

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: Maria João Melícias • Miguel Sousa Ferro

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

Presidência do Conselho de Redação: Mariana Tavares

Conselho Consultivo: João E. Gata • Nuno Cunha Rodrigues

ANO VIII • NÚMERO 32
OUTUBRO/DEZEMBRO 2017



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO VII • NÚMERO 32
OUTUBRO – DEZEMBRO 2017

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção

MARIA JOÃO MELÍCIAS • MIGUEL SOUSA FERRO

presidência do conselho científico

EDUARDO PAZ FERREIRA • MARGARIDA MATOS ROSA

presidência do conselho de redação

MARIANA TAVARES

conselho consultivo

JOÃO E. GATA • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL


ALMEDINA



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano VII • Número 32
outubro – dezembro 2017

DIRETORES

MARIA JOÃO MELÍCIAS • 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 DOUTRINA

15 Doutrina geral

17 Enrico Rilho Sanseverino – *O crime de corrupção no setor privado e o seu tratamento em uma perspectiva internacional em face dos interesses tutelados*

51 Luís Miguel Romão & Alexandre Miguel Mestre – *Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do Direito Comunitário e do Direito nacional (Parte II)*

97 Miguel Moura e Silva & Manuel Cabugueira – *The competition impact of extending the activity of waste and water management concessionaires to competitive markets*

131 Nuno Cunha Rodrigues – *Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?*

147 Tânia Luísa Faria – *Os efeitos dos recursos judiciais em processos de contraordenações da Autoridade da Concorrência: uma interpretação sistemática*

167 JURISPRUDÊNCIA

169 Jurisprudência geral

169 Jurisprudência nacional de concorrência – outubro a dezembro de 2017

173 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – outubro a dezembro de 2017

177 NOTAS CURRICULARES

183 ÍNDICE CONSOLIDADO POR TEMAS

205 *Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação*

207 *Órgãos Sociais*

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Maria João Melícias

Miguel Sousa Ferro

Como se anunciou no número anterior, a Direção da Revista de Concorrência & Regulação mudou. O Prof. Paulo de Sousa Mendes, que cessou as suas anteriores funções no n.º 31, e continuará a colaborar com a C&R enquanto editor, foi um fundador e impulsor decisivo deste projeto. A C&R está-lhe muito grata por toda a sua dedicação e esforço ao longo de 7 anos, e manter-se-á fiel ao espírito e objetivos que a têm norteado desde o início.

Neste 32.º número da C&R, Enrico Sanseverino confronta-nos com a perspetiva variável, a nível nacional e internacional, sobre uma dimensão frequentemente negligenciada da corrupção. Tendemos a focar-nos nas manifestações deste fenómeno no setor público, mas a corrupção no setor

As was announced in the previous issue, the Board of the Revista de Concorrência & Regulação has changed. Professor Paulo de Sousa Mendes, who ceased his previous functions in no. 31, and will continue to cooperate with C&R as an editor, was a founder and decisive promoter of this project. C&R is very thankful to him for all his dedication and efforts throughout 7 years, and will remain true to the spirit and objectives which have guided it since the start.

In this 32nd issue of C&R, Enrico Sanseverino confronts us with a varying perspective, at the national and international level, concerning a frequently neglected type of corruption. We tend to focus on the cases of corruption in the public sector, but corruption in the private

privado tem também um importante impacto económico, afetando interesses gerais e difusos do Estado, e merece uma intervenção penal do Estado. O autor realça que as jurisdições que criminalizam estas condutas centram-se sempre em relações de agência, reconduzindo-se ao rompimento de uma relação de confiança e lealdade contratualmente remunerada. Nesta ótica, a criminalização da corrupção no setor privado pode ser vista como um complemento do direito da concorrência, como instrumento de proteção da livre concorrência e do correto funcionamento dos mercados.

O n.º 25 da C&R incluiu a primeira parte de um extensivo estudo de Luís Miguel Romão e Alexandre Miguel Mestre sobre a proteção da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito da União e nacional. Publica-se no presente número a segunda e última parte deste estudo, que inclui já a análise de importantes desenvolvimentos recentes na prática administrativa e judicial nacional. A saúde da ordem jurídica e do sistema de justiça depende da garantia do sigilo das comunicações entre advogados e clientes. Desconsiderar esta proteção no caso de correspondência aberta (sem provas de que ela seja, em si, um elemento dum crime), ou limitar esta proteção a documentos detidos pelo/a próprio/a advogado/a, é um desenvolvimento incompatível

sector also has an important economic impact, affecting general and diffuse interests of the State, and is certainly deserving of intervention by the State under criminal law. The author points out that the jurisdictions which criminalize this type of behaviour focus on agency relations between persons, boiling it down to the breaking of a contractually remunerated relationship of trust and loyalty. From this perspective, criminalizing corruption in the private sector may be seen as a complement to competition law, as an instrument for the protection of free competition and of the correct functioning of markets.

Issue 25 of C&R included the first part of an extensive study by Luís Miguel Romão and Alexandre Miguel Mestre on the protection of the confidentiality of attorney-client communications, under European Union Law and national law. The present issue now publishes the second and last part of this study, which includes already the analysis of important recent developments in national administrative and court practice. The health of the legal order and of the judicial system depends on the protection of attorney-client privilege. Disregarding this protection in the case of open correspondence (without evidence that it, in itself, is part of a crime), or limiting it to documents held by the lawyer him/herself, is a development which is incompatible with this

com esta necessidade. Menos evidente é a questão da extensão desta proteção aos advogados internos, que os autores parecem defender. Apesar da letra da lei, a realidade prática e dos mercados sugere que não é fácil falar em efetiva independência dos advogados que são trabalhadores de empresas, e a extensão do sigilo a estes criaria um mecanismo que facilmente destruiria a possibilidade de provar infrações concorrenciais, atentas as limitações da doutrina do facilitador. Merece maior discussão, cremos (e aqui discordamos dos autores), a difícil relação entre a proteção deste sigilo ao abrigo do direito interno, e a sua desproteção ao abrigo do direito da concorrência da União, sobretudo nos casos em que seja a AdC a aplicar os artigos 101.º/102.º do TFUE, à luz do primado do direito europeu e da necessidade de garantir o seu efeito útil. Aplicar dois standards de proteção jurídica diferentes na aplicação do direito da concorrência da União, consoante a autoridade que seja chamada a aplicar o Tratado, é inerentemente incompatível com os princípios da ordem jurídica da UE.

Miguel Moura e Silva e Manuel Cabugueira apresentam-nos um resumo dos resultados da análise interdisciplinar realizada pela Unidade Especial de Políticas Públicas da AdC, ao longo do estudo e da emissão de recomendações sobre vários casos concretos de reorganização de atividades de gestão

requirement. Less clear is the extension of this protection to in-house lawyers, which the authors seem to argue in favour of. Despite the letter of the law, the practical reality of the markets suggests that it is not easy to identify an effective independence of lawyers who are employees of undertakings, and extending attorney-client privilege to these would create a mechanism which would easily destroy the possibility of proving antitrust infringements, considering the limitations of the facilitator doctrine. Deserving of greater discussion, we believe (and here we disagree with the authors), is the difficult relationship between the protection of privilege under national law, and its lack of protection under European competition law, especially in cases where it is the AdC who applies articles 101/102 TFEU, in light of the primacy of European law and of the need to ensure its effectiveness. Applying two different legal standards of protection in the enforcement of EU competition law, depending on the authority applying the Treaty, is inherently incompatible with the principles of the EU legal order.

Miguel Moura e Silva and Manuel Cabugueira present to us a summary of the results of the interdisciplinary analysis carried out by the Competition Authority's Public Policies Special Unit, in the context of the study and issuance of recommendations on several cases of

de águas e resíduos. De modo mais amplo, está em causa a criação de uma metodologia para a análise da intervenção pública nos mercados, através da expansão de concessões exclusivas a atividades complementares e instrumentais. Esta expansão é permitida pelo direito nacional apenas quando autorizada pelo Governo, desde que se verifiquem certas condições e após parecer não vinculativo da AdC e do regulador setorial. Este artigo explica, assim, a metodologia que uma ANC pode aplicar, ao aconselhar o Governo numa situação como esta, em que se exige uma avaliação de impacto concorrencial. Num contexto nacional em que, em regra, as decisões políticas não são precedidas de avaliações concretas de impacto económico, ambiental, etc., é meritório que se difundam e utilizem, efetivamente, metodologias deste género, a fim de habilitar os decisores públicos a adotarem medidas mais informadas de política pública.

Nuno Cunha Rodrigues debruça-se sobre a fronteira e a relação entre duas áreas do direito em que é especialista, e como estas foram afetadas pela recente revisão do Código dos Contratos Públicos. O autor defende que esta reforma veio reforçar a garantia do respeito pelo direito da concorrência no âmbito da contratação pública, e realça a importância da continuação dos esforços de cooperação entre as entidades adjudicantes e a AdC. Liga

reorganization of activities of waste and water management. More broadly, they describe the methodology created to analyse public intervention on the markets, through the expansion of exclusive concessions to complementary and ancillary activities. Such expansion is allowed by national law only if authorized by the government, subject to certain conditions and non-binding opinions of the AdC and the sectoral regulator. This paper thus explains the methodology which an NCA may resort to, when advising the Government in such a situation, which requires a competitive impact assessment. In a national context where, as a rule, political decisions are not preceded by concrete assessment of economic impact, environmental impact, etc., it is meritorious that methodologies such as this one should spread and be effectively used, so as to allow public decision-makers to take more informed public policy choices.

Nuno Cunha Rodrigues tackles the borderline and the relationship between two branches of the law in which he is a specialist, and how these have been affected by the recent amendments to the Public Contracts Code. The author argues that this reform has strengthened the guarantees of compliance with competition law in public tenders, and highlights the importance of the continued efforts of cooperation between contracting authorities and the AdC. He also connects this issue to

também esta temática com a problemática da corrupção e chama a atenção para o incentivo que os concorrentes têm para contribuir para a verificação do cumprimento do direito.

