada em abstrato devendo antes ter por referência o caso concreto.

Tal implica necessariamente a análise crítica e individualizada pela AdC relativamente a cada um dos elementos considerados confidenciais a que as visadas pretendem aceder (face aos descritivos disponibilizados e à fundamentação apresentada), a consulta da visada contrainteressada que é a titular do segredo de negócio, e ainda a aferição do prejuízo concreto que possa resultar da respetiva divulgação. Conforme salienta Patrícia Lopes⁵⁶, a ponderação depende desde logo, do segredo em específico violado cuja cedência perante os direitos de defesa pode até não acarretar prejuízos de maior para a empresa em causa.

⁵⁶ Lopes, 2010: 95.

Os tribunais entenderam ainda que, para que a exigência de fundamentação possa ser cumprida (e o direito de defesa possa ser, nestes termos, efetivamente exercido), é necessário que seja elaborada uma descrição detalhada e pormenorizada de cada informação suprimida classificada como confidencial, por forma a permitir que as visadas obtenham uma razoável compreensão do teor dessa informação e possam realizar pedidos de acesso concretos e devidamente fundamentados (quanto ao respetivo eventual valor exculpatório).

Mais, clarificaram os tribunais que o ónus de elaboração dessa descrição recai sobre as visadas, não podendo no entanto a AdC exigir às visadas tarefas para fins de compilação, organização e sistematização da informação.

Refira-se que o Projeto de Linhas de Orientação sobre proteção de confidencialidades refere expressamente que as empresas devem, na submissão à AdC de pedidos de proteção de confidencialidades, fornecer um resumo ou descrição concisa de cada informação suprimida por razões de confidencialidade (ponto 20).

No entanto, este ónus de fundamentação e de elaboração de descrições detalhadas apresenta necessariamente dificuldades práticas no âmbito dos processos contraordenacionais de Direito da Concorrência, os quais incluem frequentemente várias visadas e um volume muito elevado de documentos confidenciais.

É neste contexto particularmente complexo que a AdC terá de determinar se as descrições apresentadas são suficientes para a apreensão do teor dos documentos, analisar a fundamentação apresentada em cada pedido de acesso, consultar as contraintressadas titulares do segredo de negócio protegido, realizar a ponderação dos interesses em causa e ainda responder de forma fundamentada às visadas que requereram o acesso, o que se revelará necessariamente um processo moroso.

Este processo pode também vir a onerar os tribunais caso estes venham a ser chamados a sindicar a suficiência das descrições e da fundamentação apresentadas relativamente a cada documento individualmente considerado cujo acesso é requerido.

Miguel Sousa Ferro salienta que é impossível fazer uma descrição para cada documento com suficiente detalhe que permita a aferição do eventual conteúdo exculpatório pois tal implicaria “[...] a previsão de todos os argumentos hipotéticos de defesa que poderão vir a ser invocados pelas empresas visadas [...]”⁵⁷.

57 Sousa Ferro, 2016.

Segundo o autor, esta circunstância torna a exigência de fundamentação um “exercício cosmético” em que a visada que pretende aceder aos documentos apenas pode referir, por exemplo, que vem referida em determinado correio eletrónico (baseando-se nas descrições/índices de confidencialidade que constam do processo), sem que isso adiante nada sobre a natureza ou o conteúdo potencialmente exculpatório do documento.

Face ao exposto, o autor propõe a aplicação aos documentos exculpatórios do regime previsto na lei para os documentos inculpatórios, já que é uma solução intermédia de equilíbrio entre os dois interesses a salvaguardar (segredo de negócio e direito de defesa).

Com efeito, considera-se que não parece haver razão ponderosa que justifique este regime de acesso diferenciado para os documentos exculpatórios, o qual é extremamente oneroso, quer para a AdC, quer para as visadas.

Para uma visada, tão relevante será consultar e contestar um documento utilizado como meio de prova pela AdC como consultar e invocar um documento não utilizado como meio de prova mas que afasta a sua responsabilidade contraordenacional.

E quanto à ponderação do segredo de negócio com o direito de defesa, note-se que o n.º 1 do artigo 31.º e o n.º 4 do artigo 33.º do RJC estabelecem em conjunto um regime em que o direito de defesa se sobrepõe à proteção do segredo de negócio, ainda que temperado pela restrição à possibilidade de consulta pelos mandatários/assessores económicos externos, utilização da informação confidencial apenas para efeitos de defesa e impossibilidade de reprodução.

Se o legislador considerou que, mediante a aplicação destas restrições ao acesso, o segredo de negócio se encontra suficientemente salvaguardado no caso dos documentos inculpatórios, não se vislumbra razão para proceder de modo diferente apenas no caso de acesso a um documento exculpatório.

4. CONCLUSÃO

Em suma, embora as recentes decisões dos tribunais tenham trazido nova luz relativamente ao tema em análise, restam ainda dúvidas relativamente à sua adequação prática à complexidade dos processos contraordenacionais de Direito da Concorrência. Por essa razão, é de esperar que a discussão relativa a esta temática continue a ser apreciada jurisdicionalmente, nomeadamente nos casos de recurso de decisões da AdC interpostos pelos titulares do segredo de negócio dos documentos em causa (que discordarão com a

decisão da AdC no sentido de considerar que o pedido de acesso se encontra devidamente fundamentado) ou pelas visadas que requerem o acesso (que discordarão da decisão da AdC no sentido da recusa do acesso a um documento por entender que a fundamentação do seu teor potencialmente excludatório não procede).

JURISPRUDÊNCIA

- Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 15 de fevereiro de 2007, processo 766/06.4TYLSB.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28 de setembro de 2015, processo 225/15.4YUSTR.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 7 de fevereiro de 2016, processo 1/16.7YUSTR.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de abril de 2016, processo 225/15.4YUSTR.L1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de maio de 2016, processo 1/16.7YUSTR.L1.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 15 de julho de 2016, processo 1/16.7YUSTR.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 25 de outubro de 2016, processo 195/16.1YUSTR.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de dezembro de 2016, processo 225/15.4YUSTR.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 14 de dezembro de 2016, processo 291/16.5YUSTR.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 20 de dezembro de 2016, processo 195/16.1YUSTR-B.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 2 de fevereiro de 2017, processo 337/16.7YUSTR.
- Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 5 de janeiro de 2017, processo 194/16.1YUSTR.

BIBLIOGRAFIA

- BOTELHO MONIZ, C. (coord.)
2016 *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra: Almedina.
- GORJÃO-HENRIQUES, M. (dir.)
2013 *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina.
- LOPES, P.
2010 “Segredos de Negócio Versus Direitos de Defesa do Arguido nas Contra-Ordenações da Concorrência”, 4 *Revista de Concorrência e Regulação*: Almedina.

MARQUES DA SILVA, G.

2000 *Curso de Processo Penal I: Verbo.*

PINTO DE ALBUQUERQUE, P.

2011 *Comentário do Código de Processo Penal (à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – 4.ª edição atualizada):* Universidade Católica Editora.

PINTO DE ALBUQUERQUE, P.

2011 *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações (à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem):* Universidade Católica Editora.

RUIZ, N.

2008 “Comentário à Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa no Proc. 766/06.4TYLSB Nestlé”, 40 *Sub Judice*: Almedina.

SIMAS SANTOS, M. & LOPES SOUSA, J.

2011 *Contra-ordenações, Anotações ao Regime Geral*: Áreas Editora.

SOUSA FERRO, M.

2016 “A investigação, a publicidade e o segredo na jurisdição da concorrência, regulação e supervisão”, artigo apresentado nas I Jornadas do TCRS realizadas em 31 de março.

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE:
UM NOVO OLHAR A PARTIR DO DIREITO
DA CONCORRÊNCIA, NO SENTIDO DA SUA EXTENSÃO
AO PROCESSO CONTRA-ORDENACIONAL
E ÀS PESSOAS COLECTIVAS

*Tiago da Costa Andrade**

ABSTRACT: The purpose of this investigation is to encourage a new approach on the privilege against self-incrimination in order to a reconfiguration of its traditional scope and validity. Shortly after analysing the European Union system of investigation regarding infractions against Competition Law, which directly influences the Member States proceedings demanding an obligation of cooperation of the accused with the European Commission or the national authorities, we briefly review the case law on the topic. The major problem we adress subsequently is the possibility of the privilege, known to be an inviolable right of every criminally accused, to be enforceable in the punitive administrative proceedings, namely in those related to offences against Competition Law in which the accused is the target of duties of presentation of evidence, under the threat of responsibility. Moreover, we analyse the rational arguments in favor of the extension of the privilege to corporations, a critical issue knowing that the majority of the economic operators are private legal entities, concluding with the fairness of that expansion.

SUMÁRIO: 1. Sentido e alcance do estudo. 2. A imposição europeia. 3. Breve análise do problema na Jurisprudência. 3.1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. 3.2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. 3.3. A jurisprudência nacional. 3.4. Apreciação crítica dos dados jurisprudenciais. 4. Do *nemo tenetur se ipsum accusare*. 5. Uma garantia do processo penal e contra-ordenacional. 6. Uma garantia das pessoas colectivas. 7. Conclusões.

* O presente estudo corresponde, com pequenas alterações, à investigação conduzida no seio da disciplina de Direito Penal Internacional e Europeu do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, leccionada pela Senhora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, a quem estamos especialmente gratos. Foi apresentada, também na Universidade de Cádiz, em Espanha, por ocasião do *IV Encuentro Internacional de Jóvenes Investigadores de Derecho Procesal*. Por opção do autor, o presente texto não segue o novo acordo ortográfico.

1. SENTIDO E ALCANCE DO ESTUDO

O objectivo do presente estudo é o de dissecar as relações que se estabelecem entre a produção jurídica da União Europeia e o Direito Penal dos Estados-Membros, especialmente no tocante ao ordenamento jurídico-criminal português, e observar, de forma rigorosa, mas sempre com espírito crítico, as implicações que o projecto europeu tem, hoje, no ramo jurídico mais caro a qualquer Estado enquanto detentor de soberania e, logo, de *ius puniendi*.

A política comunitária da Concorrência, a dita “espinha dorsal” da União, que condiciona toda a sua política económica e que serve como parâmetro de justificação e licitude para as demais políticas europeias¹, impõe certos conditionalismos ao direito processual nacional, nomeadamente nas garantias que este oferece aos operadores económicos alvo de uma investigação. Veja-se, principalmente, a lei nacional que, sob directa influência do Regulamento (CE) nº 1/2003 que reforçou os poderes de inquérito da Comissão Europeia em matéria de concorrência², atribui à Autoridade da Concorrência (AdC) um amplo conjunto de poderes de regulamentação, de supervisão e sancionatórios, que necessariamente conflituam com os direitos fundamentais do investigado ou arguido.

Ora, é facilmente perceptível um difícil conflito estimulado pelos deveres de cooperação e colaboração para com a AdC a que são sujeitas as empresas, nomeadamente no que diz respeito ao fornecimento de informações e meios de prova documentais que podem ser usados em processo de contra-ordenação. O que se mostra como problemático, essencialmente, quando a Lei da Concorrência (LdC) parece querer afastar o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que a doutrina e a jurisprudência portuguesas unanimemente reconhecem como um princípio de natureza constitucional, apesar de a Lei Fundamental não o consagrar expressamente³.

Hoje, são vários os espaços jurídicos em que existem deveres de cooperação conflituantes com as garantias do processo penal português, como no direito tributário ou nas investigações internas no seio de empresas no âmbito de programas de *Compliance*. No entanto, o domínio do Direito da Concorrência

1 Gorrão-Henriques, 2014: 600-601.

2 Cfr. o considerando n.º 25 do Regulamento n.º 1/2003.

3 Cfr. Figueiredo Dias, Costa Andrade & Costa Pinto, 2009: 39; Silva Dias, 2010: 243; e Sousa Mendes, 2010: 125.

traz consigo especificidades que não podem ser ignoradas para uma boa compreensão e, eventualmente, melhor solução da questão.

É que, em primeiro lugar, sabendo que é inteiramente pacífica a vigência do *nemo tenetur* no direito processual penal português, o mesmo já não pode ser dito quando o problema se põe no ordenamento processual contra-ordenacional. Não faltam vozes que reclamam uma compreensão distinta daquele princípio no domínio do direito administrativo sancionatório, pondo ênfase não só na diferença entre os conceitos materiais de crime e de contra-ordenação, mas também no desigual peso entre as penas e as coimas que determinariam um menor garantismo.

E, em segundo lugar, não pode ser levemente considerado o facto de os sujeitos passivos dos deveres de colaboração serem, apesar da configuração do conceito de empresa para efeitos de Direito da Concorrência⁴, na esmagadora maioria das vezes pessoas colectivas. A consagração pelo legislador, no próprio Código Penal, da responsabilidade criminal das pessoas colectivas, não afastou nunca as dúvidas que a doutrina continua a manifestar sobre a adequação de uma responsabilidade penal não exclusiva das pessoas físicas ou singulares. Ora, estas dúvidas de direito substantivo estendem-se naturalmente ao direito adjectivo, não estando nem de perto encerrada a questão sobre a igualdade de garantias processuais para entidades que, por não terem existência física nem se enquadrarem na categoria ética de pessoa, não podem ver ser-lhes aplicada uma pena de prisão, a determinante de todo o paradigma processual penal.

Dito isto, o presente artigo começa com uma concretização da imposição europeia ao nível dos deveres de colaboração, seguindo-se um levantamento da jurisprudência do espaço europeu e nacional, seguido de um tratamento dogmático do *nemo tenetur* e da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas. Esperamos, deste modo, conseguir demonstrar que esta é mais do que uma questão técnico-jurídica, é uma questão de fundo que pretende identificar se as pretensões europeias se mantêm no desenvolvimento de um espaço de mera cooperação económica, erigida a valor principal ou se, a União Europeia de hoje, é já um espaço de prevalência de direitos fundamentais, no caso, ao nível processual penal e contra-ordenacional.

4 Para este ramo jurídico, é empresa qualquer entidade que exerça uma actividade económica, consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de financiamento. Cfr. o art. 3.º da LdC e Gorjão-Henriques, 2014: 612-613.

2. A IMPOSIÇÃO EUROPEIA

O Direito da Concorrência da União Europeia define determinadas práticas como restritivas da concorrência nos arts. 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e estabelece um sistema de competências e colaboração englobando a Comissão, as Autoridades Nacionais de Concorrência e os tribunais nacionais para a sua aplicação efectiva.

Enquanto que ao nível da União, a Comissão é a responsável pelo *enforcement* das normas europeias da concorrência, em Portugal, existe uma entidade reguladora independente – a AdC – cujo quadro normativo, em concretização da missão constitucional do Estado de, de acordo com o art. 81.º, al. e) da Constituição da República Portuguesa (CRP), “garantir a equilibrada concorrência entre as empresas”, prevê determinadas obrigações legais de cooperação dirigidas aos indivíduos e pessoas colectivas sujeitos à acção inspectiva ou de supervisão daquela entidade, tal como existem em relação à Comissão. Diz-se que as empresas serão quem possui as informações (muitas vezes secretas, como no caso de acordos de fixação de preços) mais relevantes para a investigação de infracções, tais como as provas necessárias para as detectar⁵.

Desde logo, o art. 8.º dos Estatutos da AdC⁶, prevê uma obrigação geral de colaboração dos destinatários da actividade do regulador quando tal lhes for solicitado, para o cabal desempenho das suas atribuições. Essa obrigação é confirmada com a previsão de poderes de inquirição (art. 18.º, n.º 1, als. a) e b) da LdC⁷), que podem ser usados no exercício de poderes sancionatórios (arts. 18.º e 59 da LdC) ou de mera inspecção (art. 64.º, n.º 3, al. d) e n.º 4 da LdC). O incumprimento dos deveres de colaboração, através da não prestação de informações ou entrega de documentos ou da sua prestação e entrega mas falsos, inexactos ou incompletos, constitui uma contra-ordenação, nos termos dos arts. 68.º, n.º 1, als. h), i) e j) da LdC, a cuja coima pode ser adicionada uma sanção pecuniária compulsória (art. 72.º da LdC) caso o visado insista em não cumprir com a colaboração legalmente devida (art. 68.º, n.º 2 da LdC) ou ainda sanções acessórias (art. 71.º da LdC). Além disso, se precedida da necessária cominação, o incumprimento poderá ainda ser punido a título de desobediência simples, nos termos do art. 348.º, n.º 1, al. b) do CP (art. 67.º da LdC). Resta dizer que aos processos sancionatórios no âmbito da concorrência

5 Cfr. Martinho, 2010: 146; e Anastácio, 2010: 202.

6 Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto.

7 Referimo-nos à Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

é aplicável, como direito subsidiário, o Regime Geral das Contra-Ordenações e os princípios nele consagrados, nos termos dos artigos 13.º, n.º 1 e 59.º, n.º 2 da LdC.

Daí que nos tenhamos de perguntar se a prerrogativa processual penal de não auto-incriminação deve ser aplicável aos processos de contra-ordenação no âmbito do Direito da Concorrência, mesmo que a opção do legislador tenha sido no sentido da descoberta da verdade material e da realização da justiça contra-ordenacional. Porque duas grandes preocupações nos assolam neste momento.

A primeira, diz respeito à recente Directiva 2016/343, de 9 de Março, sobre o reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal, concretizando um dos eixos fixados em Tampere, o da protecção dos direitos fundamentais nos processos penais⁸. Principalmente porque no seu considerando 29.º, de forma lapidar mas precipitada, sublinha que o exercício do direito de não se auto-incriminar não deverá impedir as autoridades competentes de recolher elementos de prova em relação aos quais está prevista uma obrigação legal de conservação e de apresentação a pedido⁹.

E a segunda, suscitada quando assistimos à discussão, ao nível europeu, em torno da possibilidade de mobilização das garantias processuais penais nacionais, num processo por infracções à concorrência iniciado pela Comissão. Já que esta, acompanhada pelo Advogado-Geral MISCHO no caso *Roquette*¹⁰, parece rejeitar a aplicação dos princípios da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) (como o *nemo tenetur*) pelos tribunais nacionais, ao contrariando o entendimento do próprio Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Hoechst*¹¹.

8 Os restantes três são a harmonização do direitos substantivo, o reconhecimento mútuo e a coordenação das investigações. Sobre os avanços na construção europeia desde Maastricht, cfr. Rodrigues: 2008: 232.

9 Sobre a Directiva, Lamberigts (2016: 437), acertadamente escreve que “*instead of strengthening the privilege, the Presumption of Innocence Directive has consolidated, in several respects, the uncertainties surrounding the privilege*”. E que “*this is regrettable, as several of the lingering uncertainties in relation to the scope of the privilege as well as permissible limitations thereto thus remain unsolved*”.

10 Acórdão do TJUE de 22 de Outubro de 2002, no Proc. n.º C-94/00.

11 Acórdão do TJUE de 21 de Setembro de 1989, nos Proc. Apensos 46/87 e 227/88, especialmente nos parágrafos 33 a 35.

3. BREVE ANÁLISE DO PROBLEMA NA JURISPRUDÊNCIA

3.1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

O TJUE (antes TJCE) já teve a oportunidade de se pronunciar em relação ao alcance e limites dos deveres de colaboração das empresas e de os relacionar com a prerrogativa contra a auto-incriminação, no âmbito de processos instaurados pela Comissão, nos termos dos arts. 101.º e 102.º do TFUE.

No acórdão *Orkem vs. Comissão*¹², o Tribunal declarou que a Comissão tem o direito de obrigar as empresas à prestação de informações e à entrega de documentos, mesmo para comprovar um comportamento anticoncorrencial. No entanto, disse também que isso não poderia prejudicar os direitos de defesa das empresas, no sentido em que a Comissão já não pode obrigá-las a admitir ou confessar o cometimento da infracção¹³. Assim, poderiam ser feitas questões e exigidos documentos destinados a assegurar informação puramente factual. Tal jurisprudência foi, aliás recebida no considerando n.º 23 do Regulamento n.º 1/2003 do Conselho¹⁴, e marcou a jurisprudência comunitária subsequente¹⁵.

No caso *Mannesmannröhren-Werke*¹⁶, o Tribunal do Luxemburgo aderiu e reiterou a jurisprudência *Orkem*. Primeiro, afirmou, de forma algo formalista e sem espírito progressista, que a CEDH não era parâmetro de legalidade de um inquérito em matéria de Direito da concorrência e, por isso, não seria invocável perante o juiz comunitário. Numa formulação confusa, declarou que apesar de a CEDH fazer parte do Direito da União Europeia, os arguidos não podem recorrer directamente à interpretação da CEDH pelo TEDH em casos perante o TJUE¹⁷. Depois, introduziu uma limitação à obrigação de entrega de documentos, valendo apenas para aqueles que fossem “pré-existentes”.

12 Acórdão do TJUE de 18 de Setembro de 1989, no Proc. n.º 374/87.

13 Cfr. Willis, 2006: 2.

14 “A Comissão deverá dispor, em todo o território da Comunidade, de poderes para exigir as informações necessárias para detectar eventuais acordos, decisões ou práticas concertadas proibidas pelo artigo 81.º do Tratado, ou eventuais abusos de posição dominante proibidos pelo artigo 82.º do Tratado. Ao cumprirem uma decisão da Comissão, as empresas não podem ser forçadas a admitir que cometeram uma infracção, mas são de qualquer forma obrigadas a responder a perguntas de natureza factual e a exibir documentos, mesmo que essas informações possam ser utilizadas para determinar que elas próprias ou quaisquer outras empresas cometeram uma infracção.”

15 Assim, Sousa Mendes, 2010: 128.

16 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Fevereiro de 2001, Proc. T-112/98.

17 Cfr. Willis, 2006: 9.

Vale também a pena lançar um olhar sobre o caso *Tokai Carbon e outros vs Comissão*¹⁸, no qual o TPI, apesar de começar por confirmar as orientações jurisprudenciais anteriores, afirmou, em sentido divergente, que o pedido de certo tipo de documentos, em relação à empresa e no caso concreto, era susceptível de a obrigar a uma confissão. No entanto, no recurso interposto para o TJUE, a decisão seguiu as conclusões do Advogado-Geral GEELHOED que, baseando-se na diferença do nível de protecção conferido às pessoas singulares e colectivas, na não absolutização do *nemo tenetur* e nos documentos como meios de prova existentes independentemente da vontade do arguido, rejeitou a possibilidade da recusa de colaboração¹⁹.