Tânia Luísa Faria debruça-se sobre a *vexata quaestio* dos efeitos dos recursos judiciais de decisões contraordenacionais da AdC, em especial de decisões interlocutórias. É sabido que está instalada em Portugal a insegurança jurídica neste plano, depois de várias sentenças do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que defendem a inconstitucionalidade do mero efeito devolutivo de todo e qualquer recurso, sem aferição no caso concreto. O debate judicial continuou no Tribunal da Relação de Lisboa, que já discordou do TCRS nalguns casos. E o Tribunal Constitucional proferiu três acórdãos sobre um dos aspetos deste debate, que podem ser vistos como contraditórios entre si. Encontra-se, à data da escrita, pendente outro caso no TC sobre o mesmo assunto. Esta é uma discussão da maior importância, transponível também para a aplicação do direito por vários reguladores setoriais, e que tem, em última linha, implicações para a lógica e princípios de todo o ordenamento jurídico.

the fight against corruption, and stresses the incentive of competitors to contribute to the verification of compliance with the law.

Tânia Luísa Faria tackles the vexata quaestio of the effects of judicial appeals of decisions adopted by the AdC in misdemeanour proceedings, especially procedural (non-final) decisions. It is known that legal uncertainty now prevails in Portugal in this regard, after several judgments of the Competition, Regulatory and Supervision Court which find the non-suspensory effect of any and all appeals, without an assessment of the specific case, to be unconstitutional. The judicial debate continued at the Lisbon Appeal Court, which has disagreed with the CRSC in some cases. And the Constitutional Court has issued three judgments about one of the aspects of this debate, which may be seen as contradictory. There is, presently, another case pending before the CC on the same issue. This is a very important discussion, which is transposable also to the enforcement of the law by several sectoral regulators, and which, at the end of the day, has important consequences for the logic and principles of the legal order as a whole.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

DOCTRINA GERAL

O CRIME DE CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO E O SEU TRATAMENTO EM UMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL EM FACE DOS INTERESSES TUTELADOS

*Enrico Rilho Sanseverino**

ASBTRACT: Corruption in the private sector is a practice that can be very dangerous to the correct functioning of the economic system, even at global levels. In view of this, the international community has been creating guidelines for States for their incrimination. This can be done with a view to protecting public or private interests, such as fair competition or the employer's interests. Brazil typifies only certain specific conduct related to private corruption, perpetrated against an employer determined in a competitive context. Portugal adopts public and private models of incrimination, protecting loyalty and trust in the private relations, as well as fair competition, respectively. Italy traditionally restricted the prediction of crime only to the societal scope, directed to the protection of the social patrimony. Following recent legislative reform, the country has expanded the range of crime, but continues to adopt an eminently private model.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A corrupção no setor privado: breves notas introdutórias sobre os seus fundamentos e a sua danosidade. 2.1. A corrupção e seus pressupostos. 2.2. A danosidade econômica da corrupção e a relevância do tratamento da corrupção no setor privado para a proteção do regular funcionamento do mercado. 3. O tratamento da corrupção no setor privado em face dos instrumentos internacionais. 3.1. Ação Comum 98/742/JAI do Conselho da União Europeia. 3.2. Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa. 3.3. Decisão Quadro 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia. 3.4. Convenção da ONU sobre Corrupção. 3.5. Um breve balanço a respeito do tratamento da corrupção privada pelos instrumentos internacionais. 4. O tratamento da corrupção no setor privado pelos ordenamentos jurídicos nacionais. 4.1. A experiência brasileira. 4.2. A experiência portuguesa. 4.3. A experiência italiana. 5. Considerações finais.

* O texto corresponde a uma versão adaptada da Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), menção em Ciências Jurídico-Criminais, sob a orientação da Professora Doutora Cláudia Cruz Santos.

1. INTRODUÇÃO

A corrupção entre particulares é um tema que, ultimamente, vem ocupando sobremaneira a pauta dos Estados e Organismos Internacionais. Diante do contexto atual da globalização, caracterizado pela rápida troca de informações e pela aceleração das relações econômicas, os efeitos nocivos da corrupção veem-se potencializados. Assim, tendo em vista o caráter transnacional que muitas vezes esta é capaz de adquirir, a sua atenção passa a ser uma das prioridades da ordem internacional.

Além disso, mesmo nos dias de hoje, muitos países não possuem uma legislação efetiva e condizente com a importância do fenômeno. Assim, este tem sido um assunto muito discutido atualmente, não só nesses Estados, mas também naqueles que buscam aprimorar a sua regulamentação sobre a matéria.

Ainda, outro fator determinante para o crescimento da importância do tema nos dias atuais é o fenômeno das privatizações. Com elas, transferem-se à iniciativa privada atividades e serviços de interesse público, que anteriormente eram prestados pelo Estado. Assim, deixa-se à margem uma área que antes era abrangida pela corrupção pública, cabendo à corrupção privada ocupar este espaço.

Dessa forma, tratar-se-á o crime de corrupção no setor privado, a partir da identificação de quais seriam os reais interesses tutelados pelo delito. Nessa perspectiva, o problema que se coloca questiona como realizar uma repressão efetiva do fenômeno, atendendo à proteção dos principais bens jurídicos ofendidos, mas sem deixar de lado os princípios orientadores de um direito penal garantista, e condizentes com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

A análise desses modelos de incriminação será realizada à luz dos instrumentos internacionais e dos ordenamentos nacionais de Brasil, Portugal e Itália sobre a corrupção privada. Assim, primeiramente, identificar-se-ão quais os interesses tutelados por cada instrumento internacional sobre a matéria, que são a Ação Comum 98/742/JAI do Conselho da União Europeia, a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, a Decisão Quadro 2003/568/JHA do Conselho da União Europeia e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Após, verificar-se-á a compatibilidade das legislações nacionais dos países indicados com a ordem internacional a eles vinculada.

2. A CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO: BREVES NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE OS SEUS FUNDAMENTOS E A SUA DANOSIDADE

2.1. A corrupção e seus pressupostos

Na corrupção pública, o bem jurídico tutelado pelo crime já se encontra consolidado pela doutrina como sendo a proteção da imparcialidade e autonomia funcional do Estado, ou, ainda, do correto funcionamento dos serviços públicos¹. Contudo, o mesmo não se pode dizer sobre a corrupção privada, em relação à qual ainda se discute a necessidade de sua tutela penal e os reais objetivos de sua criminalização.

Considerando-se a corrupção como violação de um dever, a corrupção no setor privado pode ser explicada a partir da denominada teoria da agência. Em síntese, esta parte da ideia de uma relação existente entre dois sujeitos, um principal e um agente, na qual aquele outorga para estes poderes a serem exercidos de maneira conforme seus interesses². Pressupõe-se, com isso, a existência de um sujeito dotado de poderes no interno de uma prática social organizada, a fim de realizar certas tarefas previamente determinadas³.

Além desta relação estabelecida entre principal e agente, a corrupção pressupõe a existência de um acordo clandestino, que irá ocorrer entre o representante e um terceiro externo àquela relação inicial. Assim, também se pode relacionar o fenômeno corruptivo à existência de um conflito de interesse, na medida em que o agente, mediante o recebimento de uma vantagem, passará a agir conforme os interesses do terceiro, e não mais de seu principal⁴. Diante disso, há o recebimento de uma vantagem indevida pelo agente, ou a sua promessa, como fator determinante para a sua caracterização, pois é justamente isso que o vai diferenciar das outras formas de infidelidade patrimonial e abuso de poder por parte do representante⁵.

No entanto, a explicação da corrupção privada a partir da referida teoria da agência pode suscitar alguns problemas. Estes condizem com os deveres

1 Por todos, Almeida Costa, 1987: 93/94. Por não consistir no objeto desta investigação, não se pretende aqui discutir o bem jurídico tutelado pela clássica acepção do crime de corrupção de agentes públicos. Para isso, ver a exhaustiva abordagem de Sergio Semnara na obra *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione* (Semnara, 1993: 951-993).

2 Arnoni & Iliopuli, 2005: 34.

3 Spena, 2007: 810.

4 Spena, 2007: 811.

5 Forti, 2003: 1126.

que podem vir a ser violados pelo agente em sua relação com o principal, bem como, com algumas questões decorrentes de uma eventual incriminação do acordo corruptivo realizado por aquele com um terceiro.

Quanto aos primeiros, pergunta-se: quais seriam esses deveres que supostamente seriam atribuídos ao agente? Ou seja, considerando-se a corrupção como a violação de um dever, seria este o de desempenhar funções sem o recebimento de qualquer outra gratificação que não seja a remuneração legítima? Ou seria o dever de agir em observância aos estritos interesses do principal? Ou, ainda, seria o dever de obediência às leis, regulamentos, contratos e códigos de ética relativos à atividade do sujeito?

Por outro lado, em relação à sua eventual incriminação, poder-se-ia questionar: quem seriam as pessoas atingidas pelo incumprimento das obrigações pelo agente? Ou seja, quem seriam as verdadeiras vítimas desta espécie de corrupção? E, ainda, a principal das perguntas a ser respondida neste estudo: quais seriam os interesses que se visariam tutelar pela sua criminalização⁶?

2.2. A danosidade econômica da corrupção e a relevância do tratamento da corrupção no setor privado para a proteção do regular funcionamento do mercado

A partir da constatação dos altos índices e escândalos de corrupção em países desenvolvidos como Portugal e Itália, abandona-se o mito de que a corrupção seria algo exclusivo da realidade de países subdesenvolvidos. A partir dessa ideia, por muito tempo, desconsideraram-se os danos inerentes à corrupção, por se entender que esta estaria associada à realidade política e econômica dos países subdesenvolvidos, e que poderia ser superada com o progresso social e econômico dos mesmos⁷.

Da mesma forma, abandona-se o mito de que a corrupção estaria positivamente associada ao progresso econômico. Isso porque, nos anos 60, alguns estudos sustentavam que a corrupção teria como consequência imediata a diminuição de obstáculos que impediriam o desenvolvimento dos mercados, funcionando como uma espécie de catalisador para o desenvolvimento econômico dos países. Havia, também, a falsa noção da corrupção como uma forma de

6 La Torre & Cerina, 2011: 168-170.

7 Santos, 2009: 12-13. Contudo, embora a corrupção não seja um fenômeno exclusivo dos países com menor índice de desenvolvimento, é importante ressaltar que, conforme pesquisa realizada a partir do índice de percepção das empresas, a corrupção constitui maior obstáculo à atividade econômica nos países emergentes do que nos países desenvolvidos (Arnoni & Iliopuli, 2005: 47-48).

“speed money”, ou seja, como um meio de obtenção de financiamento de uma forma simples e eficaz. Para sustentar essa hipótese, usava-se como exemplo o rápido desenvolvimento dos países do sudeste asiático, onde a cultura dos acordos corruptivos era amplamente conhecida e praticada. Esta concepção, contudo, entrou em declínio a partir da crise de 1997, que demonstrou, na prática, as graves distorções econômicas que a corrupção é capaz de causar⁸.

Em verdade, o correto funcionamento de uma economia de mercado depende, antes de mais nada, de uma eficaz regulamentação. Para isso, é imprescindível que esta se dê da forma mais simples e transparente possível. Afinal, um mercado dotado de normas complexas e burocráticas estimula a prática da corrupção.

Diante disso, é fundamental a correlação entre o direito e a economia, bem como entre a ética e a economia, a fim de garantir a existência de um mercado correto e eficaz, que proporcione uma justa disputa entre seus atores em condições de igualdade. Diante disso, destaca-se a importância da presença de instituições fiscalizadoras que garantam o correto funcionamento do mercado por meio da tutela da concorrência, a partir da supervisão das condutas dos agentes operadores do mercado⁹.

Neste contexto, a prática da corrupção pode afetar, direta ou indiretamente, a economia e o funcionamento do mercado, constituindo um obstáculo ao livre exercício da concorrência. Hoje, é indiscutível a danosidade econômica da corrupção, sendo inúmeros os prejuízos à economia que esta pode trazer. Conforme Marco Arnoni e Eleni Iliopuli, estes podem ser divididos em duas espécies: prejuízos sobre a redistribuição de receitas e sobre o crescimento econômico¹⁰.

8 Galeazzi, 2003: 179-181; Santos, 2009: 15; Arnoni & Iliopuli, 2005: 29; Kaufmann et al, 2007: 322. Neste último, os autores afirmam ser a corrupção um obstáculo para o desenvolvimento econômico a médio e longo prazo. Ainda, consideram ser o caso de Bangladesch uma exceção, como um país que, embora apresente altos índices de corrupção, teve significativo crescimento econômico.

9 Por não ser o propósito do presente estudo, em que pese a sua importância para o funcionamento da economia, não se aprofundará na análise da atividade reguladora do mercado exercido pelas instituições de controle. Para aprofundamento: Arnoni & Iliopuli, 2005: 113 e ss.

10 Arnoni & Iliopuli, 2005: 29. Em relação ao primeiro, apontam-se os efeitos da corrupção sobre o sistema tributário. Por meio de benefícios fiscais e negociação de impostos concedidos a certos operadores do mercado a partir do pagamento de propinas, acaba-se por privilegiar empresários que fazem uso de atividades ilícitas em prejuízo de outros. Isso acaba por reduzir os ganhos do Estado pelos impostos arrecadados, induzindo-o à obtenção de financiamentos por meio de empréstimos. Dessa forma, acaba-se desequilibrando o orçamento do Estado, impossibilitando-o de investir em outras áreas também importantes. Quanto ao crescimento econômico, diversos são os setores prejudicados pela corrupção. Dentre estes, pode-se citar a diminuição nos investimentos das empresas, tanto em nível nacional quanto internacional, o que acaba obstaculizando a capacidade produtiva e a inovação tecnológica. Destarte, um

Diante do exposto, analisando-se a corrupção de uma forma ampla, a partir de suas diversas facetas, compreende-se que os crimes podem afetar não só o Estado, mas também a economia. Nesse sentido, afirma Cláudia Cruz Santos que, “é a ideia de que a corrupção não afeta apenas o Estado – e a sua natureza democrática –, mas também a economia, que se julga justificar quer a criminalização da corrupção no sector privado quer a criminalização da corrupção ativa de agente público estrangeiro”¹¹. Dessa forma, a partir desta perspectiva de tutela do mercado e da concorrência, encontra-se a importância do crime de corrupção privada.

Ademais, a necessidade de proteção da economia torna-se ainda mais latente nos dias de hoje, a partir dos efeitos da globalização. Esta, com a facilitação da troca de informações e com a união dos mercados, tornou as relações econômicas ainda mais complexas. Assim, com a agilidade no deslinde dos negócios, aliada à criação de paraísos fiscais, todas consequências da globalização, observa-se uma expansão cada vez maior do fenômeno corruptivo¹².

Dessa forma, tendo em vista os diversos efeitos negativos causados pela corrupção à economia, conforme demonstrado, e a amplificação desses efeitos com o novo panorama de união dos mercados na modernidade, a intervenção do Direito Penal parece imprescindível. Nesse sentido, considera Sergio Seminara que a corrupção, vem, nos dias atuais, recebendo uma nova roupagem, onde se misturam interesses públicos institucionais e interesses privados, de natureza econômica e concorrencial, impostos pela globalização dos mercados e pela necessidade de se assegurar uma correta utilização dos recursos econômicos¹³.

Da mesma forma, com a internacionalização dos mercados, a partir da globalização, acabaram-se colocando lado a lado algumas empresas em relação à competição no cenário internacional. Como consequência, percebe-se que, se antes o cenário competitivo restringia-se a empresas nacionais de determinados Estados, hoje, essas barreiras encontram-se superadas e vê-se uma competição em nível mundial. Assim como na corrupção de agentes públicos

sistema orientado pela corrupção acaba aumentando o risco e as incertezas para os operadores de mercado, além de aumentar os custos de investimento, em razão do pagamento da propina e da impossibilidade de dedução fiscal. Além disso, os seus efeitos podem afetar também a demanda, em razão do aumento dos custos de produção, com consequências negativas para a capacidade competitiva. Galeazzi, 2003: 182 e ss.

11 Santos, 2009: 17. Ainda, sobre esta última espécie de corrupção, ver Mongillo, 2012.

12 Bernal, 2015: 177 e ss.

13 Seminara, 2003: 162.

estrangeiro¹⁴, torna-se imprescindível a homogeneização da regulação pelos Estados em relação à corrupção privada, a fim de estabelecer igualdade de tratamento às diferentes empresas. Por exemplo, em um mercado global, o que não poderia fazer a Volkswagen, na Alemanha, também não poderia fazer a Fiat, na Itália, sob pena de se criar uma situação de vantagem de uma em relação à outra. Logo, na medida em que um Estado incriminasse a corrupção entre particulares, e outro não, ter-se-ia uma desigualdade no tratamento entre as empresas dos respectivos Estados¹⁵.

Além disso, a relevância do combate à corrupção no setor privado, nos dias atuais, também restou evidenciada pelo recente fenômeno das privatizações ocorridas em alguns segmentos da economia, como nos setores de água, luz, telecomunicações, saúde e educação, por exemplo. Com a privatização de empresas que antes eram consideradas públicas, acabaram-se criando lacunas de punibilidade em relação à corrupção ocorrida nesses setores, que antes eram abrangidos pela corrupção pública¹⁶.

3. O TRATAMENTO DA CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO EM FACE DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

Diante dos diversos prejuízos ocasionados à economia global pela prática da corrupção privada, instâncias internacionais e supranacionais passaram a dirigir aos Estados mandados e orientações no sentido de criminalizar esta forma de corrupção. A análise destes instrumentos passa a ser de suma importância para uma adequada compreensão da corrupção no setor privado, pois estes constituem o modelo que os Estados devem seguir para a sua incriminação. Em razão da amplitude desses documentos emanados pela ordem internacional, restringir-se-á a sua análise ao problema dos interesses tutelados pelo delito.

Nessa perspectiva, tratar-se-á dos seguintes instrumentos internacionais: (1) Ação Comum 98/742/JAI do Conselho da União Europeia, (2) Convenção

14 Sobre esta dispõe a Convenção da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que trata da corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais.

15 La Torre & Cerina, 2011: 172.

16 Adán Nieto Martín refere três espécies de privatizações: privatização material, fuga ao direito administrativo e privatização funcional. A primeira ocorre nas situações em que uma atividade que antes pertencia exclusivamente ao poder público passa a ser abrangida também pelo setor privado. Por sua vez, a segunda trata da hipótese em que a própria administração desempenha a sua atividade nos termos do regime jurídico do direito privado. Já a terceira se dá nos casos em que, detendo a competência de determina atividade, o Estado apenas transfere a execução desse serviço a uma pessoa jurídica de direito privado (Martín, 2002: 62-65).

Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, (3) Decisão Quadro 2003/568/JHA do Conselho da União Europeia e (4) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

3.1. Ação Comum 98/742/JAI do Conselho da União Europeia

Em nível europeu, o primeiro instrumento jurídico supranacional sobre a corrupção privada foi a Ação Comum 98/742/JAI, adotada pelo Conselho da União Europeia em 22.12.1998. Esta veio a ser posteriormente substituída pela Decisão-Quadro 2003/568/JAI, em 22.07.2003, que será tratada posteriormente. Contudo, considera-se de suma importância a sua análise para fins de verificação do desenvolvimento do combate à corrupção privada na ordem internacional.

Por certo, a partir de seu preâmbulo, pode-se constatar que a Ação Comum tem origem no sentido de uma política dos Estados europeus de combate à criminalidade organizada, relacionada diretamente a uma estratégia global de luta contra a corrupção. Ainda, pelo disposto em seu preâmbulo, percebe-se que a Ação Comum visava à tutela da concorrência leal e do bom funcionamento do mercado interno e internacional¹⁷.

A previsão da corrupção passiva no setor privado é dada pelo artigo 2º, n. 1¹⁸, da Ação Comum¹⁹. Esta define a corrupção privada como um crime próprio, que tem como sujeito ativo as pessoas definidas no artigo 1º, que pode abranger tanto àquelas que detêm altos cargos na empresa, como diretores e membros do órgão de administração, como também os empregados ou qualquer sujeito que preste seus serviços a uma pessoa individual ou coletiva,

17 “Having regard to the report of the High-level Group on Organised Crime, which was approved by the European Council meeting in Amsterdam on 16 and 17 June 1997, and more particularly Recommendation No 6 of the Action Plan to combat organised crime of 28 April 1997 (1), which provides for the development of a comprehensive policy against corruption, [...] Whereas corruption distorts fair competition and undermines the principles of openness and freedom of markets, and in particular the smooth functioning of the internal market, and also militates against transparency and openness in international trade [...]”