3.2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Não pretendendo uma análise exaustiva²⁰, julgamos, ainda assim, útil um pequeno esboço da jurisprudência do TEDH, relativa ao direito de que aqui curamos. Começando, com o caso *Engel e outros vs. Países Baixos*, onde TEDH estendeu o princípio a toda a “acusação de natureza penal” e atribuiu a “penal” o significado abrangente de “punitivo” ou “sancionatório”²¹. O tribunal de Estrasburgo, confrontado com sanções disciplinares militares, entendeu o conceito de matéria penal como um conceito autónomo em relação à vontade dos Estados e dependente de três critérios: *i*) da qualificação atribuída pelo Estado à infracção em discussão; *ii*) da própria natureza da infracção; e *iii*) do grau de severidade da sanção em que o agente arrisca incorrer.

Já no caso *Funke vs. França*²², o TEDH considerou que os abrangidos pelos deveres de colaboração (neste caso, com a administração alfandegária) não podiam ser obrigados a auto-incriminar-se, nomeadamente quando não houvesse indícios da prática de uma infracção e a autoridade, numa coerção ilegítima sobre uma pessoa, se estivesse a aproveitar dos deveres com intenção de obter meios de prova, mesmo que documentais com informação puramente factual (no caso, extractos de contas bancárias), de uma infracção desconhecida.

18 Acórdão do TPI de 29 de Abril de 2004, nos Proc. Apensos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, especialmente o parágrafo 407.

19 Sobre isto, cfr. Martinho, 2010: 159-163. Cfr. também Willis, 2006: 12-14.

20 Para uma muito pertinente e completa análise da jurisprudência do TEDH sobre o problema, cfr. Costa, 2011: 117 e ss.

21 Acórdão do TEDH de 8 de Junho de 1976. Cfr. Silva Dias, 2010: 245; e Brandão, 2016: 239 e ss.

22 Acórdão do TEDH de 25 de Fevereiro de 1993.

Aqui, segundo o Tribunal, houve violação do núcleo essencial do direito à não auto-incriminação, contrariando assim o princípio do processo equitativo do art. 6.º, n.º 1²³ da CEDH, sem sequer haver necessidade de se recorrer ao art. 6.º, n.º 2²⁴.

Posteriormente, no caso *Saunders vs. Reino Unido*²⁵, o Tribunal incluiu na noção de processo equitativo do art. 6.º da CEDH, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação, para garantir uma protecção efectiva contra a coerção abusiva por parte das autoridades. Além disso, afirmou que o conceito de “acusação em matéria penal” reveste um conceito material e não formal, determinando o funcionamento de garantias do processo penal em “falsos procedimentos administrativos”²⁶. Mais, o Tribunal pronunciou-se ainda sobre o âmbito do *nemo tenetur*, excluindo da sua protecção os dados que existem independentemente da vontade do suspeito, tais como documentos pré-existentes, recolhas de saliva ou de tecidos corporais. Fundando-o no princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido, vigente no Direito processual penal de qualquer vero Estado de Direito, o Tribunal entende que o direito deve abarcar apenas mas, quaisquer depoimentos obtidos sob coerção, não podendo ficar confinado às declarações de admissão de prática de ilícitos nem a considerações directamente auto-incriminatórias²⁷.

Interessante, em relação à concretização do *nemo tenetur*, é também o caso *Jalloh vs. Alemanha*²⁸, em que o TEDH faz depender a existência ou não de uma violação daquele direito da “natureza e grau de coerção empregado para obter a prova, da importância do interesse público na investigação e punição da infracção em apreço, da existência de garantias relevantes no processo e da utilização prevista dos meios de prova obtidos dessa forma”. Numa decisão disputada, entendeu haver violação do art. 6.º, n.º 1 da CEDH, quando a prova de um crime de tráfico de droga foi obtida recorrendo à administração forçada

23 “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, a qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”

24 “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”. Cfr. também Willis, 2006: 4.

25 Acórdão do TEDH de 17 de Dezembro de 1996.

26 Cfr. Costa Ramos, 2006: 145.

27 Para uma breve mas completa análise do caso, cfr. Sousa Mendes, 2010: 131-133.

28 Acórdão do TEDH de 11 de Julho de 2006.

de indutores do vómito a um cidadão serra-leonês por funcionários alemães, sendo que “o interesse público em assegurar a condenação do queixoso não podia justificar o recurso a tão grave interferência na sua integridade física e moral”²⁹.

3.3. A jurisprudência nacional

O Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL) já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema de que aqui nos ocupamos³⁰. Entendeu, em 2006/2007³¹, que os deveres de colaboração com a AdC não determinavam uma violação do *nemo tenetur* constitucionalmente consagrado, desde que a entrega dos elementos solicitados não implicasse uma admissão da prática dos ilícitos imputados. O fundamento da decisão prendeu-se, em primeiro lugar, com a rejeição da aplicação subsidiária do art. 61.º, n.º 1, al. d) do Código de Processo Penal (CPP) em razão da sua derrogação pelas normas da LdC que impunham a colaboração do suspeito e, em segundo lugar, pela previsão daqueles deveres de colaboração não só para os poderes de supervisão e controlo mas, também para os processos sancionatórios. Isto é, no entendimento do tribunal, o legislador quis expressamente afastar a aplicabilidade de preceitos de sentido oposto, como o direito à não colaboração para a auto-incriminação³².

No entanto, revelou-se aberto à aplicabilidade directa do *nemo tenetur* aos processos sancionatórios, por via da sua consagração constitucional, apesar de o fazer com uma amplitude menor, excluindo o fornecimento coercivo de documentos preexistentes e de puros elementos de facto. Ora, isto nada mais é do que a reafirmação da jurisprudência *Orkem, supra* referida, limitando, em sede de ponderação, o *nemo tenetur*, em favor da defesa da concorrência em que assenta o sistema de livre economia de mercado³³.

O Tribunal Constitucional (TC) já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema, no acórdão n.º 461/2011³⁴. Decidiu julgar não inconstitucional

29 Para uma análise do caso, cfr. Sousa Mendes, 2010: 134-136.

30 Fundamo-nos na análise feita em Costa Ramos, 2010: 180-183.

31 Nas sentenças de 28 de Julho de 2006, 8 de Maio de 2007 e 10 de Agosto de 2007.

32 Note-se que, porém, numa sentença de 8 de Abril de 2008, o mesmo tribunal já veio admitir a possibilidade de recusa de prestação de informações por perguntas feitas, naquilo que podia ser visto como uma nova corrente jurisprudencial. Apesar dessa mudança, continuou a não admitir a recusa de entrega de documentos, baseada no 61.º, n.º 1, al. d) do CPP.

33 Cfr. arts. 61.º, n.º 1, 80.º, al. a) e 81.º, al. f) da CRP.

34 Processo n.º 366/11.

a obrigação de o arguido, em processo contra-ordenacional, “revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, informações e documentos à Autoridade da Concorrência”. Fê-lo por entender que num processo de natureza contra-ordenacional o direito à não auto-incriminação pode ser bem mais comprimido do que em processo penal e que, se assim não fosse, se frustrariam os interesses de protecção da concorrência, os quais funcionalmente fundamentam os deveres de colaboração.

3.4. **Apreciação crítica dos dados jurisprudenciais**

Quanto à jurisprudência do TJUE, é claro que não se caracteriza pelo garantismo, privilegiando o dever de colaboração com as autoridades e diminuindo as garantias de defesa, em nome do bom funcionamento do mercado interno e dos *incommoda* associados ao *commodum* da autorização para o exercício de uma actividade económica. Apesar de tentar criar um equilíbrio assente na natureza formalmente distinta entre ramos do Direito, aquele não se afigura, no nosso entender, como o mais justo. Especialmente porque vemos o Direito e processo penal como o “pano de fundo normativo sobre o qual se recorta o Direito das contra-ordenações”³⁵. E a famosa jurisprudência do caso *Orkem*, levada ao extremo “permite, sem obstáculo, que os visados por uma daquelas actividades promovam, em silêncio, isto é, sem admitir a existência de uma infracção, a instrução do processo que desembocará na sua condenação”³⁶. Baseou-se num argumento segundo o qual “não resulta do seu texto (*da CEDH*) nem da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que essa disposição (*o art. 6.º*) reconheça um direito a não testemunhar contra si próprio”³⁷. Mas, como já referimos, a partir dos acórdãos *Funke* e *Saunders* do TEDH, já na década de 90 do século passado, ficou clara uma tentativa de interpretação contrária³⁸. Tal como é hoje claro, nos termos do art. 6.º, n.º 2 e 3 do Tratado da União Europeia (TUE), que a União adere à CEDH e que os direitos fundamentais nesta incluídos fazem parte, como princípios gerais, do Direito da União, ao contrário daquilo que parecia afirmado no caso *Mannesmannröhren-Werke* e apesar de o acórdão *PVC II – Limburgse Vinyl*

35 Lobo Moutinho, 2008: 75.

36 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 79.

37 Martinho, 2010: 150.

38 Apesar de, como escrevemos, no acórdão *Mannesmannröhren-Werke*, o TJUE ter afastado, de forma algo formalista, a CEDH como parâmetro de legalidade de um inquérito em matéria de Direito da concorrência.

sugerir que não tem de haver importação e aplicação directa da jurisprudência do TEDH quanto ao direito à não-autoincriminação³⁹. Quanto ao recurso da decisão *Tokai Carbon*, os seus fundamentos serão escrutinados *infra*, quando tratarmos do enquadramento dogmático do *nemo tenetur*.

Depois, há que dizer que a jurisprudência do TEDH não permite elaborar uma teoria geral do *nemo tenetur*. Além de não ser aquilo a que se propõe, os casos eram bastante férteis em particularidades e as decisões muito dependentes dos argumentos apresentados pelos sujeitos processuais⁴⁰. Porém, entendemos que esta jurisprudência fornece alguns relevantes elementos interpretativos da prerrogativa contra a auto-incriminação, nomeadamente quanto ao seu âmbito de validade normativo⁴¹. No entanto, não endemos, como SOUSA MENDES, que o direito “não é um direito absoluto, mas admite ponderações e restrições no confronto com outros interesses juridicamente tutelados, desde que se garanta a preservação do núcleo essencial daquele direito”⁴². É que, como explicitaremos *infra*, entendemos que o *nemo tenetur* vigora sob uma forma mais restrita, na linha do acórdão *Saunders* e distinta daquela que normalmente é seguida pelos autores, no entanto com uma magnitude bem mais elevada, impedindo qualquer juízo de ponderação que destruiria o seu núcleo essencial. Além disso, a prestação de informações e a entrega de documentos devem estar inseridas no seu núcleo essencial, que também só subsiste verdadeiramente se não sofrer restrições em relação a estes comportamentos.

Quanto à jurisprudência do TCL, a nosso ver não se adequa aos acórdãos *Saunders* e *J.B. c. Suíça* do TEDH, em que a delimitação negativa do *nemo tenetur* só é feita em relação a dados que “existam independentemente da pessoa obrigada e que, por isso, não são obtidos por meios coercivos e em violação da vontade dessa pessoa”⁴³. Ora, os documentos preexistentes e as informa-

39 Sobre isto, Martinho, 2010: 157.

40 De facto, no *modus operandi* do TEDH não há uma apreciação *in abstracto* de uma determinada questão de direito mas, uma apreciação sobre se determinado conjunto de factos trazido ao conhecimento do Tribunal consubstancia a violação de um direito garantido pela CEDH. Assim, a jurisprudência do TEDH mostra-se como um guia essencial para o legislador europeu apesar de não o vincular. Cfr. Flore, 2014: 332-333.

41 É de destacar, também, o conceito de ofensa criminal autónomo para efeitos do art. 6.º da CEDH. Cfr. Costa, 2011: 179.

42 Sousa Mendes, 2010: 136. No mesmo sentido, Martinho, 2010: 166. E ainda o Acórdão *Murray* do TEDH (de 8 de Fevereiro de 1996).

43 Costa Ramos, 2010: 185-186.

ções puramente factuais devem ser ainda abrangidas pelo *nemo tenetur*. Deste modo, e segundo a jurisprudência *Orkem*, só não seria possível às autoridades perguntar directamente ao visado se ele cometeu realmente a infracção. Mas, facilmente conseguiriam tal dedução a partir da informação e documentos entregues pelo alegado infractor das normas concorrenciais, ficando alheias ao estado “envenenado” em que se deveriam encontrar tais elementos processuais⁴⁴ e, contrariando a exigência de um processo equitativo, nos termos do art. 6.º, n.º 1 da CEDH, mesmo que se permitisse um qualquer contraditório posterior ao cumprimento da colaboração.

Até porque, e para vincar a nossa divergência em relação à jurisprudência *Orkem*, “há certos documentos que podem ter tanta força expressiva que a sua apresentação pode agravar a situação do arguido mais do que uma confissão”⁴⁵.

Por fim, quanto à jurisprudência constitucional a que fizemos referência, achamos que incorre em alguns erros de juízo ao determinar, por exemplo, uma menor potencialidade lesiva em abstracto da reacção estadual à infracção e um núcleo essencial do *nemo tenetur* que não corresponde ao nosso entendimento, sob pena de o destruir. Além disso, afigura-se-nos como preocupante o receio que demonstra de não frustrar a “maleabilidade e agilização dos instrumentos de regulação do Estado” em função de uma “cristalização excessivamente inflexível” de uma prerrogativa ligada à dignidade da pessoa humana, como é a que visa contrariar a auto-incriminação.

4. DO NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

De origem anglo-saxónica, já desde as linhas da *Magna Charta* de 1215, está associado à transição do processo penal de tipo inquisitório para o de tipo acusatório⁴⁶, como *Prohibitio Formata* contra o sistema de perseguição dos tribunais eclesiásticos aos hereges⁴⁷. Consistindo, *in illo tempore*, mais numa figura argumentativa do que efectiva realidade processual, passou a sê-lo com a consagração do direito à constituição de advogado no séc. XVIII⁴⁸. Em 1971,

44 Sobre a “poisonous tree theory”, cfr. Costa Andrade, 1992: 83. Sobre a sua restrição feita pelo TEDH apenas aos casos de tortura, cfr. Costa, 2011: 183.

45 Bärlein, Pananis & Rehmsmeier, *apud* Costa Andrade, 2014: 140, nota 13.

46 Cfr. Anastácio, 2010: 215.

47 Cfr. Machado & Raposo, 2009: 14.

48 Cfr. Loschin, 1996: 253.

passou a figurar na V Emenda da Constituição norte-americana sob a fórmula “*no person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself (...)*”, fórmula essa que influenciou o art. 6.º da CEDH e o art. 14.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁴⁹.

Decorrente, para alguns, dos princípios do processo equitativo (art. 6.º, n.º 1 da CEDH, art. 20.º, n.º 4 da CRP), das garantias de defesa (art. 32.º, n.º 1 da CRP) e da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2 da CRP)⁵⁰ e, para outros, fundado numa compreensão de fundo do Estado de Direito assente na ideia axiomática de respeito pela dignidade humana⁵¹, como área nuclear e inviolável da personalidade, que perpassa toda a matéria penal e processual penal, visa impedir que o arguido seja obrigado a fornecer a prova do cometimento de uma infracção. Se houver violação do princípio, a prova obtida estará inquinada com uma proibição de valoração da prova em processo penal. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, o direito só será um “*privilegium odiosum*” para o arguido quando, de um ponto de vista fáctico, do silêncio derive o definitivo desconhecimento ou descensideração de circunstâncias que serviriam para justificar ou desculpar, total ou parcialmente, a infracção⁵².

Fruto da estrutura basicamente acusatória do processo penal de um Estado de Direito, entendemos que, no essencial e como ponto de partida, de acordo com a doutrina e jurisprudência maioritárias na Alemanha, o âmbito material do *nemo tenetur* engloba unicamente a colaboração activa do arguido. Isto, uma vez que vemos a vontade como a mais nuclear expressão da personalidade e dignidade humanas, contraposta à existência corpórea, e que não pode ser aproveitada pelo Estado a não ser que seja livre e esclarecida. Quanto à tolerância passiva a certas actuações das autoridades, elas só deverão ser proibidas, tendo como causa a prerrogativa contra a auto-incriminação, se permitirem

49 Cfr. Costa Ramos, 2006: 136-139.

50 Assim, o Acórdão n.º 695/95 do Tribunal Constitucional. Assim

51 É esta a concepção de Klaus Rogall, enraizada num direito natural de protecção própria (*Naturrecht des Selbstschutzes*), que deriva de um instituto de autopreservação e sobrevivência (*Selbsterhaltungstrieb*). Para uma análise da posição do autor alemão, cfr. Costa Ramos, 2007: 61-63. Cfr. também Ramsay, 1992: 308.

52 Cfr. Figueiredo Dias, 1974: 449. Aliás, só deste modo pensamos poder ser interpretada a jurisprudência do TEDH, no caso *John Murray vs. Reino Unido* (de 8 de Fevereiro de 1996), quando declara que não se pode pretender que a decisão de um acusado de se remeter ao silêncio durante todo o processo-crime não traga consequências necessárias quando o juiz tiver de avaliar as provas contra ele existentes. Para uma análise deste caso, cfr. Sousa Mendes, 2010: 130-131.

o acesso forçado do Estado à esfera mental-espiritual do indivíduo⁵³. Em relação às demais actuações sobre o corpo da pessoa, deve entender-se que estas não cabem no âmbito de validade material do *nemo tenetur*, estando a sua admissibilidade condicionada ao normal processo constitucional de restrição aos direitos fundamentais, nomeadamente à intervenção do princípio da Proporcionalidade em sentido amplo e suas concretizações.

Olhando para os deveres de colaboração, cujo incumprimento é sancionado com sanções pecuniárias, e a possibilidade de utilização dos elementos processuais para a condenação do operador económico, “o efeito da coerção utilizada é equivalente à imposição da prestação de declarações forçadas no processo”⁵⁴. Se a prestação voluntária de declarações por parte dos investigados não impede a utilização destas como prova em processo contra-ordenacional ou penal, o contrário sucede em relação à colaboração coactiva sobre factos que lhe são imputados. Ninguém está obrigado a contribuir activamente para a sua própria incriminação e a admissão da culpa própria no cometimento de uma infracção deve resultar de uma vontade livre, consciente e informada.

Apesar de, pela natureza das coisas, o núcleo do *nemo tenetur* se identificar de forma mais facilmente observável com as declarações escritas e orais do arguido, a garantia deve abranger também a entrega de documentos⁵⁵, independentemente da sua natureza ou momento da sua constituição⁵⁶. Ao contrário do direito inglês e australiano⁵⁷, no entendimento dos tribunais norte-americanos só é permitida a obrigação da entrega de documentos preexistentes em caso de “*foregone conclusion*” ou se ao visado for concedida imunidade contra todas as

53 Deste modo, a protecção conferida pelo *nemo tenetur* abrangerá o acesso aos conhecimentos do arguido através de procedimentos técnicos como o *silent polygraph test*, a ressonância magnética funcional ou o exame neurológico P300. Sobre isto, cfr. Oliveira e Silva, 2015: 624 e ss.

54 Costa Ramos, 2010: 187. No mesmo sentido, Anastácio, 2010: 224.

55 Na generalidade dos ordenamentos da União Europeia, documentos serão a combinação de um suporte material com dados, factos ou narrações. A materialização que constitui o documento impõe que o seu suporte seja de vocação permanente, realizando a função de perpetuação (*Perpetungsfunktion*). Tem origem humana, qualquer que seja o seu conteúdo e o autor tem de ser determinável, cumprindo uma função de garantia (*Garantiefunktion*). Deve estar apto para entrada no tráfico jurídico e rova da factualidade que dele consta, cumprindo a função probatória (*Beweisfunktion*). Sobre esta classificação, cfr. Costa Ramos, 2006: 136.

56 Assim, Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 76. Cfr. também Sá, 2008: 133. No mesmo sentido parece ir o Tribunal Constitucional, no já referido Ac. 461/2011.

57 Cfr. Loschin, 1996: 257.

possíveis utilizações probatórias dos elementos entregues⁵⁸. Já na Alemanha, a posição acolhida pode ser sintetizada na afirmação de ROGALL, segundo a qual “sob o prisma do *nemo tenetur*, não faz qualquer diferença que a auto-incriminação seja possibilitada pela prestação de declarações forçadas ou pela entrega coactiva de documentos ou objectos físicos”⁵⁹. Para SANDRA OLIVEIRA E SILVA, numa formulação que vai mais além da “*reasonable particularity*” exigida para se afirmar existir uma “*foregone conclusion*” como afirmada pela jurisprudência norte-americana, só é legítima a obrigação de entrega de documentos se as autoridades conseguirem demonstrar a existência efectiva e a localização actual dos documentos pretendidos com recurso a meios independentes de prova (escutas, agentes infiltrados...) ⁶⁰. A nosso ver e como referiremos *infra*, mesmo que o arguido os tenha constituído livremente, a solução no domínio jurídico da concorrência não deve ser diferente, nem para a assegurar o efeito útil dos poderes investigativos da AdC, que sempre se poderá socorrer de outros meios de obtenção de prova, como as buscas, revistas e apreensões.