18 “[...] the deliberate action of a person who, in the course of his business activities, directly or through an intermediary, requests or receives an undue advantage of any kind whatsoever, or accepts the promise of such an advantage, for himself or for a third party, for him to perform or refrain from performing an act, in breach of his duties [...]”

19 Importante ressaltar que as diferentes traduções dos dispositivos, não só da Ação Comum do Conselho da União Europeia, mas também dos demais instrumentos internacionais que serão analisados posteriormente neste texto, pode conduzir a diferentes interpretações. Dessa forma, optar-se-á por sua compilação na língua inglesa, por ser a forma original das respectivas diretivas e convenções.

com ou sem vínculo empregatício, como os advogados ou representantes comerciais²⁰.

Ademais, exige-se que a conduta do corrupto seja praticada em violação de suas funções²¹. Com isso, considerava-se como crime apenas a corrupção própria, praticada em violação das obrigações estatutárias ou profissionais do agente. Dessa forma, para parcela da doutrina, este dispositivo teria como fim a tutela dos interesses do empreendedor em face de condutas desleais de seus dependentes²². Por outro lado, a opinião majoritária considerava a concorrência leal e o correto funcionamento da economia de mercado como bem jurídico tutelado²³.

Diante do exposto, a partir de uma interpretação sistemática da Ação Comum, poder-se-ia concluir que o bem jurídico primordial a ser tutelado pelo crime de corrupção privada era, sim, a concorrência e o correto funcionamento do mercado. Contudo, a incriminação era restrita aos casos de corrupção própria, nos quais a conduta era praticada pelo sujeito em contrariedade às suas funções²⁴.

Dessa forma, a ocorrência do delito pressupunha a lesão aos interesses do empresário. Todavia, os interesses tutelados eram também externos àquela relação estabelecida entre principal-agente. Dentre estes, poder-se-ia referir àqueles interesses de natureza individual, como o patrimônio dos consumidores e dos demais concorrentes. E, ainda, um interesse de natureza supraindividual, entendido como a concorrência leal e o correto funcionamento do mercado²⁵.

3.2. Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa:

Logo após o advento da Ação Comum do Conselho da União Europeia, surge a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, de 1999, com

20 Arzamendi & Cordero, 2003: 53; Cabana, 2016: 74.

21 Conforme o artigo 1º da Ação Comum, caberia ao direito nacional de cada país a definição do que se entenderia por violação de funções, devendo a expressão incluir, como mínimo, "any disloyal behaviour constituting a breach of a statutory duty, or, as the case may be, a breach of professional regulations or instructions, which apply within the business of a 'person' as defined in the first indent".

22 Gontijo, 2016: 56-57; Cabana, 2016: 72.; Oliva, 2009: 112.

23 Militello, 2003: 361; Martín, 2002: 57; La Rosa, 2011: 58-59. Já no âmbito da Decisão Quadro, mas que manteve as mesmas orientações da Ação Comum anterior no que diz respeito aos interesses tutelados (Seminará, 2013: 62).

24 Armazendi & Cordero, 2003: 68-69.

25 Militello, 2003: 361; Armazendi & Cordero, 2003: 74; La Rosa, 2011: 60-62.

a finalidade de promover a harmonização dos ordenamentos nacionais em matéria de combate à corrupção²⁶.

Quanto à corrupção privada, a Convenção apresenta três principais motivos para a sua incriminação pelos Estados: a proteção da confiança, lealdade e sigilo nas atividades econômicas; a proteção da concorrência; e o fenômeno das privatizações de serviços públicos²⁷.

A corrupção ativa e passiva no setor privado é definida pelos artigos 7º e 8º da Convenção, respectivamente. Quanto à segunda, os sujeitos que podem integrar o polo ativo do crime são aqueles que desempenham qualquer tipo de atividade para a entidade do setor privado, incluindo-se todas as pessoas que possuem vínculo empregatício, e também aquelas que possuem vínculo não trabalhista ou desempenhem funções de maneira não permanente, como advogados, consultores, contadores e agentes comerciais²⁸. Assim, tem a corrupção privada a sua base na relação entre uma pessoa que trabalha para uma entidade privada, de natureza física ou jurídica, e que exerça atividades comerciais²⁹.

Ainda, pune-se a corrupção apenas em sua forma própria, exigindo-se que a conduta do agente seja realizada em contrariedade às suas funções. Esta expressão deve ser interpretada de forma ampla, abrangendo as normas de natureza particular que regulam a relação do sujeito com a entidade, como o contrato e os códigos de ética, mas não apenas isso. Deve-se incluir também a obrigação de o agente agir e se portar conforme os estritos interesses do seu principal, sob pena de violação do dever de lealdade ínsito a esta relação³⁰.

26 Spena, 2007.

27 Explanatory Report. Disponível em: <https://rm.coe.int/16800cce44>. Acesso em 06 fev. 2017. p. 11. Ainda, sobre o papel desempenhado pelo Conselho da Europa no combate à corrupção (Mongillo, 2012: 485 e ss.)

28 Quanto à responsabilização das pessoas detentoras de altos cargos na sociedade, a doutrina diverge em relação à possibilidade de responsabilização dos sócios. A favor da possibilidade de sua responsabilização: Arzamendi & Cordero, 2003: 48. Em sentido contrário: Mongillo, 2012: 494.

29 Flore, 1999: 68. Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho da Explanatory report: "This provision prohibits bribing any persons who "direct or work for, in any capacity, private sector entities". Again, this a sweeping notion to be interpreted broadly as it covers the employer-employee relationship but also other types of relationships such as partners, lawyer and client and others in which there is no contract of employment". p. 11

30 Explanatory Report, p. 12: "Rights and obligations related to those relationships are governed by private law and, to a great extent, determined by contracts. The employee, the agent, the lawyer is expected to perform his functions in accordance with his contract, which will include, expressly or implicitly, a general obligation of loyalty towards his principal, a general obligation not to act to the detriment of his interests. Such an obligation can be laid down, for example, in codes of conduct that private companies are increasingly developing. The expression, "in breach of their duties" does not aim only at ensuring respect

Com isso, incriminar-se-ia a violação do dever de lealdade do funcionário, que deveria agir em conformidade com as obrigações estabelecidas e com os interesses de seu principal. Assim, conforme Daniel Flore, a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa teria como objetivo exclusivo a proteção da empresa, por meio da tutela das relações internas de confiança entre mandatário e mandante, e não a proteção da concorrência³¹.

3.3. Decisão Quadro 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia

Após, em 22.07.2003, surge a Decisão Quadro 2003/568/JAI do Conselho da União Europeia, que derogou a Ação Comum n. 98/724/JAI. Elaborada no contexto dos objetivos da União, busca a harmonização³² da legislação dos Estados Membros com o estabelecimento de regras mínimas a respeito da incriminação e das sanções aplicáveis no âmbito da corrupção no setor privado.

Nesses termos, a adoção pelos Estados Membros da União Europeia das disposições estabelecidas na Decisão Quadro é de natureza obrigatória, e sujeita à fiscalização do Conselho, nos termos do seu artigo 9º. Em seu preâmbulo, a Decisão Quadro reconhece, desde logo, a corrupção como uma ameaça ao Estado de Direito, por causar a distorção da concorrência na aquisição de bens ou serviços comerciais e impedir um desenvolvimento econômico sólido.

Os delitos de corrupção privada, em sua forma ativa e passiva, vêm previstos, respectivamente, nos artigos 2º, n. 1, “a” e 2º, n. 1, “b”, podendo as condutas neles descritas abrangerem a corrupção praticada no interno de entidades com ou sem fins lucrativos. Com isso, elimina-se a dúvida até então existente sobre o âmbito de aplicação dessa forma de corrupção, sendo fundamental para o seu combate a inclusão dessas entidades sem fim lucrativo, sob pena de se deixar lacunas na punição de situações relevantes e de elevado grau de desvalor. Os recentes casos de escândalos de corrupção envolvendo a Fifa e a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) tornaram isso evidente. Estes envolveram o suposto recebimento de valores pelos dirigentes dessas entidades, em troca da concessão de direitos comerciais sobre torneios a empresas de

for specific contractual obligations but rather to guarantee that there will be no breach of the general duty of loyalty in relation to the principal's affairs or business”.

31 Flore, 1999: 68; Arzamendi & Cordeiro, 2003: 49. Em sentido contrário, defendendo a tutela da concorrência leal pela Convenção: Mongillo, 2012: 494.

32 Sobre a aproximação de leis penais promovida pela União por meio da harmonização das legislações dos Estados: Klip, 2009: 23; Rodrigues, 2008: 94; Pinto, 2009: 822-823.

marketing desportivo, sendo que os fatos sob investigação teriam circundado transações envolvendo milhões de dólares³³.

Ademais, em relação à obrigatoriedade de incriminação, dispunha-se aos Estados Membros a faculdade de limitar o âmbito de incidência da corrupção privada às atividades que causem, ou possam causar, a distorção da concorrência quando da aquisição de bens ou serviços comerciais, nos termos do artigo 2º, n. 3. Em uma primeira análise, tal dispositivo parece contraditório aos interesses tutelados pela Decisão Quadro. Afinal, se o seu próprio preâmbulo destaca o objetivo de tutela da concorrência, qual o objetivo de se admitir uma limitação circunscrevendo-se o tipo penal à tutela deste mesmo bem jurídico?

Dessa forma, essa determinação deixa claro a existência de interesses outros, que não apenas a proteção do mercado, na incriminação da corrupção no setor privado³⁴. Assim, para além dos interesses externos à relação estabelecida entre principal-agente, poder-se-ia admitir que o crime visaria também tutelar a relação interna destes últimos, violada com o suborno do representante. Isso ocorreria, ressalte-se, na medida em que o tipo penal exige que a conduta do agente seja realizada na violação de seus deveres³⁵ para com o principal³⁶.

33 Consultor Jurídico. Caso Fifa, mesmo que comprovado, não pode ser considerado crime no Brasil (05.06.2015), disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/brasil-fifa-nao-considerado-crime-corrupcao>; CONSULTOR Jurídico. Caso Fifa mostra a fragilidade da ordem jurídica do país no assunto (01.06.2015), disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-01/contrado-gontijo-fragilidade-ordem-juridica-brasileira-escandalo-fifa>.

34 Nesse sentido, afirmando o alargamento do âmbito do que se visa tutelar com a corrupção privada para além da proteção do mercado, o relatório da Comissão dirigida ao Conselho da União Europeia parece deixar aos Estados a decisão quanto ao alcance da incriminação da corrupção privada: “Article 2 is the key Article of the 2003 Framework Decision. It not only combines the definitions and offences relating to active and passive corruption respectively, but broadens the scope of the offences beyond the internal market, unless a Member State explicitly makes a Declaration retaining such a limit. Article 2 proved highly problematic for most of the 20 Member States. Only two (BE, UK correctly transposed all its elements. However, with the exception of one requirement within Article 2(1), PT and IE otherwise did so too. While it can be said that Member States have to some extent criminalised active and passive corruption in the private sector, there are a number of issues which States failed to address adequately. This is a grave concern, as the omitted elements mean that the legislation could be easily circumvented. Member States are requested to address these gaps as a matter of urgency”. Report from the Commission to the Council based on the article 9 of the Council Framework Decision 2003/568/JHA. Document COM (2007) 328 final. Brussels, 18.06.2007. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0328&rid=7>.

35 Em seu artigo 1º, a Decisão Quadro define a expressão como sendo “any disloyal behaviour constituting a breach of a statutory duty, or, as the case may be, a breach of professional regulations or instructions, which apply within the business of a person who in any capacity directs or works for a private sector entity”. Ainda, defendendo a interpretação da expressão de uma forma ampla, no sentido de abarcar qualquer conduta do funcionário praticada em contrariedade aos interesses do principal: Huber, 2001: 483.

36 Díez, 2008: 230-231; Oliva, 2009: 112-113.

Por outro lado, não há como negar também que a potencialidade lesiva da corrupção privada estaria, principalmente, na alteração do correto funcionamento do mercado³⁷. Desse modo, o crime é considerado a partir de um perigo abstrato à lesão da concorrência, quando o objeto da corrupção estiver relacionado à aquisição de bens ou serviços³⁸. Além disso, a referida cláusula restritiva hoje não mais se encontra em vigor, por ter decorrido o período de cinco anos da implementação da Decisão Quadro, e não ter sido renovada nos termos do artigo 2º, n. 4. Assim, atualmente, todos os Estados teriam a obrigação de estabelecer uma incriminação dos atos corruptivos privados nos moldes determinados pelo Conselho da União Europeia, como um crime de perigo abstrato.

Em síntese, pode-se concluir que a Decisão Quadro adota, sim, um modelo público de incriminação. Este tem a concorrência leal e o correto funcionamento do mercado como os principais interesses tutelados. Contudo, esse modelo público não é adotado de forma exclusiva, na medida em que a realização típica pressupõe também a lesão aos interesses do principal. Assim, a tutela da concorrência encontra-se limitada pela violação de deveres pelo corrupto, que vai ocorrer quando este, mediante o recebimento de uma vantagem, tem as suas ações voltadas para o atendimento de interesses outros, que não os de seu empregador³⁹.

3.4. Convenção da ONU contra a corrupção

Em nível global, a Convenção da ONU contra a Corrupção, adotada em 2003, pode ser considerada como o instrumento internacional mais importante e completo em matéria de combate à corrupção. A Convenção internacional contém disposições relativas tanto à prevenção, como à repressão do fenômeno corruptivo, além de dispor sobre cooperação internacional e recuperação de bens⁴⁰. Quanto à corrupção privada, a Convenção define o crime, em seu artigo 21, em suas formas ativa e passiva.

Em relação ao modelo de incriminação da corrupção privada que teria sido adotado pela Convenção da ONU sobre Corrupção, diversas foram as propostas

37 Diéz, 2008: 229; Pascual, 2007: 7; Seminara, 2013: 62; La Torre, 2011: 187-188; González, 2013: 178-179.

38 Seminara, 2014: 194-196.

39 Martín, 2002: 57; Seminara, 2017: 21-22.

40 Para uma visão geral da Convenção da ONU contra a corrupção: Mongillo, 2012: 556 e ss.

de redação do dispositivo da corrupção entre particulares submetidas ao Comitê *ad hoc*, que acabaram por influenciar a sua redação atual. A primeira, realizada pelas delegações da Áustria e dos Países Baixos, amparava-se na adoção de um modelo público de incriminação, que tinha como objetivo a proteção de bens jurídicos de natureza supraindividual, como a concorrência e o correto funcionamento do mercado. Já uma segunda proposta, submetida ao Comitê *ad hoc* pela delegação do México, baseava-se em um modelo privado de incriminação da corrupção entre particulares.

Nenhuma dessas propostas, frisa-se, exigia a atuação do agente na violação de seus deveres. Contudo, no segundo caso, a conduta do sujeito deveria causar um prejuízo à entidade na qual trabalhe, o que demonstra a adoção de um modelo privado de tipificação, que levaria em conta apenas a proteção dos interesses patrimoniais da entidade do setor privado para a qual o corrupto prestasse seus serviços.

Durante as discussões que se seguiram para a implementação da Convenção da ONU, a maioria dos Estados foram favoráveis à incriminação da corrupção no setor privado, tendo em vista a sua grande importância na era da globalização e a sua influência em relevantes aspectos da vida econômica e social. Contudo, algumas delegações apresentaram seu receio em estabelecer uma obrigação internacional de criminalizar a corrupção privada, em razão da possibilidade de se perturbar o normal desenvolvimento da atividade econômica com a intervenção do Direito Penal. Para que isso não ocorresse, sugeriu-se que esta se desse apenas nos casos de violação do “interesse público”⁴¹.

Curiosamente, o resultado final da Convenção da ONU não incluiu a exigência de verificação de prejuízo à entidade privada, mas acrescentou que a conduta do sujeito deveria ocorrer “em violação de suas funções”. O acréscimo dessa expressão acabou causando algumas divergências a respeito do entendimento em relação ao modelo de incriminação adotado pela proposta de redação, pois, apesar de direcionada para a tutela de um bem jurídico público, entendido como a concorrência e o correto funcionamento do mercado, também se exigia a violação da relação de confiança e lealdade nas relações privadas⁴².

41 Documento A/AC.261/3/Rev.3. p. 35.

42 Militello, 2003: 368; La Torre, 2011:194.

3.5. Um breve balanço a respeito do tratamento da corrupção privada pelos instrumentos internacionais

Tendo em vista o tratamento da corrupção no setor privado pelos instrumentos internacionais, é de se observar que os delitos são considerados em sua forma unilateral, ativa e passiva. Desse modo, a sua punibilidade é autônoma e independente da celebração do pacto corruptivo. Com isso, para a consumação dos crimes, bastaria a promessa, o oferecimento ou a entrega, pelo corruptor, bem como a solicitação ou o recebimento da vantagem, pelo corrupto, com o fim de que este execute um ato, em violação de suas funções.

Ainda, à luz desses instrumentos internacionais, somente seria punível a corrupção própria e antecedente, ou seja, o recebimento do suborno deve anteceder à conduta do sujeito, e ocorrer em violação de suas funções⁴³. Por esta deve-se entender qualquer ato praticado pelo agente em contrariedade aos interesses do principal. Desse modo, o seu entendimento não pode se restringir aos aspectos meramente legais ou contratuais que regem a relação entre principal e agente, mas a um dever deste último em atender única e exclusivamente os interesses do primeiro. Assim, considera-se que o recebimento de uma vantagem, pelo funcionário, para a prática de um determinado ato já seria suficiente para a tipificação do crime⁴⁴.

Nessa perspectiva, a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa adota um modelo privado de incriminação, tutelando apenas a confiança e a lealdade nas relações privadas. Por outro lado, a Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção e a Decisão Quadro do Conselho da União Europeia têm a concorrência e o correto funcionamento do mercado como os principais interesses tutelados pelo delito, dentre os quais pode-se incluir, também, os interesses individuais dos demais sujeitos atingidos pela prática corruptiva, como os consumidores e concorrentes⁴⁵.

Estes últimos consideram a corrupção privada como um crime de perigo, cuja punibilidade estaria justificada pela mera colocação em perigo da concorrência

43 Seminara, 2014:171-198.

44 Nesses termos, veja-se a já citada Explanatory Report da Convenção do Conselho da Europa sobre Corrupção. p. 12.

45 Spena, 2007:826-831. Nesse sentido, o autor faz uma distinção entre a tutela da concorrência micro e macroeconômica. A primeira levaria em conta os interesses individuais dos operadores do mercado, como os consumidores e os demais concorrentes. Já a segunda teria como objetivo a manutenção do funcionamento do mercado, a partir de sua estrutura como um todo.

e do correto funcionamento do mercado⁴⁶. Assim, antecipar-se-ia a sua tutela penal, por meio da previsão autônoma da corrupção privada em suas formas ativa e passiva⁴⁷. Desse modo, a verificação da efetiva celebração do pacto corruptivo, ou de sua execução, restariam irrelevantes para a consumação dos crimes⁴⁸.

Contudo, a Decisão Quadro e a Convenção da ONU não adotam um modelo puro de proteção da concorrência, porque, ao subordinar a ocorrência do crime a uma violação dos deveres funcionais pelo agente, incorporam também um modelo privado de incriminação, subordinando a ocorrência do crime a uma lesão dos interesses do principal⁴⁹. Introduzida com o fim de limitar o âmbito aplicativo da incriminação, esta restrição acaba por conduzir a duas perplexidades: a impossibilidade de responsabilização do principal, bem como a correlativa responsabilização da pessoa jurídica, quando os atos de corrupção por estes praticados venham a afetar exclusivamente a livre concorrência e os interesses de terceiros⁵⁰.