Precisamente porque o vemos como HASSEMER, ou seja, como a “mãe dos direitos de intervenção no processo penal formalizado”⁶¹, ele tem vigência absoluta e não pode estar sujeito a ponderação⁶², nem que se eleve a defesa da concorrência a interesse constitucional (art. 81.º, n.º 1, al. f) da CRP), instrumental da liberdade de iniciativa privada (art. 61.º, n.º 1 da CRP). Porque tal ponderação levaria inevitavelmente ao sacrifício do núcleo essencial do *nemo tenetur*, se realizada no âmbito dos poderes sancionatórios da AdC. Seguimos, portanto, aqui de perto a configuração dogmática que COSTA ANDRADE atribui ao *nemo tenetur se ipsum accusare*, quando o autor afirma que o princípio goza de uma “tutela absoluta”, não comportando qualquer “relativização em sede de ponderação”, mesmo “face aos interesses ou valores de maior relevo e eminên-

58 Cfr. Oliveira e Silva, 2015: 732-734. Cfr. ainda WILLIS, 2006: 6-7; Machado & Raposo, 2009: 20.

59 Rogall, Klaus *apud* Oliveira e Silva, 2015: 737.

60 A autora, no entanto, logo reconhece que uma interpretação tão exigente do grau de certeza necessário torna inútil, na prática, a utilização deste expediente no âmbito da perseguição penal. As autoridades, se estiverem certas da existência e localização dos documentos, escolherão a segurança das buscas e revistas evitando a destruição ou alteração dos meios de prova em causa. Assim, a opção pela notificação para entrega ficará reservada para as situações em que, de acordo com o princípio da Proporcionalidade, a realização de uma busca não se revele como necessária por não existir perigo de dissipação da prova. Cfr. Oliveira e Silva, 2015: 744.

61 Hassemer, Winfried, *apud* Silva Dias, 2010: 243.

62 Em sentido diferente, Silva Dias, 2010: 246; Costa Ramos, 2010: 180.

cia comunitária”⁶³. O que não significa que este seja um direito fundamental absoluto mas, que seja esta a configuração a dar ao seu núcleo essencial, esse sim absoluto, em função da teleologia que lhe subjaz.

Até porque, como afirma SANDRA OLIVEIRA E SILVA num plano metodológico de conflito de direitos, “dado que os critérios legitimadores da restrição do *nemo tenetur* no interesse da eficácia da perseguição criminal (a saber: a gravidade do crime investigado, a indispensabilidade da prova, a fidedignidade da informação que se espera obter...) são precisamente os que tornam mais intensa a necessidade de tutela do arguido contra a auto-incriminação (é mais grave a pena esperada, maior o efeito incriminatório da diligência a realizar, etc.), nunca pode afirmar-se que a um grau mais elevado de afectação do direito sacrificado (a prerrogativa contra a auto-incriminação) corresponde uma maior medida de realização do interesse contrário (os da investigação criminal)”⁶⁴. E, ainda acompanhando a autora, há que ter em mente a “probabilidade de a ponderação de bens se converter numa mera retórica de fundamentação dos resultados subjectivos, não comprováveis e incontroláveis, tidos em cada momento como adequados pelo legislador ordinário e pelos tribunais”⁶⁵.

5. UM GARANTIDO PROCESSO PENALE CONTRA-ORDENACIONAL

Historicamente, o *nemo tenetur* foi concebido para o processo criminal, o que tem levado a conclusões, como a do Advogado-Geral DARMON a propósito do caso *Orkem*, de que o direito à não-auto-incriminação⁶⁶ “se torna cada vez menos comum à medida que nos afastamos do que chamaremos o âmbito do processo criminal clássico”⁶⁷. O TEDH já afirmou também, no caso *O’Halloran e Francis vs. Reino Unido*⁶⁸ que “a especial natureza do regime regulatório

63 Costa Andrade, 2014: 147. No mesmo sentido, Oliveira e Silva, 2015: 617-618. Genericamente contra, Machado & Raposo, 2009: 47.

64 Oliveira e Silva, 2015: 622-623.

65 Oliveira e Silva, 2015: 622-623.

66 Utilizamos a expressão “auto-incriminação” num sentido amplo, que inclui a contribuição para o estabelecimento da própria responsabilidade por infracções criminais ou contra-ordenacionais, de direito administrativo sancionatório. Como alternativa, poderíamos referir-nos a “auto-inculpação”. Cfr. Costa Ramos, 2010: 176, nota 4.

67 Cfr. Martinho, 2010: p. 150.

68 Ac. do TEDH de 29 de Junho de 2007.

poderia requerer uma interpretação mais limitada do direito ao silêncio e à não auto-incriminação⁶⁹.

Entendemos, no entanto, que o princípio deve valer para todo o direito público sancionatório⁷⁰, incluindo o Direito de Mera Ordenação Social. Apesar de não ter consagração expressa ao nível do processo contra-ordenacional, o art. 41.º, n.º 1 do Regime Geral das Contra-ordenações determina a aplicação subsidiária das normas processuais penais, nas quais figura o direito ao silêncio como corolário do *nemo tenetur*⁷¹. Além disso, convém não esquecer a proposta doutrinal de VON LISZT que inclui o Direito contra-ordenacional (apesar de poder ser considerado direito sancionatório autónomo) na *Gesamtestrafrechtswissenschaft*⁷². No entanto, a questão da amplitude da aplicação das normas do processo criminal ao administrativo sancionatório não está devidamente concretizada, levando a diferentes perspectivas entre os autores e os tribunais. Vejamos as razões pelas quais nos inclinamos para uma extensão do *nemo tenetur*.

Parece-nos que a explicação muitas vezes avançada de que a garantia nasceu com natureza processual penal e não é aplicável aos processos contra-ordenacionais é sobremaneira perigosa. Não se estaria assim a abrir a possibilidade de que a passagem de um comportamento de crime a contra-ordenação, subordinada à vontade soberana do legislador, em vez de se tornar menos agressiva para os direitos fundamentais dos cidadãos pela não cominação de uma pena, acabasse por produzir o efeito contrário e facilitasse o sancionamento, por afastamento do *nemo tenetur* e diminuição de outras garantias jurisdicionais, a coimas de valor elevadíssimo, traduzindo-se afinal numa hipercriminalização?⁷³ Mesmo estando aberta a possibilidade de impugnação judicial da decisão da autoridade administrativa (art. 59.º do RGCO), não estaríamos a recuar até ao Estado de Polícia do séc. XIX, tempo em que os autores viam a criminalização como uma forma de protecção dos cidadãos, submetendo-os

69 Cfr. Martinho, 2010: 171.

70 Assim, também, o Ac. do TEDH no caso *Engel e outros vs. Países Baixos* (de 8 de Junho de 1976). Cfr. também Sousa Mendes, 2010: 127, onde o autor invoca o art. 32.º, n.º 10 da CRP como possível fundamento de tal opinião.

71 Cfr. Sousa Mendes, 2010: 127.

72 Cfr. Lobo Moutinho, 2008: 76. Cfr. ainda, para uma conclusão “substancialmente próxima”, Brandão, 2016: 864.

73 Sobre a mesma preocupação, Lobo Moutinho, 2008: 44. Cfr. ainda Brandão, 2016: 240.

à justiça criminal, mais garantista, e afastando-os das arbitrariedades da administração?⁷⁴.

Um primeiro argumento a favor da vigência do direito à não auto-incriminação em processo de contra-ordenação prende-se, contrariamente à tradicional argumentação da doutrina e jurisprudência alemãs, com a negação da diferente ressonância ética entre crimes e contra-ordenações⁷⁵. Porque se a sua afirmação poderá, eventualmente, valer como um “dever ser”, maiores dúvidas existem quanto à sua verificação na realidade jurídica actual, em que muitas vezes a diferenciação passa por uma opção política em vez de uma distinção fenomenológica e axiológica do facto baseada na ideia de dignidade penal, e em que, na expressão de LOBO MOUTINHO, o legislador “traí o critério material de distinção”⁷⁶. Como NUNO BRANDÃO, “parece-nos temerário traçar um generalizado juízo de indiferença ética sobre todo o imenso mundo contra-ordenacional, assim lançando um tudo menos apodíctico manto de neutralidade axiológica sobre a ilicitude, a culpa e a sanção contra-ordenacionais”⁷⁷. Parece-nos, também que a separação da natureza dos dois ilícitos se tem esbatido com uma sua progressiva aproximação e uma deslocação da tónica de diferenciação, sempre que haja dignidade penal do facto, de uma perspectiva qualitativa para uma meramente quantitativa⁷⁸. Neste sentido, SILVA DIAS exemplifica com o tratamento do Abuso de Informação Privilegiada (art. 378.º do Código dos Valores Mobiliários) (CVM) como crime e com o da Intermediação Financeira Excessiva (arts. 397.º, n.º 2, al. c) e 310 do CVM) como contra-ordenação⁷⁹.

Uma segunda razão prende-se com o facto de as novas espécies de contra-ordenações típicas de uma economia de mercado desenvolvida, que têm surgido desde meados da década de 80 do século passado, serem sancionadas com coimas de valores impressionantes e sanções acessórias que pouco ou nada se diferenciam das penas acessórias, indo muito além da mera advertência

74 Faria Costa, 1998: 124.

75 Brandão, 2016: 243. No argumento contrário, funda o Tribunal Constitucional (Ac. n.º 461/2011) a sua posição menos garantista.

76 Lobo Moutinho, 2008: 30.

77 Brandão, 2016: 825-826.

78 Costa Ramos, 2010: 188.

79 Silva Dias, 2010: p. 256-257.

social de que falava GOLDSCHMIDT⁸⁰. São altamente restritivas dos direitos patrimoniais das empresas e dos indivíduos, com consequências de natureza semelhante ou mais graves do que as das infracções penais que possam ter como sanções a privação de liberdade de curta ou média duração, como coimas de vários milhões de euros, podendo provocar a sua “asfixia económica”⁸¹. Daí que, por exemplo, COSTA PINTO proponha uma diferenciação de regimes entre as contra-ordenações “clássicas” e estas contra-ordenações “modernas”⁸², valendo para estas um regime mais rigoroso e garantista que compensem a severidade punitiva⁸³. Além do equívoco a que se pode chegar ao distinguir a espécie de ilícito pela sua consequência jurídica⁸⁴, hoje resulta claro que, em função da protecção de bens jurídicos que ambas devem prosseguir⁸⁵, já não se pode afirmar que a aplicação de coimas e sanções pecuniárias contrasta cristalinamente com a aplicação de penas, especialmente no domínio das pessoas colectivas⁸⁶.

Outro argumento a favor da extensão do *nemo tenetur* é a aplicabilidade das garantias constitucionais que lhe servem de fundamento ao processo contra-ordenacional. Aquelas que não o forem directamente, através de um “juízo estruturalmente analógico”⁸⁷ *pro reo* e mesmo que se rejeite a aplicação do art. 61.º, n.º 1, al. d) do CPP⁸⁸, hão-de o ser através do art. 32.º, n.º 10 da CRP, que assegura os “direitos de defesa” ao arguido no processo contra-ordenacional. Direitos esses que, segundo FIGUEIREDO DIAS, devem entender-se como “uma categoria aberta à qual devem ser imputados todos os concretos direitos de que o arguido dispõe, de co-determinar ou conformar a decisão final do processo”⁸⁹.

80 E retomada por Eberhard Schmidt, que notava na coima uma ausência da finalidade expiatória que, para o autor, a pena assumia e uma impossibilidade de desempenhar qualquer função educativa ou ressocializadora no agente. Brandão, 2016: 816.

81 As contra-ordenações da LdC podem chegar a um montante máximo de 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão condenatória proferida pela AdC, nos termos do art. 69.º, n.º 2 da LdC. Costa Ramos, 2010: 190.

82 Costa Pinto, 2009: 686 e ss.

83 Silva Dias, 2010: 239, 244-245 e 257.

84 Cfr. Lobo Moutinho, 2008: 45-46; e Brandão, 2016: 825.

85 Brandão, 2016: 821.

86 Machado & Raposo, 2009: 29.

87 Lobo Moutinho, 2008: 42.

88 Anastácio, 2010: 205-206.

89 Figueiredo Dias apud Silva Dias, 2010: 244.

Não sendo aconselhável uma interpretação restritiva no que toca a normas de direitos, liberdades e garantias⁹⁰, não há fundamento racional para, “em nome de uma diferença qualitativa ou material entre contra-ordenações e crimes, vedar a aplicação das garantias de defesa” que são adequadas. E esta adequação tem de derivar do reconhecimento de que, quando “a ideia de Justiça e o princípio do Estado de Direito impõem ao direito das contra-ordenações a sua conformação com um certo mínimo axiológico espelhado num dado princípio jurídico-constitucional vazado na constituição penal deve esse princípio considerar-se directamente aplicável ao direito contra-ordenacional”⁹¹. Nomeadamente, o *nemo tenetur*, princípio constitucionalmente implícito, que o Tribunal Constitucional comprime devido a uma “menor potencialidade lesiva da reacção estadual à infracção”⁹², argumento que pensamos ter refutado no parágrafo imediatamente anterior. Isto, mesmo que, em vez de se entender haver uma diferenciação qualitativa ou quantitativa, se entenda, como COSTA ANDRADE e como demonstram os arts. 32.º, 37.º, n.º 3, 165.º, n.º 1, al. d), 227.º, n.º 1, al. q) e 282.º, n.º 3 da CRP, que o direito das contra-ordenações existe ao lado do direito penal como outro ordenamento jurídico sancionatório⁹³.

Uma necessidade que se revela como mais premente quando se verifica que o processo contra-ordenacional é comandado por uma única entidade que investiga, faz a instrução e sanciona (art. 6.º dos Estatutos da AdC), como se a “promiscuidade entre instrutores e julgadores”⁹⁴ nos fizesse viajar no tempo, regressando ao processo inquisitório. Com o risco acrescido de, com a concentração dos poderes de supervisão e sancionatórios que se encontram intimamente ligados⁹⁵, poder aproveitar-se dos primeiros e dos deveres de cooperação para, numa “estratégia de *fishing expedition*”⁹⁶ tão comum nos crimes de colarinho branco e contrariamente aos princípios da boa fé e do respeito por

90 Valendo um princípio de preferência pelo nível mais elevado de protecção. Cfr. Silva Dias, 2010: 248, nota 25.

91 “...mesmo que a letra do preceito constitucional que o consagre pareça dar a impressão de uma exclusiva predisposição de aplicação ao domínio penal.” Assim, Brandão, 2016: 883. O autor, no entanto, não refere expressamente o *nemo tenetur* com uma dessas garantias analogicamente aplicáveis.

92 Ac. n.º 461/2011.

93 Costa Andrade, *apud* Lobo Moutinho, 2008: 33 e 41.

94 José António Veloso, *apud* Lobo Moutinho, 2008: p. 69.

95 Cfr. Costa Ramos, 2010: 179.

96 Anastácio, 2010: 227.

um processo justo e equitativo, instruir o processo contra-ordenacional sem informar o suspeito, que está convencido de que é alvo de uma simples acção de inspecção, e proferir uma decisão condenatória⁹⁷ contaminada. Ainda mais, quando a empresa visada não tem acesso ao processo sancionatório na fase de investigação e sendo-lhe pedidos, em várias ocasiões, elementos documentais dispersos⁹⁸. Mesmo havendo o dever de indicação do fundamento jurídico e da finalidade e de especificar as informações necessárias. Quase que nos aprez perguntar, com HABERMAS, sobre “quem penaliza o detentor do monopólio de violência” se este quiser comportar-se de forma desviante?⁹⁹

SILVA DIAS sugere a possibilidade da constituição do investigado como arguido, fazendo uso do art. 59º, nº 2, do CPP, que atribui o direito a ser constituído arguido a pedido do investigado, sobre quem recaia suspeita de ter cometido um crime, sempre que estiverem a ser efectuadas diligências, destinadas a comprovar a imputação, que pessoalmente o afectem, em ordem a legitimar o recurso ao direito ao silêncio. Isto valeria para o processo contra-ordenacional, pelo facto de o Direito processual valer, em relação àquele, como direito subsidiário, por força do art. 41.º do RGCO¹⁰⁰. Deste modo, o sujeito passivo do dever de colaboração, quando surgisse a suspeita de prática de infracção¹⁰¹, passaria a arguido do processo contra-ordenacional, ganhando a prerrogativa de exercer o direito ao silêncio e à recusa da entrega de documentos, no que pode ser visto como uma “válvula de escape” do sistema, que marca também o âmbito de validade temporal da garantia¹⁰².

Entendemos, sobretudo, que há que separar as águas consoante a função exercida pela autoridade administrativa, porque o *nemo tenetur* não deve ser aplicável enquanto aquela estiver a exercer poderes de supervisão e controlo, tendo em vista o regular funcionamento do sistema¹⁰³. Mas, já o será, quando, no exercício daqueles poderes, a autoridade se deparar com indícios da prática

97 Cfr. Silva Dias, 2010: 250; e Machado & Raposo, 2009: 16.

98 Cfr. Costa Ramos, 2010: 187.

99 Cfr. Habermas, 2012: 85. O autor enuncia a questão referindo-se a quem controla os Estados nacionais sugerindo os órgãos da União Europeia. Mas quem controla estes? É um problema de *regressus ad infinitum*.

100 Silva Dias, 2010: 255. No mesmo sentido, Costa Ramos, 2010: 193.

101 Mas, não ainda quando os pedidos forem feitos pela AdC unicamente para assegurar o regular funcionamento de determinadas operações ou actividades.

102 Silva Dias, 2010: 245-246. Cfr. ainda Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 57.

103 Figueiredo Dias, Costa Andrade & Costa Pinto, 2009: 49. No mesmo sentido, Silva Dias, 2010: 250.

de contra-ordenação “e decide encetar diligências com vista à confirmação dos indícios e ao apuramento das responsabilidades”, momento esse que marca o início do processo-contra ordenacional, que não precisa de uma confrontação do arguido com a infracção cometida, nomeadamente através de uma nota de ilicitude ou acusação¹⁰⁴. Porque, muito embora as prerrogativas de inquérito e de inspecção sejam comuns aos poderes sancionatórios e de supervisão, os Estatutos da AdC, no art. 6.º, distinguem claramente o conteúdo e finalidades desses poderes, o que os mostra como autónomos e diferenciados¹⁰⁵. São “sistemas autónomos e autorreferentes”, que podem realizar-se de forma perfeita e ainda actualizar-se em “obediência e fidelidade aos seus códigos específicos”¹⁰⁶. Não cremos que haja aqui qualquer antinomia do sistema jurídico¹⁰⁷, já que os elementos recolhidos durante a actividade inspectiva não têm de ser os únicos meios de prova do procedimento sancionatório administrativo, devendo funcionar antes como notícia da infracção e determinando a AdC, de acordo com o princípio da legalidade da promoção processual a que está sujeita, a uma investigação que não tem de mobilizar as declarações e os documentos entregues, podendo usar outros meios de obtenção de prova. Não vemos, pois, razão para, em nome da necessidade de protecção da eficiência funcional das autoridades administrativas, limitar o princípio da proibição da auto-incriminação¹⁰⁸.

Carece de prova, pois, a alegação de que, na disciplina da concorrência, a efectiva realização das funções preventivas de controlo e fiscalização da regularidade da actuação dos agentes económicos depende da possibilidade de os ilícitos administrativos serem sancionados pela entidade reguladora, não havendo outro modo de corrigir falhas detectadas¹⁰⁹. Parece-nos, também, que LOBO MOUTINHO vai de encontro a essas mesmas dúvidas quando questiona a bondade da solução de concentrar poderes sancionatórios com os demais poderes regulativos na mesma entidade e sugere a possibilidade de tribunais

104 Assim, Machado & Raposo, 2009: 45; e Silva Dias, 2010: 254. Note-se que a jurisprudência comunitária já clarificou que a Comissão deve identificar, no pedido de informações, a violação dos artigos de que suspeita. Sobre isto, Martinho, 2010: 165.

105 Cfr. Costa Ramos, 2010: 179.

106 Cfr. Costa Andrade, 2014: 153.

107 Em sentido diferente, Figueiredo Dias, Costa Andrade & Costa Pinto, 2009: 106-107.

108 Contrariamente, Brandão, 2016: 806.

109 No sentido contrário ao do texto, Oliveira e Silva, 2015: 554 e 753, nota 1888. Cfr. Figueiredo Dias, Costa Andrade & Costa Pinto, 2009: 78-79; e Lobo Moutinho, 2008: 62. Cfr. também o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 461/2011.

especializados para o sancionamento promovido pelos reguladores¹¹⁰. E está ainda por demonstrar que só um atropelo ao *nemo tenetur*, que, como escrevemos *supra*, entendemos estar subtraído a qualquer juízo de ponderação mesmo face a interesses públicos como a defesa da concorrência e a protecção da economia, possibilite inverter a punibilidade das infracções cometidas neste âmbito. Não é pelo facto de a actividade económica de mercado estar subtraída à liberdade geral de acção, com necessidades de autorização e vigilância, que está legitimada uma actuação sancionatória sem garantias que materialmente devem estar ligadas a qualquer actuação deste tipo. E não é por neste tipo de actividades se exigir a máxima lealdade com o Estado que essa lealdade deixa de estar sujeita a limites, nomeadamente quando haja risco de auto-incriminação. Aliás, já foi afirmado pelo TJUE, no caso *Montecatini SpA vs Comissão Europeia*¹¹¹, que o princípio da presunção de inocência se aplica aos processos atinentes a violações das regras de concorrência aplicáveis às empresas susceptíveis de conduzir à aplicação de multas ou de sanções pecuniárias compulsórias.

Daí que defendamos uma proibição de valoração no processo contra-ordenacional das declarações e documentos obtidos no âmbito dos poderes de supervisão por violação do *nemo tenetur*. Desse modo, não deixará de conseguir-se o objectivo da protecção da concorrência, para o qual a condenação em coimas das empresas através de prova obtida de forma activa e coactiva nada adiantam.