Nesse contexto, se por um lado acaba-se excluindo os interesses dos consumidores e demais concorrentes do âmbito de proteção da norma⁵¹, considera-se que uma incriminação baseada na tutela exclusiva desses interesses seria demasiadamente indeterminada, e susceptível de abarcar comportamentos penalmente irrelevantes. Isso porque, em uma área prevalentemente abrangida por negócios e relações comerciais, como a esfera econômica, em determinadas situações torna-se muito difícil distinguir o suborno corruptivo das vantagens normalmente concedidas no tráfico comercial^{52/53}.

46 Seminara, 2013:195-196.

47 Sobre a antecipação da tutela penal nos crimes de corrupção, embora utilizada com um sentido diverso ao aqui exposto: Forti, 2003:1132-1133; Spina, 2007: 817-818.

48 Militello, 2003: 360-362.

49 Seminara, 2013: 722-723.

50 Seminara, 2017: 29.

51 Bartoli, 2017: 7.

52 Vogel, 2003: 97. Nesse sentido, um caso interessante e ao mesmo tempo ilustrativo é o da corrupção privada ocorrida no meio médico. Neste, indústrias farmacêuticas estão constantemente a oferecer aos médicos diversos tipos de vantagens, como viagens e seminários em hotéis de luxo, a fim de divulgar seus produtos. Sobre essa prática, apresentam o argumento de que a sua conduta seria lícita, por ser considerada como socialmente admitida e fazer parte de suas próprias estratégias comerciais (Gómez, 2015: 3-4).

53 Esta situação poderia ser evitada com o estabelecimento de um parâmetro máximo em relação às vantagens concedidas em determinadas espécies de relações comerciais, a partir do qual os benefícios passariam a ser considerados como penalmente relevantes.

Por outro lado, uma concepção exclusivamente privatista dos interesses tutelados pelo delito não seria compatível com a antecipação da tutela penal requerida pela ordem internacional, pois, nesse caso, a ocorrência de um dano à entidade privada seria imprescindível, sob pena de violação ao princípio da lesividade⁵⁴. Além disso, a violação dos interesses patrimoniais da entidade privada pelo abuso no exercício do poder conferido ao representante já é tutelada pelo crime de infidelidade patrimonial, ou administração desleal^{55/56}.

Dessa forma, considera-se que somente uma interpretação publicística dos interesses tutelados pela corrupção seria compatível com a antecipação da tutela penal requerida pelos instrumentos internacionais, equiparando-se, com isso, os mecanismos de incriminação da corrupção privada àquela praticada no âmbito público, quanto à autonomia da punibilidade das corrupções ativa e passiva⁵⁷. Justamente com base nessa noção de corrupção que alguns Estados, como a Suécia, optaram por adotar um modelo de tutela unitário, abarcando em um único tipo penal a corrupção em suas formas pública e privada. Embora se considere que, em termos político-criminais, esta não seja a melhor alternativa, em razão da diversidade de bens jurídicos protegidos⁵⁸, é importante aqui destacar a identificação quanto à natureza pública dos interesses tutelados em ambas as formas de corrupção.

54 Seminara, 2017: 23.

55 Martín, 2002: 58.

56 No contexto austríaco, a Suprema Corte durante muito tempo adotou uma interpretação extensiva do delito de infidelidade. Para o Tribunal, o crime consistia na atuação do representante em atos jurídicos realizados em desconformidade com os interesses do representado, como, por exemplo, na estipulação de contratos. Exigia-se, também, que essa atuação desconforme resultasse no recebimento de alguma vantagem pelo representante, ainda que o contrato houvesse sido estipulado de maneira lícita, e estivesse perfeito em relação ao seu conteúdo. Com base nessa extensiva interpretação, a Suprema Corte conseguia abarcar no crime de infidelidade até mesmo os delitos de corrupção (Bertel, 1988: 43 e ss).

57 Importante ressaltar que esta identificação se dá apenas em parte, uma vez que diversos são os bens jurídicos tutelados pelos delitos. Ainda, enquanto se defendeu aqui a incriminação da corrupção privada com base em um crime de perigo, ressalva-se o entendimento de Antônio Almeida Costa em relação à natureza da corrupção pública. Esta, conforme o autor, seria um crime de dano. Considerando a autonomia intencional do Estado como o interesse tutelado nesta forma de corrupção, o núcleo do delito residiria no “mercadejar” com o cargo, constituindo “uma efectiva violação da esfera de actividade do Estado, traduzida numa ofensa à sua “autonomia funcional” (Almeida Costa, 1999: 661-662).

58 Enquanto na corrupção pública exige-se o dano à credibilidade da instituição ou ao seu correto funcionamento, no âmbito privado, a corrupção poderia ser sancionada com base no perigo representado ao interesse público, seja a concorrência ou o regular funcionamento do mercado, pelo abuso de função do agente (Seminara, 1993: 992).

4. O TRATAMENTO PENAL DA CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO PELOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS

Realizada a análise do tratamento dispensado à incriminação da corrupção privada pela ordem internacional, dedicar-se-á atenção à abordagem do crime em face dos direitos nacionais. Para isso, considerar-se-ão as legislações de Brasil, Portugal e Itália sobre a matéria. Por fim, indagar-se-á sobre a sua correspondência ao disposto nos instrumentos jurídicos internacionais, tendo em vista os interesses tutelados pelas respectivas incriminações.

4.1. A experiência brasileira

O Brasil não possui um tipo penal específico para a corrupção praticada no setor privado. O que existe atualmente na legislação penal brasileira são alguns tipos penais que abarcam somente algumas condutas relacionadas àquela. Esta situação, ressalte-se, deve-se muito mais a uma desatenção do legislador brasileiro às recomendações emanadas pela ordem internacional, do que a uma opção pela sua não incriminação.

Uma interpretação sistemática da legislação brasileira permitiria concluir que a corrupção no setor privado preencheria os critérios de dignidade penal e merecimento de pena para a sua incriminação⁵⁹. A concorrência leal vem erigida como um dos princípios da atividade econômica pela ordem constitucional brasileira, nos termos do artigo 170 da CF. Ainda, dispõe o artigo 173, §4º, da CF, que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Nessa senda, a Lei n. 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, prevê a tipificação de crimes contra a concorrência desleal, nos termos do artigo 195, dentre os quais pode-se encontrar condutas consideradas como corrupção privada nos incisos IX e X. Estes dispositivos preveem o suborno ativo e passivo do empregado em um contexto de mercado concorrencial. Apesar de a localização do artigo 195 no capítulo relativo aos crimes contra a concorrência desleal poder levar a um entendimento de que este seria o interesse tutelado pelos delitos acima tipificados, a doutrina não é pacífica nesse sentido.

Defendendo o posicionamento acima mencionado, os autores Celso Delmanto e José Henrique Pierangeli entendem que o bem jurídico daqueles crimes seria

59 Sobre os limites da intervenção penal para a tutela de bens jurídicos: Costa Andrade, 1992: 178-184.

a liberdade de competição⁶⁰. Para outra parcela da doutrina, contudo, o bem jurídico tutelado pelo artigo 195, IX e X, da Lei n. 9.279/96 seria os interesses econômicos do empresário. Nesse sentido, conforme Claudio Bidino, em que pese a intenção do legislador em também proteger a concorrência, o objetivo primordial de tutela dos dispositivos referidos seria “resguardar os interesses econômicos dos empresários, afetados com a atitude desleal de seus empregados em favor de um competidor”⁶¹.

O segundo entendimento supramencionado seria reforçado a partir da natureza privada da ação penal atribuída aos crimes, uma vez que, nos termos do artigo 199 da Lei n. 9.279/96, eles somente serão procedidos mediante queixa. Com isso, considera-se que a ação penal privada seria incompatível com a tutela de um bem jurídico de natureza coletiva e supraindividual, como a concorrência leal⁶².

Diante da insuficiência dos dispositivos mencionados para combater os acordos corruptivos particulares, bem como da necessidade de adequar a legislação brasileira à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, incluiu-se no Anteprojeto de Código Penal uma nova proposta de tipificação da corrupção no setor privado⁶³. Com uma redação diversa daquela adotada pela Lei n. 9.279/96, propõe-se a sua incriminação de uma forma muito mais abrangente.

Contudo, apesar de sua redação estar aparentemente em consonância com os instrumentos internacionais sobre a matéria, prevendo a punição autônoma da corrupção privada em suas formas ativa e passiva, a norma parece divergir destes quanto aos interesses tutelados. O artigo 167 situa-se no Título II do Anteprojeto, relativo aos crimes contra o patrimônio, o que leva a crer que o objeto de tutela desta nova incriminação são os interesses patrimoniais do empresário⁶⁴.

60 Delmanto, 1975: 19-20; Pierangeli, 2003: 275.

61 Bidino, 2009: 241; Laufer, 2013: 178; Ferreira, 2014: 168.

62 Bidino, 2009: 243; Ferreira, 2014: 169.

63 O Anteprojeto de Código Penal brasileiro tramita atualmente no Senado Federal, por meio do Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012.

64 Ferreira, 2014: 171; Rizzo, 2012. Em sentido contrário: Laufer, 2013: 178-179. Para o autor, o legislador do Anteprojeto não teria adotado nenhum modelo de incriminação da corrupção privada, promovendo “a responsabilização do funcionário privado apenas em razão de eventual quebra de deveres funcionais junto ao empregador”.

Destarte, além de estar em dissonância com as orientações da comunidade internacional quanto aos interesses tutelados, o tipo penal é incompatível com a antecipação da tutela penal nos termos propostos, tendo em vista os princípios da lesividade e da intervenção mínima do direito penal. Nesses termos, seria ilegítima a consumação do crime sem a efetiva lesão do patrimônio⁶⁵. Não se pretende, com isso, negar a possibilidade da criminalização de condutas em razão de seu perigo abstrato, com base na técnica da antecipação da tutela penal, como ocorre, por exemplo, na corrupção pública. O que se afirma é a impossibilidade de utilização dessa técnica para a tutela de interesses patrimoniais, de natureza individual.

4.2. A experiência portuguesa

Os crimes de corrupção passiva e ativa no setor privado foram inicialmente introduzidos em Portugal por meio da Lei n. 108/2001, no âmbito das infrações contra a economia e contra a saúde pública (artigos 41-B e 41-C). Dessa forma, ao que tudo indica, tinha-se a economia como o principal interesse tutelado pelos crimes de corrupção privada, em razão da distorção da concorrência, sendo esta uma condição objetiva de punibilidade, assim como a verificação de um prejuízo patrimonial para terceiros⁶⁶.