Diga-se, ainda, que a propósito do acórdão *Société Stenuit vs França* do TEDH¹¹², pode ler-se no considerando n.º 65 do Relatório da Comissão Europeia, que “*en tout état de cause, la décision du ministre d’infliger une sanction pécuniaire constituait, au regard de la Convention, une décision sur le bien-fondé d’une accusation pénale et présentait le caractère d’une sanction pénale*”¹¹³. Mesmo que o TEDH, no acórdão *Jussila vs Finlândia*¹¹⁴, tenha tentado esclarecer a questão, dizendo que há “acusações em matéria penal com diferentes pesos” e que o Direito da Concorrência não pertence ao direito criminal clássico, não

110 Cfr. Lobo Moutinho, 2008: 70.

111 Acórdão do TJUE de 8 de Julho de 1999, no Proc. C-235/92 P.

112 Acórdão do TEDH de 27 de Fevereiro de 1992, Proc. 11598/85.

113 Relatório disponível em http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-46290%3FTID%3Dihgdqbxnfi&sa=U&ved=0ahUKewjhp5yCOzfsAhVM0xoKHbtUAOMQFggZMAE&usg=AFQjCNHXFVEH Mgmjr0IWLngsoh_3xtl3Gg

114 Acórdão do TEDH de 23 de Novembro de 2006, no Proc. 73053/01.

tendo um “nível significativo de estigma”¹¹⁵. No entanto, o mesmo argumento pode ser revertido, levando-nos a afirmar que há infrações administrativas sancionadas de tal forma pesada que, como já escrevemos, tenha de haver uma analogia com o direito criminal e com as suas garantias. Comentadores da lei alemã das contra-ordenações assinalam até que o processo contra-ordenacional “apenas é um procedimento prévio” e que “a decisão de aplicação de coima é uma pronúncia provisória proferida num procedimento prévio e que só se torna definitiva através da auto-submissão do interessado”¹¹⁶.

Assim, não podemos deixar de concordar com o sentido visado pela pergunta de ULRICH SIEBER, quando questiona se não deveremos “exportar”, para o âmbito das “medidas preventivas de intensa intervenção” adoptadas fora do Direito Penal, o sistema de protecção próprio deste ramo do direito¹¹⁷, sempre dentro do juízo estruturalmente analógico. Sabendo que o direito contra-ordenacional assume uma “extrema proximidade ou congruência substantiva” com o processo penal, entendemos que “a inegável diversidade processual, marcada pela competência administrativa para promover o processo e sancionar”¹¹⁸ não pode destruir as garantias que ainda assim lhe seriam adequadas. É que com a consagração legal dos deveres de colaboração, o direito à não auto-incriminação, nestes processos contra-ordenacionais, não é comprimido até uma fronteira razoável¹¹⁹ mas é verdadeiramente destruído o seu núcleo essencial.

6. UMA GARANTIA DAS PESSOAS COLECTIVAS

Além de ter sido concebido para o direito criminal, o *nemo tenetur* foi, fruto das circunstâncias históricas e do ainda pouco desenvolvido direito dos entes colectivos, inicialmente pensado para as pessoas singulares. Assim, várias correntes continuam a afirmar uma flexibilização de princípios e garantias dos entes colectivos, como contrapolo à menor severidade da sanção¹²⁰.

115 Martinho, 2010: 170.

116 Cfr. Lobo Moutinho, 2009: 39. Fazem-no porque são limitados os efeitos da decisão administrativa, mesmo que condenatória (arts. 59.º, 79.º, 82.º, 89.º do RGCO). Por exemplo, a decisão da autoridade administrativa que aplicou a coima ou sanção acessória não impede a abertura de processo penal para conhecimento do mesmo facto como crime, caducando se aí vier a ser proferida condenação do arguido ou uma qualquer outra decisão que seja incompatível com a aplicação da coima e da sanção acessória (art. 82.º do RGCO)

117 Sieber, Ulrich *apud* Silva Dias, 2010: 257.

118 Lobo Moutinho, 2008: 40.

119 Como entende, Anastácio, 2010: 218.

120 Cfr. Teixeira, 2008: 102.

O *Supreme Court* norte-americano, desde o caso *Hale vs. Henkel*¹²¹, tem vindo a reafirmar a natureza estritamente pessoal do *privilege against self-incrimination*, naquilo a que chama a “*entity exception*” ou “*collective entity rule*”, ligada ao segmento do texto da V Emenda da Constituição americana, “*no person*”. Como fundamentação, avança, em primeiro lugar, com o argumento de que a garantia está desenhada sobretudo para a protecção de direitos e interesses ligados à personalidade humana, como a proibição de métodos desumanos de compulsão e o reduto inviolável da privacidade. Como segunda razão justificativa da opção jurisprudencial, refere que as pessoas colectivas são ficções criadas pelo Direito e, como tal, são entidades sujeitas a um dever de se submeterem à fiscalização dos poderes públicos. É patente a preocupação do *Supreme Court* com a eficácia na detecção, perseguição e comprovação do *white collar crime* e o receio de não ser possível a sua realização concreta se não houver colaboração da própria pessoa colectiva¹²². Isto foi confirmado no caso *Wilson vs. United States*¹²³, em que o tribunal exigiu de um funcionário da empresa os documentos desta detidos por ele, mesmo que o pudessem auto-incriminar¹²⁴.

No entanto, em Inglaterra, o direito à não auto-incriminação é reconhecido desde o caso *Triplex Safety Glass Co. vs Lancegaye Safety Glass Ltd.*, de 1938, em que o *Court of Appeal*, apesar de reconhecer que uma pessoa colectiva não pode sofrer as constricções físicas de uma pessoa natural, afirma que pode ainda ser condenada e sancionada¹²⁵. O que, além de riscos patrimoniais e de existência da pessoa colectiva, trará consigo ainda danos reputacionais¹²⁶.

Muitas vezes, é mobilizado o argumento histórico (que aliás influenciou a mudança de paradigma no direito australiano que seguia o modelo inglês para passar a partidário do modelo americano de denegação do direito aos entes colectivos¹²⁷) que associa o *nemo tenetur* unicamente à pessoa física ou singular.

121 Acórdão do *Supreme Court of the United States* de 12 de Março de 1906.

122 Cfr. Ramsay, 1992: 299 e 307; Loschin, 1996: 262-263; Oliveira e Silva, 2015: 222-223; Machado & Raposo, 2009: 21; e Khanna, 2014: 13. Sobre esta preocupação do *High Court of Australia*, cfr. McDonald, 1993: 189.

123 Acórdão do *Supreme Court of the United States* de 15 de Maio de 1911.

124 Loschin, 1996: 263.

125 Cfr. Ramsay, 1992: 298; Loschin, 1996: 261; Machado & Raposo, 2009: 27-28.

126 Cfr. Machado & Raposo, 2009: 22-23.

127 Cfr. Loschin, 1996: 265; e Machado & Raposo, 2009: 30-31. McDonald (1993: 188) afirma, com estranheza: “*it is curious that the common law has been interpreted in order to accommodate prevailing government policy*”.

No entanto, a origem histórica do princípio continua a ser discutida e este argumento está mais identificado com uma tese de origem romano-canónica, assente em justificações de índole religiosa, nomeadamente a de que as pessoas colectivas não têm consciência ou alma para redimir¹²⁸. De todo o modo, qualquer que seja a sua verdadeira origem histórica, o princípio tem de ser considerado na sua dimensão evolutiva, que acompanha a realidade histórico-jurídica e o desenvolvimento do pensamento jurídico. É a partir dos problemas jurídicos que inovadoramente surgem no horizonte comunitário e da “constituente reflexão da prática intersubjectividade em que radica o direito” que se dá a evolução dos princípios¹²⁹. A reflexão sobre o *nemo tenetur* não pode continuar a ignorar, com base em argumentos de carácter formal, os agentes colectivos como destinatários do Direito penal e contra-ordenacional e como tal mercedores da garantia contra a auto-incriminação¹³⁰, já que, além de outros argumentos que mobilizaremos, são eles mesmos, no fundo, organizações de pessoas singulares, titulares essas, sem dúvida alguma, da protecção conferida pelo *nemo tenetur*.

O art. 12.º da CRP dispõe que as pessoas colectivas gozam dos direitos compatíveis com a sua natureza. Apesar de o nosso estudo se orientar de certa forma na direcção dos entes colectivos com personalidade jurídica, parece que a norma constitucional não faz distinção, sugerindo a adequação de uma interpretação extensiva do preceito¹³¹. Além da natureza da pessoa colectiva em causa, a atribuição de direitos àquelas entidades está dependente, naturalmente, da natureza do direito fundamental no caso, excluindo-se, nomeadamente, os direitos de natureza biológica¹³². Ora, a natureza do *nemo tenetur*, não nos parece exclusiva das pessoas singulares, já que também os entes colectivos podem ser coactivamente determinados a revelar conhecimentos de cariz auto-incriminatório. Nem se diga que a contribuição da pessoa colectiva para

128 Cfr. McDonald, 1993: 182. O autor cita o *High Court of Australia*: “a corporation has no body to be kicked or soul to be damned”. De acordo com a doutrina eclesial, o Direito não deveria exigir a confissão da pessoa que só o teria de fazer a Deus. Além do mais, se o Estado exigisse confissões estaria a promover o perjúrio, um pecado mortal. Mas, isto valeria para as pessoas, já não para as empresas desprovidas de alma. Cfr. Loschin, 1996: 266-267.

129 Bronze, 2010: 633-634.

130 Neste sentido foram os votos de vencido de três juízes do *High Court of Australia*, no caso *EPA vs Caltex*, de 1993. Sobre o caso, cfr. McDonald, 1993: p. 183.

131 Assim, Gomes Canotilho & Moreira, 2014: 329. Concordamos com os autores nas dúvidas quanto à aplicabilidade do *nemo tenetur* às fundações por ausência da base associativa.

132 Cfr. Gomes Canotilho & Moreira, 2014: 330-331; e Menezes Cordeiro, 2004: 72.

o esclarecimento de factos de cariz auto-incriminatório é aceitável, na medida em que é algo de estranho em relação à violência sobre a integridade física ou moral¹³³. Nem que seja porque a ameaça de coima por não cumprimento da obrigação atenta contra a integridade patrimonial e, por isso, existência da própria pessoa colectiva e, logo, contra o desenvolvimento da personalidade das pessoas singulares que a compõem.

WOUTER WILS afirma que “não é óbvio que o TEDH garantiria a mesma amplitude de protecção sob o direito à não-autoincriminação a pessoas jurídicas (...) na medida em que esses procedimentos apenas podem conduzir à imposição de coimas”¹³⁴. No entanto, não se vislumbram razões fundadas para que uma pessoa colectiva não possa ser alvo de coacção com a ameaça do sancionamento através de coimas, com implicações no seu património e nas actividades prosseguidas, podendo levar à sua ulterior dissolução por falta de meios. Para elas, as sanções pecuniárias de elevadíssimo montante que podem ser impostas pelas autoridades da concorrência podem ter um efeito coercivo maior do que uma pena de prisão de curta duração para uma pessoa física, mais preocupada com o seu património que continuará intacto quando voltar à liberdade.

Deste modo, não teria sentido retirar às pessoas colectivas as suas garantias de defesa, nem mesmo em processo penal, porque depois de se admitir a sua responsabilidade não se pode, ao mesmo tempo, criar para elas um Direito penal e processual de excepção¹³⁵. Uma questão pertinente seria sobre o sentido da manutenção de uma responsabilidade penal (e contra-ordenacional) para os entes colectivos, quando as sanções continuam (naturalmente) como essencialmente de natureza pecuniária e muitos são os problemas que as construções de imputação do facto, culpa e pessoalidade da pena (ou coima) põe para estas entidades. Não será a única diferença substancial entre a sua responsabilização civil e criminal o role de garantias processuais aplicáveis¹³⁶? Apesar destas considerações que se afastam do tema do nosso estudo, mantendo o direito

133 Cfr. Teixeira, 2008: 158. Cfr. McDonald, 1993: 180.

134 Wouter Wils, *apud* Martinho, 2010: 168.

135 Assim, Sousa Mendes, 2010: 137, nota 37.

136 Não nos referimos aqui, obviamente, ao conjunto de diferenças técnico-jurídicas em termos de andamento processual e das várias sanções acessórias mas, ao essencial daquilo que é trazido pela responsabilidade criminal, na linha de Khanna (2004: 4). No entanto, não podemos concordar com o autor quando refere que, com base numa análise economicista, sugere dever existir uma menor protecção das pessoas colectivas no processo criminal do que no processo civil.

positivo¹³⁷, aquele tipo de responsabilização, entendemos que, em termos gerais, como correlato da responsabilização (penal e contra-ordenacional), a pessoa colectiva deve beneficiar do estatuto de arguido¹³⁸, que, como já defendemos *supra*, deverá englobar, mesmo nos processos contra-ordenacionais, o *nemo tenetur*¹³⁹.

Além do mais, a titularidade pelas pessoas colectivas do direito à não auto-incriminação não sofre com a visão do *nemo tenetur* como justificado pela dignidade da pessoa humana¹⁴⁰. Porque a personalidade jurídica colectiva não existe somente para benefício da sociedade em geral, que poderia exigir dela mais do que a uma pessoa física¹⁴¹, quase que como a simples suspeita da prática de infracções derogasse a presunção de inocência. Ela existe funcionalmente em nome do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo (ou indivíduos) e uma recusa do direito para a pessoa colectiva seria sempre uma recusa para quem a usa¹⁴². Por outro lado, dificilmente nos conseguimos livrar das dúvidas suscitadas pelo princípio da pessoalidade (art. 30.º, n.º 3 da CRP), nomeadamente nas suas refracções de proibição de transmissão das sanções para terceiros e impossibilidade de sub-rogação no cumprimento das sanções¹⁴³. Na realidade, não curamos aqui da transmissibilidade de certos efeitos patrimoniais conexos das penas nos termos da lei civil¹⁴⁴ mas, da real transmissão dos efeitos das coimas para a restante estrutura da empresa, incluindo administradores, trabalhadores, fornecedores e clientes¹⁴⁵.

Por último, decididamente não se pode é argumentar que certos documentos sempre poderiam ser obtidos por outros meios, como junto de terceiros ou

137 Influenciado pelas tendências internacionais, a nível internacional e europeu. Cfr. Pinto de Albuquerque, 2006.

138 Teixeira, 2008: 105.

139 Neste sentido, Machado & Raposo, 2009: 41.

140 Assim, Lamberigts, 2016: 438.

141 Assim, Loschin, 1996: 268.

142 De acordo com Machado & Raposo (2009: 25), “Do ponto de vista material, elas [*as pessoas colectivas*] são um conjunto de pessoas individuais que colaboram na prossecução de finalidades comuns, em muitos casos de natureza económica.” Menezes Cordeiro (2004: 70) afirma “a desonra de uma pessoa colectiva repercute-se sobre as pessoas que lhe sirvam de suporte ou que, para ela, trabalhem ou actuem”.

143 Sobre o princípio, cfr. Antunes, 2015: 20.

144 Cfr. Gomes Canotilho & Moreira, 2014: 504.

145 Neste sentido, também Machado & Raposo, 2009: 23.

instituições (como bancos ou outras entidades reguladoras) ou com recurso aos poderes coercivos judiciais, como a utilização das buscas¹⁴⁶. Porque a realidade sempre se nos revela com uma fertilidade tal que contraria essa lógica, nomeadamente, como nos revela a jurisprudência do TEDH no caso *Funke*, a situação de as autoridades aduaneiras que, sendo “incapazes ou não querendo obtê-los por outro meio, tentaram compelir o recorrente”¹⁴⁷. Dizer que as pessoas jurídicas têm uma burocracia e estrutura especialmente protectivas e que na maior parte das vezes conduzem os seus negócios por escrito, sendo que a negação do *nemo tenetur* se justifica por razões de eficácia na justiça¹⁴⁸ é, a nosso ver, não só um recuo civilizacional como uma incoerência do sistema jurídico. Um recuo civilizacional porque o *overenforcement* nos lembra dos tempos obscuros em que a eficácia justificava métodos como a tortura, em que era desconsiderada a finalidade do processo penal de protecção dos direitos fundamentais. E uma incoerência porque, como já dissemos, esquece que as pessoas colectivas estão juridicamente ao dispor de pessoas físicas, legitimando-se daquele modo uma espécie de “tortura administrativa e económica” com consequências para os indivíduos¹⁴⁹.

E como exerceriam as pessoas colectivas o seu direito ao silêncio? Sendo, o depoimento um acto pessoal, nos termos do art. 138.º, n.º 1 do CPP, não tendo voz originalmente própria, a pessoa colectiva deve ser representada pela pessoa singular para isso habilitada por lei, pacto social ou estatutos¹⁵⁰. Diz o art. 87.º, n.º 1 do RGCO que as pessoas colectivas e as associações sem personalidade jurídica são representadas no processo por quem legal ou estatutariamente as deva representar. A este propósito da representação, existem duas concepções.

146 Cfr. Teixeira, 2008: 158. Cfr. sobre este argumento Machado & Raposo, 2009: 39.

147 Parágrafo 44 do Acórdão. Cfr. Costa Ramos, 2006: 142.

148 Cfr. Ramsay, 1992: 307; Loschin, 1996: 269-270; Khanna, 2004: 46; e ainda Lamberigts 2016: 436.

149 No caso *Société Stenuit vs. França*, o TEDH não chegou a pronunciar-se sobre a aplicabilidade do art. 6.º, n.º 1 da CEDH às pessoas colectivas, uma vez que a sociedade comercial informou o Tribunal da sua intenção de desistir da queixa, não tendo sido proferida decisão de mérito. Cfr. Sousa Mendes, 2010: 136, nota 34.

150 É esta a solução do art. 25.º, n.º 1 do CPC. O seu n.º 2 não parece aplicável ao processo penal, em razão da livre organização e expressão da defesa, a não ser que a pessoa colectiva ou seu representante se furtem a um acto processual (ex: notificação da acusação) e o tribunal nomeie um representante *ad hoc* para esse efeito. No domínio da concorrência vale o art. 16.º da LDC. Aquela também parece ser a linha de pensamento do legislador no CSC para as sociedades em nome colectivo e por quotas (arts. 192.º, 252.º e 261.º do CSC), havendo maiores dúvidas quanto às sociedades anónimas (arts. 405.º, n.º 2, 420.º, n.º 1, al. l), 421.º, n.º 3 e 4 e 441.º, al. p).

A tradicional, apenas diz poder haver regular representação processual através da intervenção dos titulares dos seus órgãos, administradores ou gerentes (*top management*). A moderna, admite a representação fundada numa delegação de competência, eventualmente através de procuração com poderes bastantes.

Seguindo CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, entendemos ser esta última a que melhor se adequa¹⁵¹. Primeiro, porque terá de haver sempre um intermediário e não se podem pôr em causa direitos de defesa ou a regularidade do processo, o que poderia acontecer se os administradores e gerentes fossem também suspeitos, arguidos, ofendidos ou assistentes. Depois, porque no mundo de economia globalizada, as pessoas colectivas têm estabelecimentos dispersos por todo o país e até entre países, não sendo funcionalmente adequada a obrigatoriedade da presença dos administradores ou gerentes quando o processo se pode desenrolar a milhares de quilómetros dos seus domicílios ou da sede da pessoa colectiva. Por fim, nem sempre os responsáveis de topo da empresa têm conhecimento directo, fruto da deslocalização empresarial, dos factos¹⁵².

Tudo isto, nos suscita uma última interrogação: imaginando que nunca haveria lugar a uma prerrogativa contra a auto-incriminação das pessoas colectivas, como iriam os representantes produzir declarações incriminadoras do ente colectivo “mordendo a mão que lhes dá de comer”¹⁵³? Ou seriam confrontados com uma escolha difícil, ou a sua escolha como representantes no processo seria um presente envenenado ao qual se seguiriam dias difíceis no seio empresarial.

7. CONCLUSÕES

Conscientes da alteração da concepção tradicional do *nemo tenetur se ipsum accusare* que propomos, não a vemos, pelas razões *supra* explicitadas, como um garantismo infundado e radical. Bem sabemos, fruto da lição de FIGUEIREDO DIAS, que “também um unilateralismo sistemático no sentido da protecção do arguido ameaçaria o Estado de Direito mesmo nos seus fundamentos”¹⁵⁴.

151 Como parece sugerir o Parecer da PGR n.º 11/2013, publicado na parte D do DR IIª Série n.º 178, de 16 de setembro de 2013.

152 Neste sentido, Teixeira, 2008: 106-108. No fundo, certa parece ser a necessidade de intervenção legislativa neste domínio, com regras de preferência e consideração de quem pode fazer gerar a responsabilidade da pessoa colectiva (art. 11.º do CP, art. 73.º da LdC e art. 7.º do RGCO). Além do tratamento de questões como as de coligação ou litisconsórcio, que podem gerar problemas como o de só um de dois representantes exercer o direito ao silêncio da pessoa colectiva.

153 Com esta expressão sugestiva, Lamberigts, 2016: 435. Cfr também, sobre o problema, McDonald, 1993: 187-188.

154 Figueiredo Dias, 2011: p. 28.

Vemo-la, sim, fundada não só nos perigos que uma sua desconsideração poderia gerar para o núcleo essencial do direito à não auto-incriminação mas, também na coerência lógica do universo normativo já existente.

A solução avançada não conduz, a nosso ver, à frustração das finalidades da supervisão, já que a AdC tem todo um conjunto de poderes, mais do que suficientes, para aceder às informações e documentos pretendidos, através de meios de obtenção de prova previstos na lei processual penal vigente, como sejam as buscas, as revistas e as apreensões. Claro está que o acesso aos meios de prova não será tão facilitado mas, assim o exige o *nemo tenetur*. A maximização da prova e a eficiência das investigações não podem justificar um retrocesso civilizacional, em nome de uma protecção eficaz da concorrência. A Concorrência não pode ser absolutizada¹⁵⁵. Mais, o facto de as actividades económicas ligadas à livre iniciativa privada não serem absolutamente livres¹⁵⁶, podendo levar a certos ónus ou obrigações para os operadores económicos e a sujeição a vigilância institucionalizada¹⁵⁷, não os pode levar a abdicar de uma garantia central como o direito à não auto-incriminação e bem mais antiga do que o mercado regulado. Se seguíssemos essa lógica, iniciar-se ia um caminho em que nenhuma garantia restaria no fim, em prol da eficiência do mercado.

O nosso estudo, visou principalmente o direito contra-ordenacional decorrente das imposições normativas da central política europeia da concorrência. Ainda assim, mesmo sabendo que, hoje, é tão fragmentado, atomizado, complexo e diferenciado o universo das contra-ordenações para que se possa ser tratado levemente um tema de forma transversal ao conjunto¹⁵⁸, pensamos que algumas das nossas conclusões continuarão válidas para outros subsistemas contra-ordenacionais. Mesmo, no que às pessoas colectivas diz respeito, uma vez que “a radicação direito à não auto-incriminação no domínio dos direitos fundamentais constitucionais dos direitos humanos, de matriz jus-internacional, favorece claramente a sua extensão às pessoas colectivas”¹⁵⁹.