Atualmente, a corrupção no setor privado é prevista como crime pela Lei n. 20/2008, em seus artigos 8º e 9º. Entende-se que os interesses tutelados pelas incriminações base dos dispositivos seriam a confiança e a lealdade nas relações privadas, tendo-se como núcleo do injusto a violação dos deveres funcionais pelo trabalhador do setor privado⁶⁷.

Ademais, não se poderia deixar de destacar a incompatibilidade da natureza da ação penal dos crimes em análise, que são procedidos de ofício, com os interesses que, no entender da doutrina, os mesmos visariam a tutelar. Dessa forma, adotando um modelo privado de incriminação da corrupção entre particulares, entende-se que o mais correto seria condicionar o exercício da ação penal aos estritos interesses do ofendido. Isso ocorre, por exemplo, no crime de infidelidade, previsto no artigo 224 do Código Penal Português, cujo

65 Nesse sentido, considerando que o patrimônio não possui dignidade penal suficiente para justificar a criminalização de condutas que apresentem remoto risco penal: Spina, 2007: 817-818.

66 Santos, 2009: 365.

67 Bidino, 2009: 228; Almeida, 2011: 204. Esse mesmo entendimento quanto ao bem jurídico protegido foi adotado em julgado do Tribunal da Relação do Porto, de 06.03.2013 (Processo n. 269/10.2TAMTS.P1. Relator Castela Rio).

exercício da ação penal depende de queixa, nos termos do item número 3 do mesmo artigo 224⁶⁸.

Ainda, considerando os valores da lealdade e confiança nas relações privadas como os interesses atualmente tutelados pelos delitos, bem como a necessidade de violação dos deveres funcionais pelo trabalhador, seriam atípicas as condutas de recebimento de vantagem com a aquiescência do empregador ou empresário. Com isso, nos casos em que a oferta seja dirigida ao trabalhador e, também, ao empregador principal, ou quando a vantagem seja recebida por aquele com o consentimento deste, não haveria qualquer violação da relação de confiança estabelecida entre principal e agente, e, portanto, não haveria crime⁶⁹.

Além disso, é questionável a punibilidade da conduta do agente que, possuindo mais de uma opção de escolha, recebe uma vantagem para agir em determinado sentido. Ou seja, o trabalhador tem sua conduta determinada pelo recebimento de uma vantagem não consentida por seu principal, ainda que da sua ação não se possa verificar prejuízos econômicos para este último. Exemplifica-se com o seguinte caso: um funcionário de um determinado supermercado, responsável por organizar os produtos nas prateleiras, aceita uma vantagem de um fornecedor para colocar os produtos deste nas estantes mais altas e com maior visibilidade.

A resposta a este problema passa diretamente pelo entendimento da expressão “violação de seus deveres funcionais”, por parte do funcionário corrupto. Caso se dê uma interpretação ampla à expressão, associando-a ao caráter secreto da vantagem recebida pelo funcionário sem o conhecimento do principal, tal qual o referido no já citado *Explanatory report* da Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, haveria crime. Por outro lado, caso se adote uma interpretação restritiva, ligando o incumprimento de deveres tão somente ao sucessivo ato de execução do acordo corruptivo, e contrário às leis ou regulamentos profissionais relativos à atividade do sujeito, como previsto na Decisão Quadro, o fato não seria punível, pois esta conduta fazia parte das opções de escolha do agente no exercício de sua atividade.

Para a superação do problema, considera-se que a pergunta essencial a ser respondida é se a conduta do agente violou os interesses do empresário.

68 Ainda que os interesses tutelados pelos delitos não sejam exatamente os mesmos, a comparação é válida na medida em que ambos visariam à proteção dos interesses do empregador, seja a partir de uma relação de confiança entre este e seu empregado, ou, ainda, de seus interesses patrimoniais.

69 Bidino, 2009: 229; Almeida, 2011: 206.

E por interesse se deve entender qualquer tipo de prejuízo causado ao principal, não somente de natureza econômica, uma vez que o bem jurídico protegido pela norma é a confiança e lealdade nas relações privadas, e não o patrimônio. Assim, pode-se entender que, quando demonstrado, no caso concreto, que a corrupção privada violou algum tipo de interesse do empresário, seja em relação ao patrimônio, à imagem, ou mesmo ao modo como se portam seus empregados, haverá crime.

Por outro lado, o legislador português não se omite em relação à tutela da concorrência, ao prever, nos artigos 8º, n. 2 e 9º, n. 2, as figuras de corrupção passiva e ativa qualificadas, respectivamente, quando a conduta apresentar perigo à distorção da concorrência ou ao patrimônio de terceiros⁷⁰. Para a sua tipificação, considera-se suficiente a mera aptidão da conduta para esse fim⁷¹. Contudo, mesmo nesse caso, não se prescinde da violação dos interesses do empresário.⁷²

Ademais, quanto às sanções penais dos delitos em análise, cabe destacar que estas receberam um substancial aumento por meio da Lei n. 30/2015. Essas alterações foram introduzidas pelo legislador português a partir das recomendações dirigidas pelo GRECO (Group of States against Corruption) à Portugal⁷³, a fim de atender ao disposto no artigo 19 da Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa.

4.3. A experiência italiana

O crime de corrupção privada foi inserido no ordenamento jurídico italiano por meio do Decreto Legislativo n. 61, de 11 de abril de 2002, quando da reforma dos crimes societários. Sob a denominação de “infedeltà a seguito di dazione o promessa di utilità”, o delito foi inserido no artigo 2635 do Código Civil. Somente em 2012, por meio da Lei n. 190, o delito passou a ser denominado de *corruzione tra privati*. Apesar de não consistir em uma criminalização antiga no sistema italiano, o crime já foi alvo de constantes modificações, tendo a

70 Almeida, 2011: 204. Para uma análise do bem jurídico de concorrência em face do direito penal português, no âmbito dos crimes de concorrência desleal previstos pelo anterior DL n. 16/95, hoje substituído pelo DL n. 36/2003 (Código da Propriedade Industrial): Faria Costa, 2003.

71 Bidino, 2009: 235-236.

72 Almeida, 2011: 206.

73 Greco RC-III (2015) 2E. Second Compliance Report. Publication: 1 April 2015. p. 3.

última ocorrida recentemente, por meio do Decreto Legislativo n. 38, de 15 de março de 2017.

Este introduziu substanciais alterações no tipo penal, com reflexos, inclusive, em relação aos interesses tutelados pela norma. Esta última reforma foi fruto de uma pressão dos órgãos internacionais exercida sobre a Itália, para que esta adequasse sua legislação às convenções com as quais se comprometeu. Contudo, apesar das reformas operadas pelo legislador italiano, o tratamento jurídico-penal da corrupção no setor privado continua em desconformidade com as convenções internacionais com as quais o país aderiu, principalmente em relação à Decisão Quadro⁷⁴.

Tradicionalmente, a criminalização da corrupção privada na Itália sempre esteve associada à tutela do patrimônio social. Inserido no Código Civil no Título relativo aos crimes societários, em sua redação original, o tipo penal restringia-se apenas ao âmbito das sociedades comerciais⁷⁵. Assim, tinha-se um modelo privado de incriminação, condicionando-se a ocorrência do crime à causação de um “nocumento alla società”⁷⁶. Com isso, centrava-se o desvalor do delito não no ato de corrupção em si, entendido como o acordo de vontades firmado entre corrupto e corruptor para a prática de um ato contrário aos seus deveres de ofício, mas no dano causado à sociedade pela execução desse ato. Diante disso, tinha-se um crime de resultado cuja consumação dependia de um duplo nexo de causalidade: a dação ou promessa de uma vantagem ao agente e a efetiva prática por este de um ato em violação de suas funções, bem como a ocorrência de um dano à sociedade em virtude da execução do ato corruptivo⁷⁷.

O crime era perseguível mediante ação penal privada, exceto no caso de haver distorção da concorrência, caso em que a ação penal assumia natureza pública⁷⁸. Contudo, mesmo nesse caso, subordinava-se o exercício da ação penal

74 Sobre a pressão exercida pelos órgãos internacionais sobre a Itália, e a relutância do legislador em se adequar aos instrumentos internacionais: Seminara, 2017: 713-715.

75 Bricchetti, 2014: 508; Bartoli, 2013: 439; La Rosa, 2011.

76 Quanto ao sentido da expressão, a interpretação majoritária da doutrina e jurisprudência era no sentido de interpretá-la de forma ampla, englobando qualquer prejuízo suscetível de valoração econômica causado à sociedade (La Rosa, 2011: 251-257; Sentenza n. 14765, Corte Suprema di Cassazione penale, Sezione quinta, julgado em 13.11.2012).

77 Bricchetti, 2014: 514; Seminara, 2013: 64.

78 A natureza privada da ação penal sempre foi alvo de críticas por parte da doutrina italiana: Seminara, 2013: 66; Militello, 2003: 705.

à ocorrência de um prejuízo causado à sociedade, uma vez que a distorção da concorrência era entendida como um ulterior evento do crime⁷⁹.

Diante desse cenário, sempre foi muito grande a pressão exercida pelas instâncias internacionais sobre a Itália, para que esta adequasse a sua legislação com as obrigações assumidas, culminando no recente Decreto Legislativo n. 38 de 15.03.2017. Contudo, apesar de direcionado para a adoção de um modelo público de incriminação da corrupção entre particulares, o novel tipo penal italiano de corrupção privada parece estar muito mais próximo de um modelo de tutela *lealístico*. Diante da não mais exigência de um prejuízo econômico à entidade do setor privado, abandona-se o modelo patrimonial com um crime que agora tem seu núcleo do injusto centrado no recebimento ou na dação de uma vantagem, ou a sua promessa, bem como a sua solicitação ou oferecimento ao agente, para a prática de uma ação ou omissão em violação das suas obrigações de ofício ou de fidelidade. Com isso, pune-se não mais o prejuízo patrimonial causado ao principal, mas a violação da relação de confiança existente entre mandante e mandatário⁸⁰.