No fim, resta saber se as instâncias normativas da União e a sua jurisprudência, ou pelo menos os actores nacionais, conseguirão inverter a lógica economicista

155 Assim, Menezes Cordeiro, 2004: 75.

156 Utilizando este argumento, Sousa Mendes, 2010: p. 138; e Bolina, 2010: 427-428.

157 Lobo Moutinho, 2008: 62.

158 Silva Dias, 2010: 238.

159 Machado & Raposo, 2009: 18.

e de eficácia e caminhar firmemente em direcção ao objectivo do Tratado de Amesterdão de “manter e desenvolver a União como um espaço de liberdade, de segurança e de justiça”¹⁶⁰, consagrando uma verdadeira “Globalização Jurídica Humanista”¹⁶¹ assente no “alcance simbólico” daquela “triade”¹⁶², na forma de um completo *fair trial* que não esquece o *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Tudo isto, porque pensamos da mesma forma que o eurodeputado espanhol ESTÉBAN GONZÁLEZ PONS, que numa fenomenal intervenção relativa ao *Brexit*, defendeu que a Europa já não é um mercado, é a vontade de viver juntos, é o Estado de bem-estar com democracia e direitos fundamentais¹⁶³. Pensamo-lo ainda que sempre cientes de que “*a Europa é um desafio – já os Deuses do Olimpo o tinham compreendido. Zeus precisou de utilizar um touro para raptar Europa e subtraí-la depois, com astúcia, à atenção da sua ciumenta esposa Hera. Quem agarra a Europa para si, desafia o destino. A Europa confunde – e não apenas Zeus. A Europa assusta – e não apenas Hera*”¹⁶⁴.

160 Flore, 2014: 37.

161 Costa Ramos, 2006: 126.

162 Rodrigues & Mota, 2002: p. 36.

163 Intervenção essa no Parlamento Europeu, no dia 15 de Março de 2017.

164 Cfr., citando a revista *Strafverteidiger*, Gless, 2011: 396.

BIBLIOGRAFIA

ANASTÁCIO, Catarina

2010 “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*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março, p. 199-233.

ANTUNES, Maria João

2015 *Consequências jurídicas do Crime*, Coimbra Editora.

BOLINA, Helena

2010 “O Direito ao Silêncio e o Estatuto dos Supervisionados à luz da Aplicação Subsidiária do Processo Penal aos Processos de Contra-ordenação no Mercado de Valores Mobiliários”, *Revista do CEJ*, 14, pp. 293-332.

BRANDÃO, Nuno

2016 *Crimes e Contra-ordenações: da Cisão à Convergência Material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o Direito Penal e o Direito Contra-ordenacional*, Coimbra Editora.

BRONZE, Fernando José

2010 *Lições de Introdução ao Direito*, Wolters Kluwer – Coimbra Editora.

COSTA, Joana

2011 “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 32, nº 128, Outubro-Dezembro, pp. 117-183.

COSTA ANDRADE, Manuel da

1992 *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora.

2014 “*Nemo Tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (nº 340/2013) do Tribunal Constitucional”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 144, nº 3989, p. 147.

COSTA PINTO, Frederico da

2009 “As codificações sectoriais e o papel das contra-ordenações na organização do Direito penal secundário”, in IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, vol. III, Coimbra Editora.

COSTA RAMOS, Vânia

2006 “*Corpus Iuris 2000 – Imposição ao Arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare – Parte I*”, *Revista do Ministério Público*, nº 108, Ano 27, Outubro/Dezembro, p. 125-149.

- 2007 “*Corpus Iuris 2000* – Imposição ao Arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* – Parte II”, *Revista do Ministério Público*, n.º 109, Ano 28, pp. 57-96.
- 2010 “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e Concorrência: Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março, 2010, pp. 175-198.
- FARIA COSTA, José de
- 1998 “A Importância da Recorrência no Pensamento Jurídico. Um exemplo: a Distinção entre Ilícito Penal e o Ilícito de Mera Ordenação Social”, in *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*, I, Coimbra Editora, pp. 109-143.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
- 1974 *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora.
- 2011 *Acordos sobre a Sentença em Processo Penal. O “fm” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?*, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE, Manuel da & COSTA PINTO, Frederico da
- 2009 *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Almedina.
- FLORE, Daniel
- 2014 *Droit Pénal Européen: les Enjeux d’une Justice Pénale Européenne*, Larcier.
- GLESS, Sabine
- 2011 “A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, pp. 395-426.
- GOMES CANOTILHO, J. J. & MOREIRA, Vital
- 2014 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel
- 2014 *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina, 7ª Edição.
- HABERMAS, Jürgen
- 2012 *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, Edições 70.
- KHANNA, Vikramaditya S.
- 2004 “Corporate Defendants and the Protections of Criminal Procedure: an Economic Analysis”, *University of Michigan Law School Scholarship Repository*, disponível em http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=law_econ_archive&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.pt%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3D

en%26q%3Dcorporate%2Bdefendants%2Band%2Bthe%2Bprotections%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gfe_rd%3Dcr%26ei%3DM07aWK7dJILY8geWjo3gBA#search=%22corporate%20defendants%20protections%22

LAMBERIGTS, Stijn

2016 “The Privilege Against Self-Incrimination: A Chameleon of Criminal Procedure”, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 4, pp. 418-438.

LOBO MOUTINHO, José

2008 *Direito das Contra-ordenações: Ensinar e Investigar*, Universidade Católica Editora.

LOSCHIN, Lynn

1996 “Comment: A Comparative Law Approach to Corporations and the Privilege Against Self-Incrimination”, *University of California Davis Law Review*, vol. 30, issue 1, pp. 247 e ss., disponível em https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/30/1/comment/DavisVol30No1_Loschin.pdf.

MACHADO, Jónatas & RAPOSO, Vera

2009 “O Direito à Não Auto-Incriminação e as Pessoas Colectivas Empresariais”, in *Direitos Fundamentais e Justiça*, n.º 8, Jul./Set., pp. 1347.

MARTINHO, Helena Gaspar

2010 “O Direito ao Silêncio e à Não Auto-incriminação nos Processos Sancionatórios do Direito Comunitário da Concorrência – uma Análise da Jurisprudência dos Tribunais Comunitários”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março, pp. 145-174.

MCDONALD, Jan

1993 “No Body To Be Kicked or Soul To Be Damned: Corporate Claims to the Privilege Against Self-Incrimination”, in *Bond Law Review*, vol. 5, issue 2, pp. 179-190.

MENEZES CORDEIRO, António

2004 “Defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspecção”, in *O Direito*, Ano 136.º, I, p. 43-76.

OLIVEIRA SILVA, Sandra

2015 *O Arguido como Meio de Prova Contra Si Mesmo: Considerações em torno do Princípio nemo tenetur se ipsum accusare* (tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto e em curso de publicação).

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo

2006 “A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas ou Equiparadas”, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=50879&cida=50919.

RAMSAY, Ross

1992 “Corporations and the Privilege Against Self-Incrimination”, in *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 15(1), pp. 297-312.

RODRIGUES, Anabela Miranda

2008 *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora.

RODRIGUES, Anabela Miranda & MOTA, José Luís Lopes da

2002 *Para uma Política Criminal Europeia*, Coimbra Editora.

SÁ, Líliliana da Silva

2008 “O Dever de Cooperação do Contribuinte *versus* o Direito à Não Auto-incriminação”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 107, Ano 27, Julho/Setembro.

SILVA DIAS, Augusto

2010 “O Direito à Não Auto-Inculpação no Âmbito das Contra-Ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março, pp. 238-265.

SILVA DIAS, Augusto & COSTA RAMOS, Vânia

2009 *O Direito à não Auto-inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Editora.

SOUSA MENDES, Paulo de

2010 “As Garantias de Defesa no Processo Sancionatório Especial por Práticas Restritivas da Concorrência Confrontadas com a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 1, N.º 1, Janeiro-Março, p. 125.

TEIXEIRA, Carlos Adérito

2008 “A Pessoa Colectiva como Sujeito Processual ou a “Descontinuidade” Processual da Responsabilidade Penal”, in *Revista do CEJ*, n.º 8, sem. 1.º, p. 99-166.

WILLIS, Peter

2006 *The privilege against self-incrimination in competition investigations*, University of Oxford Centre for Competition Law and Policy – Guest Lecture Programme, 27 January, disponível em https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclp_1_01-06.pdf.

SOBRE O PRAZO DE PRESCRIÇÃO E OUTROS ASPETOS DA DIRETIVA 2014/104/UE

Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares & Tiago Monfort

ABSTRACT: In this article, we intend to clarify the differences between Portuguese civil law and the new Directive 2014/104/EU in respect of limitation periods and the requirements for a right to compensation to arise. We will provide an explanation of why limitation for presenting private enforcement claims under Competition law requires a longer period than under the general regime; sum up several examples on how to concatenate the civil and European regimes, in particular in the period the Directive should have already been implemented (but was not); approach some of the grounds for suspension foreseen in the Directive as well as the ones foreseen in the Portuguese preliminary draft and consequences of their prediction; at last, a brief reflexion about the effect of a decision from a national competition authority for the purposes of an action for damages brought before their national courts under Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union or equivalent national provisions.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O ilícito concorrencial e a aplicação das normas da responsabilidade civil delitual. 3. O instituto da prescrição. 4. A contagem do prazo prescricional, à luz do que dispõem o artigo 10º da Diretiva e o artigo 6º do Projeto de Transposição. 5. Algumas hipóteses de aplicação da lei no tempo. 6. Causas de suspensão dos prazos e suas consequências jurídicas. 6.1. Suspensão ou interrupção?. 6.2. Considerações sobre as diferentes causas de suspensão. 7. A vinculatividade das decisões das autoridades da concorrência nacionais. 7.1. Decisões nacionais sobre práticas restritivas. 7.2. Decisões de outros Estados-membros. 7.3. Decisão da AdC favorável ao alegado infrator. 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O artigo que apresentamos procura reunir uma súmula de algumas questões que nos surgiram no decorrer da nossa participação no *Moot Court* de Direito da Concorrência. Começaremos por explicar qual a necessidade de se prever um prazo prescricional diferente, no que respeita a ações indemnizatórias entre

particulares no Direito da Concorrência, face àquele de três anos previsto no Código Civil (doravante, CC). De seguida, abordaremos a questão da contagem do prazo da prescrição, questão esta, parece-nos, deveras importante: saber quando o prazo começa a correr, como se conta e quando se suspende. O artigo 10.º da Diretiva 2014/104/UE, visando esclarecer o hiato temporal dentro do qual é permitido aos lesados intentar uma ação de indemnização, prescreve que os Estados-Membros devem estabelecer regras aplicáveis àqueles prazos, que determinem o início da sua contagem, a duração, bem como as circunstâncias passíveis de gerar a sua interrupção ou suspensão.

A Diretiva 2014/104/UE não traduz apenas uma mudança de três para cinco anos no tempo que o lesado tem para exercer o seu direito, mudança já por si expressiva. Contém também alterações às regras na contagem no prazo, cuja relevância não é menor, pois se tivermos em conta não só a mudança dos pressupostos do início da contagem, mas também a previsão de várias causas de suspensão, a Diretiva traz influentes modificações do regime aplicável no *private enforcement* no Direito da Concorrência.

2. O ILÍCITO CONCORRENCIAL E A APLICAÇÃO DAS NORMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DELITUAL

A responsabilidade civil assume-se como um instrumento para a tutela ou promoção de uma certa ordem de bens, representando um desvio à máxima *casum sentit dominus*. No que respeita ao conceito de ilicitude, de cariz eminentemente histórico, a centralidade do direito da concorrência assume-se, na medida em que vem este adicionar um significado até então desconhecido.

Não obstante, não é sem colocar questões, dúvidas e desafios que este setor irrompe no seio de um ordenamento dotado de instrumentos jurídicos sedimentados no decurso de séculos. Pelo contrário, a concorrência vem desafiar-los, revelando os seus défices, no tratamento de uma realidade nova e provocadora. Não que isto implique uma rejeição *in limine* do valor daqueles... Talvez baste recuar à sua teleologia e tentar compreender a *ratio* inerente aos institutos, despidendo-os dos preconceitos da doutrina e da jurisprudência. Se todo o direito tem, também, como função, o dirimir de um conflito de interesses, as dificuldades multiplicam-se quando se contrapõe a liberdade económica à defesa de uma concorrência sã e leal. As situações de responsabilidade em causa não correspondem ao atentar de um direito absoluto, mas à violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses de outrem.

É, com efeito, de suma importância, reinterpretar as noções de ilicitude, culpa, dano e relação de causalidade. Em primeiro lugar, porque o tratamento inicial da questão por entidades administrativas independentes levou, durante muito tempo, ao perspetivar das normas da concorrência pelo prisma da ilicitude contraordenacional¹, esquecendo a responsabilidade civil por facto ilícito e culposo, muito mais acessível ao particular lesado. Em segundo, porque o ilícito concorrencial é demasiado complexo: a extensão por diferentes fases do processo de produção, distribuição e comercialização leva a que aqueles comportamentos antijurídicos sejam imputados a múltiplos intervenientes. Na verdade, a matriz individualista veiculada pelo modelo napoleónico, e vertida no nosso CC, não está pensada para dar solução a comportamentos que envolvem uma pluralidade de atores (empresas, concorrentes e consumidores), para não mencionar já a forte relutância da generalidade da doutrina em aceitar uma função punitiva da responsabilidade civil, o que, no domínio concorrencial, cumpre elevar a objetivo, senão essencial, ao menos com dignidade e valor representativos (ainda que essa função não vá ínsita no *private enforcement*, competindo, antes, à atuação das autoridades de concorrência). Em terceiro, a barreira entre lícito e ilícito é, neste domínio, mais difícil de estabelecer: ao invés de uma fronteira estanque, assente na dignidade dos valores em jogo, eminentemente pessoais, surge a fluidez das opções políticas. Passemos a explicar: se, à luz do entendimento tradicional, o que é ilícito só deixa de o ser perante um leque restrito de causas justificativas, no domínio da concorrência, as justificações podem passar por “aspectos económicos que retiram segurança e carácter substantivo ao próprio princípio da livre concorrência”².

Também não se pode considerar existir qualquer abuso de direito por parte daquele que dispõe de uma liberdade genérica de agir como o é a liberdade de iniciativa económica ou de concorrência³. Cumpre, então, encontrar as normas de proteção que poderão fundamentar a tutela ressarcitória do lesado, ao abrigo do instituto da responsabilidade civil delitual por facto ilícito e culposo. As mesmas brotam dos artigos 9.º a 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a qual disciplina o novo regime jurídico da concorrência (e igualmente dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). Devidamente situados, devemos identificar quem é o titular dessas posições protegidas.

1 Leitão, 2009: 448.

2 Leitão, 2009: 451.

3 Carneiro da Frada, 1997: 50.

Se poderíamos, num primeiro momento, ser levados a pensar que apenas os interesses dos concorrentes são imediatamente tutelados, dado o objetivo aparente das normas em questão (manter a concorrência sã nos mercados), o certo é que tem vingado o entendimento contrário. E o *private enforcement* é, aliás, prova do papel ativo que o consumidor desempenha, recaindo as dúvidas, antes, sobre a eventual tutela dos concorrentes. Note-se, também, que o interesse tutelado não tem de ser o único a integrar o âmbito de proteção da norma, podendo nela figurar a par de outros interesses.

Já em *Nos v PT (II)*, o Tribunal da União foi perentório em afirmar essa dualidade: “Olhando para o Direito Comunitário, para a Constituição da República Portuguesa e para a lei ordinária, somos levados a concluir que estamos perante um conjunto de normas que visam tutelar um bem jurídico público – a concorrência – sendo tal tutela assegurada por um conjunto de normas de proibição e de normas sancionatórias e pela existência de uma entidade pública a quem cabe, no plano sancionatório, identificar e investigar as práticas suscetíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei. **Mas tais normas também tutelam interesses particulares**, tal como foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Courage c. Crehan*, ao afirmar que as práticas violadoras do direito comunitário da concorrência e, *mutatis mutandis*, pelas regras da concorrência nacionais, podem causar danos a particulares, sejam eles empresas ou pessoas singulares e que as mesmas têm, por isso, direito a ser indemnizados. E esta doutrina impõe-se no direito interno dado o primado do direito comunitário sobre aquele, sem prejuízo, o que também ficou referido, de caber a cada Estado-membro definir regras pormenorizadas para a introdução de pedidos de indemnização.”⁴

Também a Doutrina identifica os particulares como titulares do interesse legalmente protegido de não ver impropriamente restringida a concorrência, na sequência da adoção de comportamentos anticoncorrenciais por empresas. A proibição destas condutas tutela, com efeito, simultânea e diretamente (e de modo não meramente reflexo), interesses legítimos de terceiros.

Movimentando-nos no campo da responsabilidade civil delitual, faremos alusão a um instituto que vem demonstrar a ineficiência do modelo tradicional juscivilístico no tratamento dos comportamentos anticoncorrenciais: a prescrição.

4 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 20 de setembro de 2001, Processo C-453/99,

3. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

A prescrição consiste na extinção da exigibilidade das obrigações, pelo facto de não haver sido operada nas condições e tempo determinados na lei. É, pois, um instituto geral do direito, que se funda no decurso do tempo e que concede ao beneficiário o poder ou faculdade de recusar, de modo lícito, a prestação devida (304.º, n.º 1, CC). É, a nível processual, quando invocada como meio de defesa, uma exceção material perentória, própria. A noção pressupõe, em suma, três notas características, segundo avança Ana Filipa Morais⁵:

- O efeito paralisador dos direitos;
- O não exercício do direito, pela inércia do respetivo titular;
- O decurso de um certo lapso de tempo.

À frente, no nosso trabalho, veremos como pode conhecer causas de interrupção (323.º a 327.º CC) e suspensão (318.º a 322.º CC), o que leva a concluir que o prazo nem sempre completa o seu curso de forma contínua.

No referente aos seus efeitos, a prescrição deve ser invocada por aquele a quem aproveita, nos termos do artigo 303.º CC, sem prejuízo de a invocação poder não ser viável, se desconforme com a boa fé ou em caso de abuso do direito.

Conforme nos propusemos *supra*, e na medida em que o prazo de prescrição é um dos temas debatidos no domínio das ações de *private enforcement*, cumpre despir o instituto de tudo aquilo que a Doutrina sobre ele fez impender, analisando os seus fundamentos. Na verdade, e com Vaz Serra, “trata-se de um instituto complexo, em que confluem razões várias e se debatem interesses contraditórios, cuja conciliação não é sempre fácil”⁶. Negamos, com ele, a existência de um só fundamento para a prescrição: seja a probabilidade de ter sido feito o pagamento, seja a presunção de renúncia do credor, a sanção da sua negligência, a consolidação de situações de facto ou a proteção do devedor contra a dificuldade de prova do pagamento, não esquecendo a necessidade social de segurança jurídica e certeza dos direitos e a promoção do seu exercício oportuno e tempestivo, o certo é que todos estes elementos são insuficientes.

Quanto à exceção de prescrição, uma vez invocada, o que ocorre é a sua subsistência enquanto obrigação natural, e já não como obrigação civil. E por isto não poderá a prestação realizada espontaneamente ser repetida (403.º CC).

⁵ Antunes, 2014: 25.

⁶ Vaz Serra, 1961.

Uma nota comparativa merece o tratamento dado ao prazo prescricional do direito de regresso entre diferentes obrigados à indemnização, conforme dispõe o n.º 2 do artigo 498.º do CC. Na medida em que a situação se verificará não raras vezes, atendendo ao carácter sobretudo plural das infrações anticoncorrenciais, cumpre aplicar aquele preceito, por força do disposto no n.º 1 do artigo 10.º da Diretiva. Considerando a posição de Vaz Serra, e na medida em que os inconvenientes relativos à prova para efeitos de ação de indemnização e de exercício do direito de regresso eram, por ele, vistos como similares, o nosso Código veio prever, em consonância, um prazo de três anos para ambas. Contudo, confrontando esta solução com o novo prazo consagrado na Diretiva, parece ficar a existir, agora, algum hiato entre as duas. E isto porque, não obstante o 2º parágrafo do n.º 4 do artigo 11.º da Diretiva apenas se referir à necessária fixação de um “prazo de prescrição razoável e suficiente” (para permitir aos lesados que não são adquirentes do beneficiário de dispensa de coima intentarem ações contra os outros infratores e, uma vez não conseguindo obter destes a devida compensação, poderem acionar, depois, e em tempo, aquele beneficiário), de acordo com a proposta de transposição, o referido prazo é fixado em 3 anos, começando a correr na data em que a incapacidade de pagamento dos restantes coinfratores seja constatada por decisão judicial (artigo 6.º, n.º 3). A disparidade não foi desconsiderada na discussão que se encetou: se, no que respeita à ação de indemnização, a tutela do interesse do lesado se sobrepõe e justifica a consagração de um prazo mais dilatado face ao de três anos, o exercício do direito de regresso, por seu turno, não se pauta pelas mesmas exigências. Prova adicional de que aquele fundamento assente na mesmíssima dificuldade de prova não vale quando em jogo está a efetivação de um direito que se sabe já existir, precisamente a partir do momento em que o responsável solidário assume a parte dos demais. Por outras palavras: uma coisa é a estorvo a que o lesado pode ficar sujeito no conhecimento efetivo do seu direito, em face de comportamentos de dimensão e conteúdo que o ultrapassam, pela complexidade dos esquemas, pela pluralidade de intervenientes e pela natureza iminentemente duradoura da prática; outra, bastante diferente, é o exercício expedito do direito de regresso, tanto mais sabendo que o cumprimento efetivo por um corresponsável marca o início da contagem do prazo, não se justificando um hiato superior ao já consagrado de três anos.

A encerrar o decurso, apenas referir que as regras especiais de prescrição previstas na proposta de transposição da Diretiva não afastam a aplicação do prazo de prescrição ordinário de vinte anos, a contar da ocorrência do facto

danoso, nos termos dos artigos 309.º e 498.º, n.º 1, do CC. Adiantando o que diremos à frente, se propendemos para exigir o conhecimento efetivo da prática lesiva para dar início à contagem do prazo prescricional, a manutenção do prazo ordinário não deixa de suscitar alguma perplexidade. De facto, em hipóteses concretas, pode dar-se o caso de o lesado não chegar a conhecer a infração, antes de decorridos vinte anos contados da mesma, e ver, não obstante, prescrito um direito que nem sequer soube existir. Tal pode contradizer, também, as indicações da Diretiva, onde se lê que *“Os Estados-Membros deverão poder manter ou introduzir os prazos de prescrição absoluta de aplicação geral, desde que a duração de tais prazos de prescrição absoluta não torne praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à reparação integral”*. Uma vez mais, o princípio da efetividade vem balizar a autonomia nacional.

Uma outra observação merece a compatibilização do exposto com a existência de diferentes prazos de prescrição ordinária nos vários Estados-Membros. A título de exemplo, se em Portugal esse prazo é de vinte anos, em Espanha, por virtude da lei n.º 42/2015 de 15 de outubro, o anterior prazo geral de quinze anos foi substituído por um outro de cinco. Ora, talvez possa vir, pois, a existir uma manifesta desigualdade entre um lesado português e um outro espanhol (no limite, havendo uma discriminação indireta em razão da nacionalidade).

4. A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL, À LUZ DO QUE DISPÕEM O ARTIGO 10º DA DIRETIVA E O ARTIGO 6º DO PROJETO DE TRANSPOSIÇÃO

Segundo o artigo 306.º do CC, parece que o início do decurso do prazo prescricional prescinde do conhecimento do titular relativo à existência do direito e à sua titularidade. Poderia, então, defender-se que a eventual ausência de negligência nunca apagaria a inércia condenável do autor, a qual não deve sobrepor-se à tutela da contraparte, cuja posição ficaria numa situação de instabilidade ilimitada.

Contrariamente a tal asserção, acreditamos que a lei não tem sempre de manter esta linha de pensamento, podendo e devendo fixar, para início da contagem do prazo, em situações em que tal se demonstre razoável (sobretudo, hipóteses de prescrições curtas), o momento em que o titular se acha em situação de facto que lhe permita exercer o seu direito. Mais do que isso: se esse conhecimento deve, como cremos, ser aferido à luz de um critério concreto e não meramente hipotético ou abstrato, não se pode confundir ou esquecer a outra face do problema – o modo como a existência daquela situação de facto

(propícia ou não ao conhecimento) é aferida na prática, pelos tribunais, isto é, a (in)exigibilidade de um conhecimento jurídico objetivo.

Em *Máquinas de Jogo*⁷, na sequência de uma decisão absolutória, os autores vieram exigir uma indemnização pelos prejuízos causados na sequência de uma ação injustificada, que os prejudicou gravemente no seu negócio. O Tribunal, contrariamente ao entendimento dos lesados (que defendiam que os prejuízos “foram surgindo e consolidaram-se à medida que o tempo passou”), entendeu que o seu direito prescrevera, na medida em que “a providência cautelar de apreensão dos bens dos aqui autores, embora decidida em 15 de Março de 1999, ocorreu em 22 de Julho de 1999, e que a presente acção de indemnização foi intentada em 1 de Outubro de 2002, passados, portanto, mais de 3 anos.” Ou seja, o Tribunal fixou o termo *a quo* da contagem do prazo no momento da apreensão dos bens, por entender que se verificou aí a lesão dos interesses dos recorrentes (e, por inerência, que eles souberam aí o direito que lhes assistia), sem equacionar o momento em que foi proferida a decisão absolutória, na qual se confirmou a imprudência e desnecessidade da providência. Com efeito, é a partir do momento em que os bens são apreendidos que os prejuízos se iniciam.

Em *Onitelecom vs. PT*⁸, o Tribunal da Relação de Lisboa fixou o termo *a quo* na data da denúncia, pela lesada, à AdC. Aqui, e apesar de já ter dado um passo, ao não considerar alguns dos argumentos da Ré (que defendia o início da contagem do prazo ainda antes daquela denúncia, fixando-o ora na data de anúncio do novo tarifário, ora na data da sua entrada em vigor, ora na data do término do comportamento ilícito), o certo é que a lógica seguida acaba por confundir, precisamente, as duas questões que pretendemos distinguir: o conhecimento concreto e a sua correspondência ou não a um conhecimento jurídico objetivo. Ora, se a denúncia representa, no mínimo, uma suspeita quanto a um eventual comportamento anticoncorrencial, o Tribunal andou mal em considerar que a mesma basta, por si só, para preencher o conceito de “conhecimento efetivo” do direito. Não cremos que a “situação de facto” fosse propícia ao exercício do direito. Para além de que esta interpretação vem prejudicar o lesado mais prudente, colocando-o em pior situação do que um outro, mais incauto. De facto, os termos de uma queixa ou denúncia, apresentadas por aquele que se sente lesado, podem revelar-se claramente insuficientes para

7 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO, 10 de julho de 2006, Processo n.º 0653357

8 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, 31 de outubro de 2013, Processo n.º 2271/11.8 TVLSB. L1-8

permitir asseverar que o sujeito tinha, à data, consciência da verificação dos pressupostos da responsabilidade extracontratual, e tal é indispensável para o início da contagem do prazo prescricional⁹. Para além disso, numa mera suspeita, aquando da denúncia, os pressupostos nem sequer estarão devidamente identificados e concretizados.

A aplicação da Diretiva teria levado, certamente, a um desfecho diferente, na medida em que vem exigir a suspensão do prazo sempre que a prática esteja a ser investigada por uma autoridade da concorrência, prazo esse que não recomeça a contar senão pelo menos um ano após “a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído” (artigo 10.º, nº 4, da Diretiva).

A ideia de propugnar por um conhecimento de facto não é novidade nem atenta contra o regime civil. Basta verificarmos o que dispõem alguns preceitos do Código, como os respeitantes às ações de anulação e de confirmação por erro ou coação. Veja-se, a título exemplificativo, a fórmula usada no artigo 288.º do CC: “(a) *confirmação (...) só é eficaz quando for posterior à cessação do vício que serve de fundamento à anulabilidade e o seu autor tiver conhecimento do vício e do direito à anulação*”. Semelhante teleologia deve aplicar-se aos prazos constantes do artigo 498.º do CC e do artigo 10.º da Diretiva. O legislador elege, para eles, o critério do conhecimento da existência do direito, numa clara adesão ao sistema subjetivo, o qual protege melhor o credor¹⁰. Porquê? Ora, a particular importância do direito de indemnização impõe que este não deva prescrever sem que o seu titular tenha a possibilidade prática de o exercer.

Com efeito, parece que a Diretiva se orientou num duplo sentido, ao abraçar o propósito de introduzir algum reequilíbrio no esquema de interesses que o Direito da Concorrência não partilha com o Direito Civil tradicional. Em primeiro, no sentido da consagração de um prazo de prescrição mais alargado. Em segundo, na introdução de algumas nuances relativas ao início da contagem daquele.

O prazo agora previsto altera a regra especial do CC português. De facto, o artigo 498.º CC estabelece um prazo especial de prescrição de três anos para a indemnização decorrente de responsabilidade civil por facto ilícito e culposo. Segundo este regime, tal período começa a contar a partir do momento em que o lesado tenha conhecimento do direito que lhe pertence, sem prejuízo

9 Sousa Ferro, 2016a: 170.

10 Cordeiro, 2005: 166.

da prescrição ordinária, se tiver decorrido o respetivo prazo a contar do facto danoso. O anteprojeto¹¹ consagra, pois, um regime mais favorável ao credor, em comparação com o regime do CC.

Sem prejuízo de entendermos que o que releva é a fixação do termo *a quo* da contagem do prazo, cumpre aludir, *en passant*, ao novo prazo prescricional estabelecido na Diretiva.

Quando estipula regras como as referentes ao prazo prescricional, o sistema jurídico faz uma opção entre interesses conflituantes, buscando uma correta e justa composição entre, neste caso, a satisfação do direito de crédito do lesado e a proteção do agente em face de situações de arrastamento excessivo, geradoras de insegurança ou de maior risco de decisões materialmente injustas, provocadas pelo funcionamento dos mecanismos probatórios. Por isso, o lesado tem o ónus de agir judicialmente a partir da sua “perceção” dos pressupostos da responsabilidade civil.

Todavia, uma prescrição de três anos (cinco, se considerarmos o novo prazo previsto na Diretiva), contados da data em que “o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete”, apresenta como principal inconveniente o poder traduzir-se, na prática, numa exclusão do direito de indemnização. De facto, parece que entre o interesse do lesado, que pode ver prescrito o seu direito antes de o ter podido exercer, e a vantagem em impedir que a questão se discuta passado longo tempo, deve prevalecer o primeiro.

Contrariamente ao regime da responsabilidade civil extracontratual, no âmbito obrigacional o prazo é de vinte anos. Cumpre, pois, aferir da relevância desta diferença: virá a mesma prejudicar o consumidor lesado em face daquele que contrata diretamente com um cartelizador? De facto, como justificar que o primeiro disponha apenas de cinco anos (uma vez aplicado o prazo previsto na Diretiva), ao passo que o segundo possa agir num hiato de vinte anos? Ora, aqui, cumpre interpretar devidamente os dados do problema. De facto, a entrada em vigor das soluções consagradas na Diretiva virá introduzir “algum” reequilíbrio nesta desproporcionalidade. Sendo um regime especial, aplicável às indemnizações decorrentes de comportamentos anticoncorrenciais lesivos, ele será extensível aos interessados diretos e mediatos, sem os distinguir.

Na verdade, nas hipóteses de *private enforcement*, a ilicitude resulta não do incumprimento contratual, mas da violação de normas de proteção. Assim interpretando, podemos orientar de uma outra forma os dados do problema,

11 Autoridade da Concorrência, 2016a.

não ficando o contraente em posição mais débil. O que há a fazer é, pois, estabelecer o conceito de ilícito. E como se disse *supra*, o direito da concorrência vem trazer, a esse respeito, algumas novidades.

Conforme se decidiu em *NOS v. PT (II)*¹², estamos perante um conjunto de normas que pretendem tutelar um bem jurídico público – a concorrência – e, por conseguinte, sempre que não esteja em causa a frustração de uma expectativa ligada ao vínculo obrigacional ou o desrespeito pelo programa contratual gizado, não podem convocar-se senão as regras da responsabilidade civil extra-obrigacional. É, pois, imprescindível proceder a uma interpretação correta dos dados, para que aquele reequilíbrio seja atingido. Se o que está em causa é a violação de uma norma da concorrência, então, ainda que haja aquela relação de contacto prévio entre contratantes, não podem os regimes prescricionais variar relativamente a um terceiro ao negócio. Apenas fará sentido aplicar o prazo ordinário de vinte anos quando o incumprimento seja pura e estritamente de origem contratual.

Com efeito, o anteprojecto de transposição indica que o “direito de indemnização prescreve no prazo de cinco anos”, sem diferenciar a condição daquele que contratou diretamente com o lesante face, por exemplo, à do consumidor. É de louvar a harmonização operada, na medida em que o legislador deve evitar soluções aberrantes, e que neste caso a desigualdade, surgiria, segundo nos parece, injustificada. Não seria tolerável que o particular consumidor, mesmo estando numa posição de afastamento mais pronunciada em face do ilícito, visse o seu direito sujeito a uma tutela bastante mais precária.

Todavia, há um aspeto que a Diretiva parece não conseguir solucionar. Imaginemos que, no seguimento de uma prática anticoncorrencial, o lesado, para além da indemnização a que tem direito, vem ainda requerer a restituição de uma parcela de preço que entende ter pago em excesso (situação que foi abordada em *Nos v PT (II)*). Qualificada que seja esta restituição como uma hipótese de repetição do indevido poderemos chegar, na prática, àquela diferenciação injustificada, que cremos condenável: o direito a obter a indemnização pode estar prescrito e já não o estar o direito a receber o preço pago em excesso.

A fim de encontrarmos o fundamento para as valorações próprias do domínio da concorrência, cumpre não esquecer o princípio da efetividade. Se impende sobre os Estados Membros o dever de prever vias de recurso judiciais cujas

12 AUTOS DA AÇÃO ORDINÁRIA VARAS CÍVEIS DE LISBOA, 7 de dezembro de 2012, Processo n.º 1774/11.9 TVLSB,

modalidades ou normas processuais não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo Direito da União Europeia, estando aqueles obrigados a garantir a sua plena aplicabilidade; e se, por conseguinte, se impõe uma tutela jurídica adequada e sem lacunas, visando atribuir ao lesado o direito à reparação integral dos danos; então, será contrário àquele propósito a previsão de um prazo de tal forma curto que, na prática, impeça o lesado de exercer o seu direito.

Em suma: a segurança jurídica é, sem dúvida, um valor a acautelar numa ordem que se pretende estável e perene. Todavia, não pode destabilizar aquele esquema de valores e interesses instituído pelo direito. Daí que a Diretiva venha estipular um prazo prescricional mais longo que o de três anos, estipulado no artigo 498.º do CC.

No anteprojeto refere-se, ainda, no n.º 2 do artigo 6.º, que o prazo só começa a correr a partir do momento em que cessa a infração ao direito da concorrência. Assim, pode até acontecer que o lesado tenha conhecimento da prática lesiva antes de esta terminar e sem que o prazo de prescrição comece a contar, exatamente porque o comportamento *antitrust* ainda não cessou.

Na verdade, a primeira via – o prazo mais alargado – aparenta uma importância que, afinal, não possui. Será que a dilação do prazo é assim tão importante para a tutela do lesado? Propendemos para a resposta negativa. Claro que a extensão do mesmo aumenta as possibilidades práticas de exercício do direito, mas a questão continuará a colocar-se, se não houver unanimidade no tratamento a dar ao início da sua contagem. Tudo passa, então, por saber quando será legítimo forçar o titular do direito a agir, e quando é que ultrapassará os limites da boa fé alimentar a crença do devedor de que o credor desistiu ou não deseja acionar a sua pretensão.

Só após averiguar qual o termo *a quo* mais consentâneo com os valores em jogo é que a figura da prescrição, com todas as notas que a doutrina lhe assinala, ganhará um peso significativo e poderá, finalmente, cumprir as funções que lhe incumbem.

Ora, para além da jurisprudência referida, a questão da prescrição já foi analisada em alguns processos, nomeadamente em *Blog*¹³ e em *NOS v. PT (I)*¹⁴.

13 ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 9 de junho de 2016, Processo n.º 1086/10.5 TVPRT. L1. S1

14 ...

Porém, cremos que é ao nível da fixação do momento do conhecimento efetivo que a jurisprudência se revela, no mínimo, insegura e, talvez, desadequada.

Se recordarmos o decidido em *Onitelecom v PT*, concluímos que a densificação dos conceitos de conhecimento “empírico” ou “efetivo” contrasta com referências a um “conhecimento que deve enraizar suficientemente nos factos noticiados e deve potenciar ao lesado o exercício do seu direito”; isto é, alude-se, ainda que sem a devida concretização, àquela situação de facto que cremos ter de se verificar para que o lesado possa exercer os seus direitos. Fixar o termo *a quo* na data de uma denúncia ou queixa apresentada é fomentar a negligência do lesado, e introduzir um fator negativo na proteção da concorrência. Por outra parte, não é seguro afirmar em abstrato, e sem atender aos dados do problema, que a apresentação de uma queixa tem subjacente o conhecimento efetivo dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual, até porque o lesado pode simplesmente ter uma suspeita (ainda que fundada em dados objetivos) de que uma determinada prática lhe causa prejuízos.

Com efeito, a aferição do momento de início da contagem do prazo prescricional não pode ser fixada aprioristicamente, sem que se analisem as respostas às questões que os Tribunais têm colocado, sem a coragem de as considerar profusamente. Com efeito, há que saber:

1. Quando é que o lesado está em situação que lhe permita conhecer o seu direito?
2. Quando é que ele adquire o conhecimento efetivo do direito que lhe assiste?

Podemos elencar exemplos e teorizar hipóteses académicas; porém, a resposta a tais questões deve, sobretudo, resultar da análise da matéria de facto. Só assim estarão os Tribunais em condições de preencher aqueles conceitos indeterminados.

Imagine-se o caso de um comportamento anticoncorrencial ser denunciado por uma empresa à Comissão Europeia, ou à autoridade da concorrência do respetivo Estado Membro. Qualquer uma dessas autoridades pode decidir pela existência de um ilícito. Se a empresa que apresentou a queixa detém, pelo menos aqui, um conhecimento de que foi lesada pela prática, o mesmo não se poderá dizer de uma outra sediada num Estado Membro diverso e também afetada por aquela prática, mas que não chegou a saber o que sucedeu (pelo menos nessa mesma data). Na verdade ele não teve, por qualquer

via, acesso à decisão, e não se pode presumir que, simplesmente por ter existido uma decisão de uma autoridade competente, o lesado tivesse o ónus de a conhecer.

Diferente seria a hipótese de uma decisão que, ainda que em abstrato não acessível a este lesado, visse o seu conteúdo amplamente divulgado pelos media (a nível europeu e não apenas nacional, pois isso equivaleria a criar uma situação de facto propícia ao conhecimento apenas dos cidadãos de um Estado Membro). Talvez aqui fosse de presumir um conhecimento empírico.

Outro caso pode ser o de haver uma ilicitude patente. Se nos cartéis a questão dificilmente poderá ser decidida nestes termos, na medida em que se trata de acordos ocultos, concluídos na base do secretismo e do conluio entre um grupo de membros determinado, o mesmo já poderá ocorrer num acordo de prestação de serviços com cláusulas manifestamente atentatórias das normas anticoncorrenciais. Por exemplo, um preço manifestamente abusivo pode constituir uma evidência de ilicitude, sem que se possa negar que há, desde logo, um circunstancialismo fático bastante para que se dê início à contagem do prazo.

Afinal, tudo passa por harmonizar os valores em jogo: se, por um lado, se pretende tutelar a posição do lesado, exigindo que ele adquira o conhecimento do direito que lhe assiste, por outro, não pode esquecer-se a importância da certeza e segurança jurídicas, e bem assim a necessidade de evitar laxismos ou negligências que apenas vêm em prejuízo dos valores em jogo.

Por último, importa reforçar que no domínio do direito da concorrência talvez se justifique, por vezes, exigir uma decisão condenatória transitada em julgado (ou seja, um conhecimento jurídico objetivo) que julgue a prática ilícita. E isto porque o consumidor lesado está, na maioria das vezes, demasiado alheado das características e especificidades deste setor normativo, só chegando a ter consciência do que está realmente em jogo quando surge uma decisão definitiva por uma autoridade competente.

Nas ações *stand-alone*, que continuam a representar uma grande parte dos casos de *private enforcement*, podemos fazer acrescer mais interrogações. Defender a necessidade de um conhecimento jurídico objetivo poderia, de facto, tornar o direito imprescritível... Assim, se o lesado conhece o direito que lhe assiste e detém as provas suficientes para avançar com uma pretensão indemnizatória, não pode afirmar-se que uma decisão de uma autoridade da concorrência ou de um tribunal (ainda que possa trazer força à pretensão do

autor) passe por cima do conhecimento necessário e efetivo do direito que aquele já possuía. Consequentemente, é importante aferir, aqui, do conhecimento subjetivo do sujeito. De facto, a exigência, em abstrato, de uma decisão da Comissão ou da autoridade da concorrência competente, ou até mesmo de uma decisão judicial, para dar início à contagem do prazo, equivaleria a premiar o sujeito mais imprevidente que, detendo um conhecimento jurídico “subjetivo” (isto é, conhecendo os pressupostos necessários à tutela indemnizatória do seu direito), não visse o seu direito prescrever simplesmente porque a autoridade competente optou por não investigar a prática.

Na verdade, exigir o conhecimento efetivo é um requisito basilar, do qual não prescindimos, quer nas ações *follow-on*, quer nas ações *stand-alone*. E isto, porque, seguindo Heck, “quem não sabe que existe um dever de indemnização não pode saber que alguém é responsável. Neste sentido vai também a *ratio legis*, pois o lesado só depois do conhecimento da existência da pretensão está em situação de decidir acerca do exercício dela”¹⁵.

Uma diferença estará em que, nas primeiras, a Diretiva vem prever que o prazo prescricional seja interrompido (ou suspenso) “se a autoridade da concorrência tomar medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indemnização esteja relacionada”, apenas terminando a suspensão no mínimo, “um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído”.

Tudo exposto, analisando os parâmetros do n.º 1 do artigo 6º da proposta, não esquecendo a causa de suspensão prevista no mesmo artigo, no seu n.º 4, e considerando que a prática já teria cessado, o lesado teria cinco anos a partir do momento que:

- i. *Tivesse conhecimento ou fosse de presumir que conhecia que o comportamento em causa constituiria uma violação ao direito da concorrência.*

Parece que a nova lei, claramente, define como condição o conhecimento jurídico, *i.e.* exige-se que o prazo comece a contar a partir do momento em que o lesado tenha conhecimento, ou seja razoável presumi-lo, de que aquela prática violava o direito da concorrência. Parece ser, hoje, supérflua a discussão sobre se é bastante para o início do decurso do prazo o conhecimento empírico. O credor está, assim, mais protegido, uma vez

15 Vaz Serra, 1961.

- que a violação do direito da concorrência é de mais difícil percepção do que a violação de normas que relevam de outras áreas do Direito;
- ii. *Da identidade do infrator.*
É uma regra diferente da prevista no 498º CC, que prevê que o prazo comece a contar ainda que o lesado desconheça a identidade da pessoa responsável.
- iii. *Tenha conhecimento de que a infração do direito da concorrência lhe causou danos, ainda que não saiba a extensão integral dos mesmos.*
Esta condição não difere daquela prevista no CC, no artigo 408º. É igualmente coincidente com a condenação genérica, prevista no artigo 569º CC. Em termos processuais, não levanta nenhum problema uma vez que o Código de Processo Civil, nomeadamente no artigo 609º, n.º 2, salvaguarda a possibilidade da condenação *in futurum*, caso em que a questão *sub iudice* é decidida quanto ao “*an*” mas não quanto ao “*quantum*”.

Estes três requisitos são cumulativos, pelo que só uma vez todos reunidos é que o prazo de cinco anos começa a contar. Todavia, este prazo pode não ser contado de modo contínuo, pois o n.º 4 do artigo 10.º da Diretiva prevê que, havendo uma investigação por parte da autoridade de concorrência, o prazo se suspenda, retomando a sua contagem um ano depois de finda a investigação ou de o processo se tornar *res judicata*.

5. ALGUMAS HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

- a) *Infrações de que o credor tenha tido conhecimento, e que cessaram no decurso dos três anos previstos no 498.º CC, tendo já prescrito ao abrigo desse regime (mas que não teriam prescrito, caso se aplicassem os cinco anos,)*

Decorre dos princípios gerais do direito a não retroatividade das normas substantivas, nas quais se enquadra a norma relativa à prescrição, pelo que, regra geral, o prazo prescrito assim se manterá. Neste mesmo sentido, também o artigo 24.º, n.º 1, do anteprojeto mencionado e o artigo 22.º da Diretiva 2014/104/UE.

b) *Infrações de que o credor tenha tido conhecimento e que cessaram na vigência do artigo 498.º CC, mas que ainda não prescreveram por aplicação das regras gerais*

Pode levantar-se a questão de saber se, não tendo o prazo ainda prescrito, este será alargado. Exemplificando: caso reste 1 mês para intentar a ação, ficará o credor ainda a dispor de 2 anos para além daquele mês?

O prazo começa a correr ao abrigo da lei anterior; é, portanto, com o prazo de três anos que tanto o credor como o devedor estão a contar. Sendo a norma relativa à prescrição pensada, sobretudo, em benefício do devedor, a segurança e certeza jurídicas imporiam que não fosse legítima a alteração da sua situação de um momento para o outro. Porém, o artigo 297.º, n.º 2, do CC prevê uma regra diferente, prescrevendo que a lei que fixe um prazo mais longo é igualmente aplicável aos prazos que já estejam em curso, computando-se neles todo o tempo decorrido desde o seu momento inicial. Neste sentido, por aplicação da regra de alteração dos prazos do CC, parece que o lesado teria 2 anos e 1 mês para intentar a ação.

c) *Infrações que tenham cessado aquando da aplicação do 498.º CC, mas de que o credor só tenha tido conhecimento em momento posterior à transposição da Diretiva*

Considerando que o prazo de prescrição só começa a contar após o conhecimento do lesado, parece que o prazo a aplicar é o de 5 anos e não o de 3. Apesar de o devedor, uma vez cessado o comportamento, contar com um prazo de três anos, a lei já vinha dispor (tal como faz, agora, a Diretiva) que o prazo só conta quando o lesado conhece o seu direito. E se isso acontecer no momento posterior à transposição da Diretiva, o prazo só começa a contar nesse momento. Podemos, de qualquer forma, colocar a hipótese (ainda que não muito plausível) de o devedor vir alegar que o direito a indemnização tem a sua causa em factos anteriores à transposição e, por isso, se tinha constituído na vigência da lei anterior.

d) *Infrações que venham a cessar já após a transposição da Diretiva, mas que o credor houvesse já conhecido durante a vigência do prazo do artigo 498.º CC*

Tanto o CC como, agora, o anteprojeto, referem que o prazo prescricional só começa a correr quando a infração cessa. Assim sendo, pese embora o lesado

já tenha tido conhecimento da mesma, o prazo a aplicar será o de 5 anos, uma vez que a lei claramente estabelece o fim da prática lesiva como o momento em que o prazo deve começar a correr.

e) *Direitos indemnizatórios que surgem no período em que a Diretiva já devia ter sido transposta mais ainda não o foi*

Esta questão parece-nos mais complexa do que as restantes. Dir-se-á que, uma vez que não há efeito direto horizontal (isto é, não podendo um particular invocar diretamente, numa ação contra outro particular, a norma da Diretiva), o prazo a contar será o de três anos, pois é esse o direito vigente e aplicável na relação entre particulares.

Por outro lado, o efeito direto horizontal não é o único princípio relevante para o efeito. Tal posição é antagónica ao esquema de valores trazidos pela situação, sendo aqui de invocar outros princípios integrantes do Direito da União Europeia, nomeadamente o princípio da efetividade, o princípio da interpretação conforme, o princípio da cooperação leal entre os Estados-Membros e com as instituições europeias e o princípio do primado do Direito Europeu.

De facto, ao não transpor a Diretiva atempadamente, o Estado Português está em incumprimento face à União Europeia. Esta mora reflete-se nas relações entre particulares, pois os credores saem prejudicados deste atraso do Estado. Simultaneamente, estes credores estão numa posição de desvantagem se comparados com os dos Estados-Membros cumpridores, saindo os devedores, por sua vez, beneficiados. Não parece justo que, por inércia do Estado, haja tamanha disparidade de tratamento entre particulares de diferentes Estados-Membros. Tanto a Jurisprudência como a Doutrina já se pronunciaram, aliás, neste sentido. É o caso do Acórdão *Adeneler*, no qual o Tribunal de Justiça sustentou que, caso uma Diretiva fosse transposta fora do prazo, haveria a obrigação geral de os tribunais nacionais interpretar o direito interno conforme à Diretiva¹⁶. Também Sofia Oliveira Pais, na obra *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia* sustenta que “a obrigação de interpretação conforme positiva, na falta de transposição da diretiva, só surgirá findo o prazo de transposição da mesma”¹⁷.

16 ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de 4 de julho de 2006, *Konstantinos Adeneler and Others vs Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, processo C-212/04.

17 Pais, 2011: 94.

Todavia, o princípio da interpretação conforme tem como limite a interpretação *contra legem*. Poderemos dizer que onde a nossa lei prevê três anos quer dizer, afinal, cinco? Claro que não. O CC prevê expressamente três anos e, claramente, não quer dizer, com três, cinco. Assim, constitui uma interpretação *contra legem* interpretar o artigo 498.º CC no sentido dos cinco anos, previstos como tempo mínimo na Diretiva. Não parece, por isso, razoável, a aplicação do prazo de cinco anos por esta via.

Diferente será a obrigação de interpretação conforme quanto ao modo de contagem do prazo de prescrição, especialmente quanto à questão sobre quando deve começar a contagem deste, na medida em que a lei nacional seja suficientemente ambígua para poder ser interpretada no sentido pretendido pela Diretiva. Não nos referimos, aqui, a saber se onde o artigo 498.º, n.º 1 do CC refere que é desnecessário o conhecimento do infrator, quer afinal dizer que este conhecimento é necessário para ir de encontro à letra da Diretiva (a resposta é negativa); referimo-nos a outras questões que não são tão claras no nosso Direito, e que foram e são várias vezes levantadas pelas partes nos diferentes processos. Não raras são as ocasiões em que se alegam diferentes momentos para o início da contagem do prazo e que o Tribunal considera diferentes momentos do início da contagem. Na nossa opinião, isto é a demonstração de que esta matéria é suscetível de interpretação conforme à Diretiva, na medida em que é “suficientemente ambígua” para ser enquadrada segundo os parâmetros europeus, cumprindo os ditames do princípio da interpretação conforme, e, conseqüentemente, cumprindo o Direito da União Europeia. Assim, neste período em que a Diretiva devia ter sido transposta, mas ainda não o foi, parece-nos que apesar de o prazo de prescrição aplicável ser o de três anos, em cumprimento do CC, e o prazo dever começar a contar-se quando verificados os requisitos do artigo 498.º do CC, é impreterível que esta contagem se faça de acordo com aquilo que a Diretiva vem impor. Neste sentido, e em decorrência da execução do princípio da efetividade, será aplicável a causa de suspensão prevista no n.º 4 do artigo 10.º da Diretiva 2014/104/UE, pelo que, se o consumidor denunciar a prática anti-concorrencial à Autoridade da Concorrência, o prazo de prescrição deverá ser suspenso (isto se se considerar que com a mera denúncia se preenchem os requisitos para o início da contagem do prazo); será igualmente aplicável o capítulo relativo aos elementos de prova (capítulo II da Diretiva), na medida em que a interpretação conforme à Diretiva não contraria a lei civil, parecendo-nos que o particular poderá gozar das prerrogativas dos artigos 5.º

e 6.º, bem como das limitações previstas no artigo 7.º na prossecução dos seus interesses.

Concluindo, o prazo aplicável neste período será sempre o de 3 anos. Caso o lesado se sinta prejudicado pela omissão do Estado, terá ao seu dispor a via de responsabilização do Estado por incumprimento da obrigação de transposição. Mas não poderá alegar contra o credor o prazo de cinco anos da Diretiva, pois não há efeito direto horizontal no que respeita a normas de Diretivas.

f) Infrações que cessem após a publicação da lei que transpõe a Diretiva, e tenham surgido antes

Esta questão não levanta grandes dúvidas: o prazo de prescrição será o de cinco anos. É certo que pode defender-se que, quando surgiu a situação que dá causa ao direito de indemnização, o prazo de prescrição era diferente e mais favorável ao infrator e, por isso, três anos deveria ser o prazo aplicável. No entanto, esta expectativa não parece ser juridicamente tutelável, uma vez que a prescrição do direito de indemnização só começa a correr havendo a cessação daquela prática. Isto é, só neste momento, em que a prática anticoncorrencial cessa, pode dizer-se que nasce expectativa jurídica do devedor relativamente à prescrição :.

6. CAUSAS DE SUSPENSÃO DOS PRAZOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

6.1. Suspensão ou interrupção?

A Diretiva, na parte final do n.º 1 do seu artigo 10.º, em articulação com o trecho inicial do seu n.º 4, atribui uma margem de discricionariedade considerável aos Estados-Membros, na medida em que lhes permite prever a suspensão ou a interrupção do prazo prescricional.

Assim, e antes de mais, importa referir que tal amplitude conferida aos legisladores nacionais não se afigura como um mero pormenor de pouco relevo, porquantossas duas figuras possam assumir diferentes e importantes repercussões a nível processual. De facto, se a interrupção importa o reinício da contagem do prazo, uma vez finda a causa que deu origem a esse mesmo efeito interruptivo, a suspensão não o faz, aproveitando-se todo o prazo anteriormente verificado.

No que toca, particularmente, ao ordenamento jurídico português, pendemos claramente para a solução que aponta a suspensão como o instituto a aplicar ao caso, por forma a garantir a tutela jurisdicional efetiva e a utilidade prática da decisão judicial, que se quer em tempo útil: uma decisão tardia dificilmente acautela o fim de justiça a que o Direito aponta.

Aliás, tal entendimento tem-se como pacífico no seio doutrinal. Atente-se na Exposição de motivos anexa à proposta de anteprojecto submetida ao Governo¹⁸ pela AdC, em 2016: “A *ratio* da Diretiva é a de que o prazo de prescrição continue a correr no ponto em que tinha parado quando a autoridade da concorrência tomou medidas de investigação e não que recomece de novo, uma vez que esta última opção provocaria uma demora excessiva no processo, o que seria contrário ao objetivo de facilitar a compensação de danos por infrações ao direito da concorrência”.

Neste seguimento, tenha-se em conta, de igual modo, a sugestão avançada no Workshop Consultivo sobre o Anteprojecto de Transposição da Directiva 2014/104/UE¹⁹, conforme relatada por Miguel Sousa Ferro, de substituição da expressão “interrupção” por “alteração”, para não dar azo a qualquer tipo de querela doutrinária, privilegiando a certeza e segurança jurídicas.

6.2. Considerações sobre as diferentes causas de suspensão

A Diretiva, no n.º 4 do artigo 10.º, prevê como causa de suspensão a tomada de medidas pela AdC no contexto de uma investigação ou processo relativo a uma infração ao direito da concorrência com a qual a ação de indemnização esteja relacionada.

Importa, ainda, considerar a parte final do mesmo preceito, na qual se garante que: “A suspensão termina, no mínimo, um ano depois de a decisão em matéria de infração se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído”. Deste modo, visa-se tutelar os interesses dos lesados, ao beneficiarem do alargamento do prazo em causa.

A esta junta-se uma segunda, plasmada no n.º 1 do artigo 18.º, e que consagra a obrigação que recai perante os demais Estados-Membros de garantirem a suspensão do prazo de prescrição durante qualquer processo de resolução “amigável” de litígios, com a ressalva logo a seguir apontada de que a mesma

18 Autoridade da Concorrência, 2016b.

19 Sousa Ferro, 2016b.

apenas se verifica face “às partes que participam ou participaram ou estão ou estiveram representadas na resolução amigável de litígios”.

Já o Anteprojeto de Transposição da Diretiva elenca as causas de suspensão do prazo prescricional nos n.ºs 4 a 7 do seu artigo 6.º, baseando-se no diploma europeu e não indo muito para além deste último. A única exceção a apontar será o n.º 7 do mesmo artigo 6.º (“O prazo de prescrição interrompe-se pela citação ou notificação judicial ao alegado infrator de quaisquer atos que exprimam a intenção de exercer o direito, nomeadamente os que decorrem dos artigos 13.º a 17.º do presente diploma”), ainda que não se consubstancie numa alteração radical face à Diretiva e que tal solução sempre resultasse de uma interpretação sistemática do direito nacional, com especial relevo para o artigo 323.º do CC. No fundo, este n.º foi apenas introduzido por uma questão de certeza jurídica.

Nesta questão, tenha-se novamente em conta o Workshop Consultivo sobre o Anteprojeto, onde foi avançada por um dos participantes a sugestão de redução deste prazos 2 anos inicialmente propostos para 1 ano, e que mereceu acolhimento na proposta de anteprojeto.

Após esta breve apresentação dos aspetos essenciais da temática, não poderemos deixar de manifestar uma dúvida que temos presente. Sendo certo que o n.º 4 do artigo 6.º do Anteprojeto prevê uma causa de suspensão do prazo de prescrição sempre que a AdC der início a uma investigação relativa à infração com a qual a ação de indemnização esteja relacionada, e que a pertinência de tal causa de suspensão seja por nós facilmente reconhecida, há uma outra questão que se levanta. É certo que o direito da concorrência é uma disciplina jurídica de particular complexidade, não só pela sua juventude e necessidade de construção mais acentuada, quer por via jurisprudencial como por via doutrinal, em relação a outras áreas do direito, mas também pela inerente interdisciplinaridade, exigindo recorrentemente o domínio de conhecimentos técnicos das demais áreas de saber ou pela dificuldade acrescida na prova dos factos em questão. Ora, se é sabido que todos os factos atrás elencados são elementos dificultadores da investigação muitas vezes realizada pela AdC, tarefa essa que se pode afigurar hercúlea, preocupa-nos a possibilidade de uma extensão excessiva no prazo de suspensão da prescrição do direito indemnizatório. Para tal, considere-se o prazo de prescrição avançado pelo Anteprojecto, que cumulativamente com o prazo de prescrição máximo do procedimento contraordenacional, pode perfazer um total de 11 anos.

7. A VINCULATIVIDADE DAS DECISÕES DAS AUTORIDADES DA CONCORRÊNCIA NACIONAIS

O n.º 1 do artigo 9.º da Diretiva prescreve que sempre que a Autoridade da Concorrência nacional ou um tribunal de recurso declare a existência de uma infração, essa passa a ser uma matéria subtraída à apreciação do tribunal no âmbito de uma ação de indemnização. Isto é, a pronúncia pela existência da infração vincula os tribunais nacionais no sentido de dar por verificado um facto ilícito causador de danos, constituindo assim uma presunção *iuris et de iure*. Trataremos a questão separadamente, mas importa, desde já, realçar que o n.º 2 do artigo 7.º do Anteprojeto atribui efeito de presunção ilidível às decisões de outros Estados Membros.

Em primeiro lugar, importa referir que, em sentido amplo, esta ideia já conhecia alguma concretização: nos casos em que a Comissão Europeia (CE) tivesse declarado, definitivamente, a existência de uma infração aos artigos 101.º e 102.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia (TFUE), **os tribunais nacionais não poderiam tomar decisões contrárias à decisão aprovada pela Comissão**²⁰. É, aliás, o estipulado no artigo 16.º, n.º 1, do Regulamento 1/2003 relativo às regras de execução da concorrência. Os próprios considerandos (8, 22) apontam no sentido de deverem ser evitados os conflitos de decisões, a fim de aplicar uniformemente as regras comunitárias de concorrência. Além do referido, a Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE reforça e fornece elementos no sentido de uma decisão prévia vincular os tribunais na aplicação das regras de concorrência a um caso específico. Por forma a evitar um controlo descentralizado da validade dos atos das instituições da UE, o tribunal nacional pode recorrer ao mecanismo de reenvio prejudicial para o TJUE nos termos do artigo 267.º, alínea b) do TFUE, uma herança do acórdão *Foto-Frost*²¹.

Assim sendo, em bom rigor, aquilo de que estamos aqui a tratar é de um alargamento deste efeito vinculativo às decisões das autoridades da concorrência de todos os Estados-Membros com o fim de “reforçar a segurança jurídica, evitar incoerências, aumentar a efetividade e a eficácia processual nas ações de indemnização” (considerando 34 da Diretiva 2014/104/UE). Importa, agora,

20 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 14 de dezembro de 2000, *Masterfoods Lda vs HB Ice Cream Lda*, processo C-344/98

21 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 22 de outubro de 1987, *Foto-Frost vs. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, processo C- 314/85

responder à questão de saber como e em que termos esta força de uma decisão prévia pode ser aceitável.

7.1. Decisões nacionais sobre práticas restritivas

A declaração da existência de uma infração por parte da Autoridade da Concorrência constitui “presunção inilidível” para efeitos de ações de indemnização; ou, no dizer da Diretiva, é considerada irrefutavelmente estabelecida. O que a decisão traz é a confirmação de que existe um facto ilícito, culposo e danoso. No entanto, em cada processo, deve o concreto lesado provar que sofreu danos emergentes e/ou lucros cessantes, e o nexo de causalidade entre a prática anticoncorrencial e os danos sofridos. Deverá, ainda, provar a extensão dos mesmos, com ressalva dos princípios da efetividade e da equivalência, dada a dificuldade de os quantificar e a possibilidade de condenação *in futurum*, como referimos *supra*. No que se prende com este ponto, importa esclarecer que pode o infrator contraditar a existência e/ou a repercussão dos danos, conforme prevê o artigo 13.º da Diretiva mencionada, bem como pode negar o nexo de causalidade, argumentando que os eventuais danos sofridos não se deram em virtude da prática em questão.

Esta opção traz algumas vantagens: afasta a insegurança jurídica e a contração de decisões, promove o bom funcionamento do mercado interno para as empresas e os consumidores, evitando ainda uma duplicação de análise da matéria de facto por parte dos tribunais, podendo estes aproveitar o processo prévio da autoridade da concorrência, que estará até, à partida, melhor posicionada para averiguar da existência de alguma das práticas dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, assim contribuindo para a eficácia e celeridade processual.

Todavia, há ressalvas e críticas a fazer: poder-se-á considerar que a Autoridade da Concorrência sofrerá uma maior pressão para adotar uma boa decisão, o que pode levar a atitudes precaucionais, uma vez que passam a decidir não só o desfecho do procedimento administrativo, mas também a ter uma influência significativa no processo cível, que correrá subsequentemente. As decisões passam, pois, a atuar em dois planos, havendo como que um duplo efeito da decisão das AdC.

A consagração desta opção pode colocar algumas questões em face do exposto nos artigos 47º e 48º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente o direito a um tribunal imparcial e à presunção de inocência. Ora, seguindo o exposto na Diretiva, o infrator partirá, no início do processo,

numa posição muito mais débil, tendo logo contra si a confirmação de um facto ilícito, situação esta que, numa primeira leitura poderia configurar um antagonismo para com os direitos supra enunciados. Porém, olhando melhor os dados do problema, e sem que neguemos a cautela que sempre se imporá na aplicação desta norma, cumpre dar nota de que não existirá, verdadeiramente, uma sentença condenatória antecipada. É certo que o autor da ação beneficia de uma situação de vantagem processual, na medida em que a matéria probatória *de facto et de iure* está amplamente fixada; todavia a condenação sempre dependerá de um conjunto de outros fatores, entre eles, e como referido supra, a demonstração do nexo de causalidade e a prova dos danos.

7.2. Decisões de outros Estados-Membros

Se já se apontavam algumas críticas quanto ao tratamento dado às decisões tomadas pela AdC, essas preocupações ganham maior magnitude quando falamos de decisões tomadas por autoridades da concorrência de outros Estados-Membros.

O n.º 2 do artigo 9.º da Diretiva dá ao legislador nacional uma margem de conformação maior na transposição do diploma legislativo do que o n.º 1 do mesmo artigo. Ao passo que o n.º 1 refere que as decisões nacionais são indubitavelmente presunções inilidíveis em processos de *private enforcement*, o n.º 2, quando se reporta a decisões de autoridades de concorrência de outros Estados-Membros, menciona que estas podem servir “pelo menos, como elemento de prova *prima facie* de uma infração ao direito da concorrência.”

Parece-nos que a exigência de as decisões de autoridades da concorrência de outros Estados-Membros serem consideradas, “pelo menos”, provas *prima facie* não vincula o legislador nacional a acolher a figura da presunção ilidível, sendo uma das diferenças principais a inversão do ónus da prova que ocorre nas presunções.

Desta forma, o anteprojeto de transposição consagra uma alteração não de somenos importância, na medida em que o legislador nacional, dentro da liberdade que a Diretiva lhe confere, acolhe no artigo 7.º, n.º 2 uma presunção ilidível em relação às decisões de outras autoridades da concorrência.

Esta questão parece adquirir especial relevo quando reconhecemos que as infrações ao direito da concorrência têm, muitas vezes, uma dimensão supranacional, que influi de forma significativa em vários Estados-Membros. Isto é, de resto, referido no considerando 9 Diretiva.

8. CONCLUSÃO

De facto, o prazo prescricional assume uma importância central na hora de atribuir ao lesado uma tutela indemnizatória, resultante de uma infração ao Direito da Concorrência. Ciente dessa centralidade, a Diretiva 2014/104/UE (ainda não transposta para o ordenamento jurídico português) e o respetivo Anteprojeto de Transposição dedicam à prescrição a atenção devida. É certo que a harmonização legislativa no seio da UE sempre levantará interrogações e perplexidades. Porém, algumas podem ser facilmente ultrapassadas se atentarmos na *ratio* das normas, sem que fiquemos presos ao seu elemento literal.

É assim que, num primeiro momento, localizamos sistematicamente as normas de proteção capazes de conferir tutela ao lesado. Porque nos situamos, sem dúvida, no âmbito da responsabilidade civil delitual, poderíamos cair na tentação de olhar tão só ao que propugna o Direito Civil, esquecendo a especificidade que inere ao Direito da Concorrência. Tal ideia está em completo antagonismo com o pensamento que nos propusemos fazer atravessar a integralidade do nosso estudo. Porque diferente, a Concorrência reclama soluções diferentes, em ordem à justiça material. Nessa senda, levantámos as nossas dúvidas relativamente aos efeitos que o incumprimento do Estado Português (na não transposição atempada da Diretiva) pode surtir na tutela efetiva dos direitos do lesado. As nossas respostas traduzem a nossa sensibilidade jurídica; porém, e acima de tudo, o que pretendemos é acicatar o diálogo e o debate entre aqueles que, melhor do que nós, se munem do conhecimento necessário para atingir os resultados mais justos. Em seguida, deslocamos a nossa ótica para as causas de suspensão daquele prazo prescricional, apenas evidenciando o que nos suscita mais reflexão, sem pretender referir aquilo que o leitor atento é capaz de apreender. Terminamos o nosso excursus com uma referência à força probatória das decisões das Autoridades da Concorrência nos vários Estados-Membros, abordando o seu modo de funcionamento e o que está realmente em causa, positiva e negativamente, sem esquecer uma nota crítica ao Anteprojeto de Transposição.

Per summa capita, o nosso propósito é, sobretudo, o de incitar à discussão sobre os pontos controversos. Aqueles que, muitas vezes, restam na penumbra e no silêncio, porque demasiado difíceis de resolver.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Ana Filipa Morais

2014 *Prescrição e Caducidade – Anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil* (“O tempo e sua repercussão nas relações jurídicas”), 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

2016a “Proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva *Private Enforcement*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, vol. VII, nº 26, pp. 15-36.

2016b “Exposição de motivo anexa à Proposta de Anteprojeto submetida ao Governo”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, vol. VIII, nº 26, pp. 103-129

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A.

1997 *Uma “Terceira Via” no Direito da Responsabilidade Civil?*, 1ª ed., Coimbra: Almedina.

CORDEIRO, António Menezes

2005 *Tratado de Direito Civil I*, T. IV, 2ª ed., Coimbra: Almedina.

LEITÃO, Adelaide Menezes

2009 *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 1ª ed., Coimbra: Almedina.

PAIS, Sofia Oliveira

2011 *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, 1ª ed., Coimbra: Almedina.

VAZ SERRA, Adriano

1961 “Prescrição extintiva e caducidade”, in *Boletim do Ministério Jurídico*, n.º 105, pp.5-248.

SOUSA FERRO, Miguel

2016a “Jurisprudência de private enforcement”, disponível em: http://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto_4_grupo_III/Jurisprudencia_de_Private_Enforcement.pdf

2016b “Workshop consultivo sobre o anteprojeto de transposição da Diretiva 2014/104/EU – Relatório Síntese”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, vol. VII, nº 26, pp. 51-67.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência geral

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JULHO DE 2017 A SETEMBRO DE 2017

elaborado por Ricardo Bayão Horta

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19.07.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 3/16.3YQSTR.

Recorrentes: *Supermercado Nilo, Lda.*

Sumário: Julga totalmente improcedente a presente ação administrativa interposta pela Autora Supermercado Nilo, Lda.; em consequência, absolve a Ré Autoridade da Concorrência do pedido de declaração de nulidade da decisão de arquivamento do Conselho de Administração de 13 de Outubro de 2016 no âmbito do procedimento registado com a referência DA/2014/3, e do pedido de condenação da Ré a abrir processo de contraordenação, com todas as consequências legais.

Normas relevantes: arts. 7.º, n.ºs 1 e 2, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, n.º s 1 e 2, als. a), b), d) e c), 12.º, 17.º, 24.º, n.º 3 e 101.º da LdC; arts. 20.º, 266.º e 268.º, n.º 4 da CRP; art. 1.º, n.º 3 dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto; art. 66.º e seguintes do CPTA; arts. 133.º, n.ºs 1 e 2, 134.º e 135.º do CPA(2015); arts. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010; Orientações da Comissão Europeia relativa às restrições verticais.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 04.09.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 4/17.4YQSTR.

Recorrentes: *Empifarma – Produtos Farmacêuticos, SA*

Sumário: Julga a presente ação parcialmente procedente nos seguintes termos: (i) Anula a decisão de arquivamento proferida pela AdC em 16 de novembro de 2016, no âmbito do procedimento com a referência DA/2016/2, na parte que incidiu sobre a eventual existência de abuso de posição dominante pelos

distribuidores de medicamentos, decorrente de vendas subordinadas impostas às farmácias; (ii) Condena a AdC a instaurar um procedimento de contra-ordenação para averiguação da prática indicada em (i); Julga tudo o mais improcedente, absolvendo-se a AdC e as contrainteressadas Merck, Bristol e Lilly dos pedidos efetuados pela Autora.

Normas relevantes: arts. 4.º, als. *a)-d)*, 5.º, n.º 1, 7.º, n.ºs 1, 2 e 3, 8.º, 9.º, n.º 1, al. *d)*, 11.º, n.ºs 1 e 2.º, al. *d)*, 12.º, 13.º, n.º 1, 19.º, 24.º, n.ºs 3, als. *a)* e *b)*, 5, 83.º e seguintes, 91.º e 92.º, n.º 1 da LdC; arts. 12.º, n.º 2, 60.º, n.º 1, 81.º, al. *f)*, 266.º, n.º 2 e 268.º, n.º 3 da CRP; arts. 101.º e 102.º, al. *c)* do TFUE; arts. 32.º, 41.º, n.º 1 e 43.º do RGCO; arts. 1.º, n.º 3 e 19.º, n.º 1, al. *a)* dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto; arts. 3.º, n.º 1, 38.º, n.º 1, 71.º, n.º 2, 87.º-A, n.º 1, al. *d)*, 87.º-B, n.º 2 88.º, n.º 1, al. *b)*, 89.º, n.º 1 e 2 e 95.º, n.º 5 do CPTA; arts. 152.º, n.º 1, al. *c)*, 161.º, n.º 2 e 163.º, n.ºs 1 e 5 do CPA(2015); art. 112.º, n.ºs 1, al. *a)* e 2 da Lei de Organização do Sistema Judiciário; arts. 6.º, n.º 1 e 2 e 100, n.º 1, al. *c)* e n.º 2 do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto; arts. 3.º, n.º 1 e 4.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010; Orientações da Comissão Europeia relativa às restrições verticais; Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.ª secção), de 13.09.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 36/17.2YUSTR.L1 – Recurso do TCRS de Santarém.

Recorrentes: *Firmo – Papéis e Papelarias, S.A.*

Sumário: Decide negar provimento ao recurso e confirma a sentença impugnada.

Normas relevantes: arts. 3.º, n.º 1, 9.º, n.º1, als. *a)* e *c)*, 68.º, n.º 1, al. *b)*, 69.º, n.º 2, 74.º, n.º 7, 88.º, n.º 1, e 100, n.º 1, al. *a)* da LdC; arts. 2.º, n.º 1, 4.º, n.º 1, als. *a)* e *d)*, 22.º, n.º 1, 43.º, n.º 1, al. *a)*, 44.º, 48.º, n.ºs 1 e 3, 51.º, n.º 5 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 2.º, 13.º, 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4, 29.º, n.ºs 1 e 3, 30.º, n.º 1, 32.º, n.º 10 e 111.º, n.ºs 1 e 2 da CRP; art. 101.º, n.º 1, al. *c)* do TFUE; art. 6.º da CEDH; arts. 127.º, 345.º, n.º 4, 410.º, n.º 2, al. *c)* e 412.º, n.º 1 do CPP; art. 119.º, n.º 2, al. *a)* do CP; arts. 1.º, 2.º, 3.º, n.º 2, 17.º, n.ºs 1 e 2, 18.º, 27.º-A, n.ºs 1 e 2, al. *c)*, 28.º, n.ºs 1, als. *b)*, *c)* e *d)* e 3, 32.º, 41.º, n.º 1, 42.º, 50.º, 71.º, n.º 2, 72.º-A, n.º 1 e 75.º do RGCO;

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – DE ABRIL A SETEMBRO 2017

Elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abuso de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-177/16

Partes: Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība/ Konkurences padome

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo T-751/15

Partes: Contact Software/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-413/14 P

Partes: Intel/Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de maio de 2017, proferido no âmbito do Processo T-480/15

Partes: Agria Polska e o./Comissão

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo T-564/10 RENV

Partes: Quimitécnica.com e de Mello/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-89/15 P.

Partes Riva Fire/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-88/15 P

Partes Ferriere Nord/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-86/15 P

Partes Ferriera Valsabbia e Valsabbia Investimenti/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-85/15 P

Partes Feralpi/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-588/15 P

Partes LG Electronics/Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo T-411/10 RENV

Partes: Laufen Austria/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de julho de 2017, proferido no âmbito do Processo C-517/15

Partes AGC Glass Europe e o./Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de julho de 2017, proferido no âmbito do Processo C-180/16 P

Partes Toshiba/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de abril de 2017, proferido no âmbito do Processo C-516/15 P

Partes Akzo Nobel e o./Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de abril de 2017, proferido no âmbito do Processo C-469/15 P

Partes FSL e o./Comissão

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal Geral de 28 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo T-138/15

Partes: Aanbestedingskalender e o./Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-300/16 P

Partes: Comissão/Frucona Košice

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-591/14

Partes: Comissão/Bélgica

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-329/15

Partes: ENEA S.A./ Prezes Urzędu Regulacji Energetyki

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo T-671/14

Partes: Bayerische Motoren Werke/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de junho de 2017, proferido no âmbito do Processo C-74/16

Partes: Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/ Ayuntamiento de Getafe

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de julho de 2017, proferido no âmbito do Processo C-245/16

Partes: Nerea SpA/ Regione Marche

Acórdão do Tribunal Geral de 6 de julho de 2017, proferido no âmbito do Processo T-74/14

Partes: França/Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 6 de julho de 2017, proferido no âmbito do Processo T-1/15

Partes: SNCM/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de maio de 2017, proferido no âmbito do Processo C-228/16 P

Partes: DEI/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de maio de 2017, proferido no âmbito do Processo C-150/16

Partes Fondul Proprietatea SA/ Complexul Energetic Oltenia SA

Acórdão do Tribunal Geral de 27 de abril de 2017, proferido no âmbito do Processo T-375/15

Partes: Germanwings/Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 6 de abril de 2017, proferido no âmbito do Processo T- 220/14

Partes: Saremar/Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 6 de abril de 2017, proferido no âmbito do Processo T-219/14

Partes: Regione autonoma della Sardegna/Comissão

Concentrações

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de setembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C-248/16

Partes: Austria Asphalt/ Bundeskartellanwalt

NOTAS CURRICULARES

CATARINA VARAJÃO BORGES

Licenciada pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto em 2017. Vencedora do I Moot Court português de Direito da Concorrência.

Catarina Varajão Borges is graduated in Law at University of Porto, Law School (2017). Winner of the first Portuguese Competition Law Moot Court.

INÊS NEVES

Estudante do quarto ano da licenciatura em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Vencedora do I Moot Court português de Direito da Concorrência.

Law Student at the University of Porto Law School. Winner of the first Portuguese Competition Law Moot Court.

MARIA TERESA CAPELA

Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Mestre em Direito Administrativo (vertente contratação pública) pela Universidade Católica Portuguesa. Advogada na sociedade de advogados Cardigos & Associados.

Portuguese Catholic University, Law Degree and Master of Laws Program – Administrative Law. Associate at Cardigos & Associados.

MIGUEL DA CÂMARA MACHADO

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, desde 2010. Advogado, desde 2013, e Jurista do Banco de Portugal desde 2014. Licenciado em Direito em 2010, concluiu a parte escolar do Mestrado em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Criminais, em 2012, tendo sido admitido à preparação de Doutoramento em Direito, área de Ciências Jurídicas, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2014. É Associado do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da mesma Faculdade e Membro do Instituto Português de Processo Civil e Presidente da Mesa da Assembleia Geral da APAC-Portugal, Associação de Proteção e

Apoio ao Condenado, desde 2015. Tem sido também orador em módulos da disciplina de Psicologia e Direito, na Faculdade de Psicologia da Universidade de Lisboa, desde 2013 e o responsável por jornadas e pelos módulos dedicados à prevenção do branqueamento de capitais no âmbito das pós-graduações avançadas em Direito bancário organizadas pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa de que também é membro e investigador.

Guest lecturer at the University of Lisbon Law School, since 2010. He is a lawyer since 2013 and a jurist at the Bank of Portugal, since 2014. He holds a degree in Law (2010) and concluded the curricular part of the Master in Law, specialization in Criminal Legal Sciences, in 2012. He was also admitted as a PhD candidate in the department of Private Law of the University of Lisbon Law School (2014). He is a member of the Institute of Criminal Law and Sciences of the same School, of the Portuguese Civil Procedure Institute, and the President of the General Assembly of APAC-Portugal, Associação de Proteção e Apoio ao Condenado since 2015. He has lectured in the courses on Psychology and Law, at the University of Lisbon School of Psychology, since 2013, and has also been responsible for modules dedicated to the prevention of money laundering (AML) during the Advanced Postgraduate Courses in Banking Law, organized by the Centre for Research in Private Law of the University of Lisbon School of Law, of which he is also a member and researcher.

NIVALDO RODRIGUES MACHADO FILHO

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (1987), mestrando do curso de mestrado científico em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Juiz de Direito de 1991 até 1995 e, atualmente, é Promotor de Justiça no Estado de Pernambuco, desde 1996.

Nivaldo Rodrigues Machado Filho is a graduate in Law from the Universidade Federal de Pernambuco's Law School (1987), attends the Master in Criminal Law at the Universidade de Lisboa's Law School, is a former State Judge from 1991 to 1995, and, currently, a Public Prosecutor of the Pernambuco State (Brazil) since 1996.

PATRÍCIA OLIVEIRA

Jurista no Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência (desde 2016). Foi Advogada no Departamento de Direito Europeu e da Concorrência na Sociedade de Advogados Garrigues (2010-2015) e *Contracts Manager* na consultora Mckinsey & Company (2015-2016). Mestre em *Global*

Legal Studies pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (2010). Pós-graduada em Concorrência e Regulação pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2017). Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa (2008).

Legal Officer in the Restrictive Practices Department of the Portuguese Competition Authority (since 2016). Lawyer in the EU and Competition Law Department at Garrigues law firm (2010–2015) and Contracts Manager at Mckinsey & Company (2015–2016). Master degree in Global Legal Studies from the Portuguese Catholic University Law School (2010). Postgraduate degree in Competition and Regulation from the University of Lisbon Law School (2017). Law Degree from the Portuguese Catholic University Law School (2008).

TIAGO DA COSTA ANDRADE

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016) e mestrando no Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais na mesma Faculdade. Concluiu o Curso de Especialização em Compliance e Direito Penal do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu de Coimbra (2016). Foi premiado com os Prémios Escolares Doutor Paulo Merêa (2014), Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro (2015), Wolters Kluwer (2016) Doutor Beleza dos Santos (2016 e 2017) e Doutor Manuel de Andrade (2017). Recebeu ainda o Prémio Eduardo Correia para o aluno finalista da Licenciatura em Direito que melhor média apresenta (2016) e foi durante a Licenciatura incluído na lista dos 3% melhores estudantes da Universidade de Coimbra (2012/2013; 2013/2014; 2014/2015; 2015/2016). Cumpriu funções docentes, como o Adjunto de Ensino na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tendo colaborado nas cadeiras de Direito Processual Penal do 4º ano da Licenciatura (2017).

Graduated in Law from the University of Coimbra Law Faculty (2016) and Masters student in Criminal Law from the same faculty. Completed the Specialization Course in Compliance and Criminal Law from the Coimbra's Institute of Economic and European Criminal Law (2016). He collected the Doutor Paulo Merêa (2014), Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro (2015), Wolters Kluwer (2016) Doutor Beleza dos Santos (2016 e 2017) and Doutor Manuel de Andrade (2017) Awards. He was awarded with the Eduardo Correia Award for the senior student with the highest average grade (2016) and was included in the Top 3% Students of the University of Coimbra (2012/2013; 2013/2014; 2014/2015; 2015/2016). He was a Criminal Procedural Law Teaching Assistant in the University of Coimbra Law Faculty (2017).

TIAGO MONFORT

Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto em 2017. Vencedor do I Moot Court português de Direito da Concorrência. Advogado estagiário na Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.

Tiago Monfort is graduated in Law at University of Porto Law School. Winner of the first Portuguese Competition Law Moot Court. Trainee lawyer at Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.

RICARDO TAVARES

Estudante do quarto ano da licenciatura em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Vencedor do I Moot Court português de Direito da Concorrência.

Law Student at the University of Porto Law School. Winner of the first Portuguese Competition Law Moot Court.

ÍNDICE CONSOLIDADO POR TEMAS

- 256 Concorrência – Questões gerais
- 256 *Questões processuais*
- 257 *Private enforcement*
- 259 *Nemo tenetur se ipsum accusare*
- 260 *Outros*
- 261 Concorrência – Práticas restritivas
- 261 *Geral*
- 261 *Abuso de posição dominante*
- 262 *Restrições verticais*
- 263 *Restrições horizontais*
- 264 Concorrência – Controlo de concentrações
- 265 Concorrência – Auxílios de Estado
- 266 Financeiro e bancário
- 268 Seguros
- 268 Comunicações eletrónicas
- 269 Energia
- 269 Saúde
- 270 Autoridades Reguladoras
- 271 Regulação do comércio e concorrência desleal
- 271 Contratação pública
- 272 Direito contraordenacional e processual penal
- 273 Ambiente
- 274 Transportes
- 274 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>
29	Tânia Luísa Faria	<i>Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspectivas</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	Luis 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>
29	Álvaro Silveira de Meneses	<i>Leading the way through: the role of the European Central Bank as pendulum, shield and supervisor of the euro area</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>
30	Sofia Nogueira da Silva / Nuno Castro Marques / Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</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>
29	Nuno Cunha Rodrigues / Rui Guerra da Fonseca	<i>O quadro da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro</i>
30	Francisca Van Dunem	<i>Prefácio ao dossier especial comemorativo do 5º aniversário do TCRS</i>
30	Carla Câmara	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: quo vadis?</i>
30	Fernando Oliveira Silva / Fernando Batista	<i>A regulação dos setores da construção, do imobiliário e dos contratos públicos</i>
30	Luís Miguel Caldas / Marta Borges Campos / Alexandre Leite Baptista / Anabela Morão de Campo	<i>Âmbito e desafios do controlo jurisdicional do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão: a vida íntima dos processos</i>
30	Miguel Sousa Ferro	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário</i>
30	Pedro Marques Bom / Ana Cruz Nogueira	<i>Cinco anos, cinco desafios</i>
30	Pedro Portugal Gaspar / Helena Sanches	<i>Deverão os recursos de todas as decisões contraordenacionais adotadas pela ASAE cáterem na jurisdição do TCRS?</i>

30	Ricardo Gonçalves / Ana Lourenço	<i>Uma proposta de avaliação de impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão</i>
30	Sofia Nogueira da Silva / Nuno Castro Marques / Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</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	Luis Almeida	<i>A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE</i>
29	Isabel Andrade / Joaquim Miranda Sarmiento	<i>Uma análise contratual às renegociações das PPP e concessões no setor das águas em Portugal</i>

Direito contraordenacional e processual penal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Luís 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 bisetritz (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 Tahery c. Reino Unido</i>
23-24	Felipe Soares Tavares Morais	<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>
29	Renzo Orlandi	<i>“Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional</i>
29	Antonieta Nóbrega	<i>O jornalista assistente no processo penal português</i>
29	Joana Geraldo Dias	<i>A consagração de um novo paradigma na ordem jurídica: a divisão bipartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas</i>
29	Sónia Cruz Lopes	<i>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</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>
30	João Carvalho / Eduardo Lopes Rodrigues	<i>Regulação económica independente no ecossistema da mobilidade e dos transportes</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

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



REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

DIREÇÃO:
PAULO DE SOUSA MENDES
MIGUEL SOUSA FERRO

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME	<input type="text"/>																																			
MORADA	<input type="text"/>																																			
CÓD. POSTAL	<input type="text"/>			-	<input type="text"/>		LOCALIDADE	<input type="text"/>																												
TELEFONE	<input type="text"/>								N° CONTRIBUINTE	<input type="text"/>																										
PROFISSÃO	<input type="text"/>																																			
EMAIL	<input type="text"/>																																			

4 NÚMEROS AVULSO **€100**

ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) **€90** (DESCONTO DE **10%**)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA
DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO (4 NÚMEROS) DO ANO

ASSINATURA _____ DATA - -

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO – JOAQUIM MACHADO, S.A.,
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRECTO (ADC)

ENTIDADE NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRECTOS

NOME

EMAIL

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50

CONTRIBUINTE FISCAL

DATA - -

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE ⁽¹⁾	INICIA A		TERMINA A	
			MÊS	ANO	MÊS	ANO

⁽¹⁾ REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

- Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
- Remeter a ADC para:
EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net.
- Qualquer alteração que pretenda efectuar a esta autorização bastará contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita
- Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
- Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)
- Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMAÇÕES

- Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efectuar as seguintes operações:
- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
 - Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
 - Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net