Contudo, a racionalidade da norma entra em crise com o posterior artigo 2635-*bis*, também incluído pelo Decreto, quando prevê o delito de *istigazione alla corruzione tra privati*, para os casos em que a oferta ou solicitação da vantagem não seja aceita pela outra parte. Isso porque, com esta previsão de uma forma tentada do crime, para os casos em que não se tenha a concordância da outra parte quanto ao acordo corruptivo, como se poderia justificar a redação do tipo penal anterior? Chegar-se-ia ao paradoxo de admitir a consumação do crime de corrupção privada com a mera solicitação ou oferecimento da vantagem, mas posteriormente passar-se-ia ao delito de instigação à corrupção com a não aceitação dessa proposta⁸¹.

Essa situação apenas pode ser explicada como fruto de uma desatenção do legislador, e não para por aí, trazendo ainda mais nocivas consequências, na medida em que é apenas prevista a instigação à corrupção em relação às pessoas com funções diretivas da entidade privada. Em que pese a intenção pareça ter sido estabelecer um regime mais severo em relação à corrupção envolvendo esses sujeitos, o resultado foi completamente o contrário. Com isso, quando

79 Spena, 2013. Em sentido contrário, entendendo a distorção da concorrência como um perigo abstrato à alteração do regular funcionamento do mercado: Seminara, 2013: 67; Bricchetti, 2014: 518-519.

80 La Rosa, 2016: 3.

81 La Rosa, 2016: 2.

a corrupção envolver os sujeitos sotopostos aos cargos de direção, ter-se-á o crime consumado em suas formas ativa e passiva⁸².

Não menos problemática é a natureza da ação penal, que continua sendo perseguível à querela, com exceção da cláusula de distorção da concorrência. Diante disso, além da desconformidade com os instrumentos internacionais sobre a matéria, que propõem uma criminalização da corrupção no setor privado perseguível de ofício, coloca-se o problema sobre a efetividade de aplicação do tipo penal, decorrente da redação deste e da natureza da ação. Assim, ao se retirar a exigência do prejuízo econômico para a consumação do crime, a entidade privada perderia todo o interesse em denunciar os atos de corrupção ocorridos ao seu interno⁸³.

Ainda, a mesma dificuldade de aplicação do artigo 2635 poderia ser observada também em relação à cláusula de distorção da concorrência. Ao que tudo indica, mesmo após a reforma pelo Decreto Legislativo n. 38, o legislador parece entendê-la como um ulterior evento do crime, suscetível de demonstração concreta. Ao prever a perseguibilidade única e exclusivamente à querela para o caso em que a corrupção não ocorrer pela rejeição da outra parte, previsto no artigo 2635-*bis*, considera-se a distorção da concorrência como um evento de dano. Diante desse entendimento, a cláusula de exceção da ação penal pública perderia a sua efetividade ao condicionar a distorção da concorrência à mera solicitação, recebimento, oferta ou dação de uma vantagem. Isso porque, a sua demonstração concreta dependeria da real execução do ato de corrupção pelo agente⁸⁴.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime de corrupção no setor privado ainda se encontra em fase de construção. Mesmo nos dias de hoje, ainda não se tem uma teoria dogmática penal clara e afirmada a respeito do tipo penal em questão. Assim, no panorama internacional, é muito comum observar-se variadas divergências quanto à incriminação.

Dessa forma, apesar de consistir em um delito novo para a grande maioria dos Estados, a incriminação da corrupção privada tem sido alvo de inúmeras discussões nos planos nacional e internacional. O receio em criminalizá-la vai muito além de motivos jurídicos, pois ela envolve também interesses

82 Seminara, 2017: 721.

83 Seminara, 2017: 721.

84 La Rosa, 2016, 3; Seminara, 2017: 725-726.

supraindividuais, como o desenvolvimento da atividade econômica. Com isso, como toda intervenção penal requer muita cautela por parte do legislador, por colocar em jogo garantias individuais do indivíduo, neste caso específico, requer-se ainda mais atenção, por se estar diante de problemas complexos, como a intervenção do Estado na economia.

Por outro lado, em que pesem todas essas incertezas que permeiam a matéria, já é hora também de se expor algumas “certezas”. Em todas as legislações estudadas, seja no plano nacional ou internacional, observou-se que o delito é concebido em face de uma relação de agência. Por esta, entende-se como a relação mantida entre um principal e um agente, ao qual o primeiro outorga poderes para este agir em seu nome e representar seus interesses. Diante disso, a corrupção privada consiste justamente no rompimento dessa relação, com a violação de deveres do agente, em detrimento de seu principal, em razão do recebimento de uma vantagem concedida por um terceiro. Mas no que consiste essa violação de deveres? É aí que (re)começam os problemas.

Nesses termos, se na corrupção pública são muito claros os deveres aos quais o funcionário está submetido no exercício de suas funções, como os de agir com moralidade e imparcialidade perante a Administração Pública, por exemplo, na corrupção privada, as coisas não se colocam tão simples assim. Poder-se-ia pensar, por exemplo, nos deveres estabelecidos na lei, no contrato e nos estatutos relativos à atividade profissional do indivíduo, por exemplo. Contudo, um entendimento que se restringisse a apenas esses elementos seria demasiadamente reducionista.

Assim, considera-se a existência de um dever geral de observância, por parte do trabalhador do setor privado, dos interesses de seu principal. É o dever de agir com base nestes interesses que permeia toda a relação estabelecida entre principal-agente. Desse modo, com base nas tipificações contidas nas normas estudadas, pode-se afirmar que o rompimento dessa relação é um dos pressupostos essenciais do crime de corrupção privada⁸⁵. A partir disso, a questão já se direciona para o problema dos interesses tutelados.

Nessa perspectiva, a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, por meio de sua *Explanatory Report*, centra o desvalor da conduta no recebimento, pelo funcionário, de vantagens não autorizadas por seu

85 Não se pretende, com isso, excluir a possibilidade de construção de um crime de corrupção privada que dispense o rompimento dessa relação. A intenção é apenas ressaltar que, nos tipos penais analisados na investigação, a violação dos interesses do principal constitui elemento comum a todos eles.

empregador. Com isso, estar-se-ia já traindo os interesses do principal. Assim, para a Convenção, a incriminação teria como fundamento a tutela da confiança, confidência e lealdade indispensáveis para as relações privadas.

Por outro lado, a Decisão Quadro do Conselho Europeu promove uma importante mudança em relação à natureza dos interesses tutelados, direcionando-se para a tutela de um interesse público. Dessa forma, destaca, desde logo, em seu preâmbulo, que a corrupção constitui uma ameaça para o Estado de Direito, na medida em que distorce a concorrência em relação à aquisição de produtos e serviços, bem como impede um desenvolvimento econômico sólido. O mesmo pode se dizer quanto às orientações da Ação Comum e da Convenção Penal das Nações Unidas Contra a Corrupção.

Diante disso, concebe-se o crime com base em um perigo abstrato à distorção da concorrência e ao correto funcionamento do mercado. Nesses termos, a mera solicitação ou oferecimento de uma vantagem ao agente para a prática de um ato contrário aos seus deveres de ofício já seria suficiente para a realização do tipo penal. Não se exige, portanto, o consequente ato de execução do acordo corruptivo, nem mesmo a sua efetiva celebração.

Entretanto, nem mesmo a Decisão Quadro adota um modelo único e puro de tutela da concorrência. Até mesmo aqui o delito é construído a partir da relação de um agente que desempenhe funções trabalhistas ou de direção para uma entidade do setor privado. Desse modo, tem-se, na violação dessa relação, um dos elementos constitutivos e indispensáveis para a realização do tipo penal.

Com isso, acabam-se sobrepondo interesses que entre si parecem ser antagônicos. Se, de um lado, a Decisão Quadro se propõe a tutelar um bem jurídico de natureza pública e supraindividual, esta encontra seus limites na violação de uma relação privada, consubstanciada nos interesses do principal. Como consequência, observa-se a criação de algumas perplexidades, como a impunibilidade do empresário em relação ao crime de corrupção passiva, pois este não estaria vinculado a nenhum tipo de relação com um principal. Assim, todo o tipo de vantagem ou benefício por ele recebido poderia ser entendido como um livre exercício da atividade empresarial, ainda que da sua conduta se possa verificar uma distorção da concorrência.

Do mesmo modo, seriam atípicas as vantagens recebidas pelo funcionário com o consentimento ou autorização do empregador. Nesse caso, não havendo a violação aos interesses deste último, não se poderia falar em crime de corrupção no setor privado. O mesmo entendimento poderia ser aplicado à hipótese do agente que, possuindo mais de uma opção de ação em sua normal

atividade, opta por agir em determinado sentido em razão do recebimento de uma vantagem.

No âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais, por meio da Lei n. 20/2008, Portugal constrói uma incriminação base da corrupção no setor privado que tem como núcleo do injusto a violação dos deveres funcionais pelo trabalhador do setor privado. E, ainda, em um outro tipo penal, prevê uma forma agravada pelo resultado quando a corrupção for idônea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros. Com isso, tem-se uma forma qualificada do crime que possui como objetivo a tutela de interesses externos à entidade privada, mas que também encontra seus limites na violação da relação de lealdade e confiança entre agente e principal.

A legislação italiana, por sua vez, desde 2002, adotava um modelo patrimonial de incriminação da corrupção privada, que objetivava a tutela do patrimônio social. Todavia, recentemente, por meio do Decreto Legislativo n. 38, de 15 de março de 2017, a fim de dar cumprimento à Decisão Quadro, como expressamente afirmado pelo Decreto, a Itália alterou o seu tipo penal de *corruzione tra privati*. No entanto, muito mais que a passagem a um modelo publicístico, o que se vê é a manutenção de um modelo privado de incriminação, dessa vez adotando um modelo *lealístico*, e cuja perseguibilidade continua condicionada à querela do ofendido.

O Brasil, por outro lado, ainda não possui uma legislação completa e efetiva para a repressão da corrupção entre particulares. Desse modo, prevê a tipificação penal de somente partes desses acordos, restringindo-se ao contexto específico da violação de um dever de emprego, em face de uma relação empregatícia determinada. Essa situação, ressalta-se, muito mais que por uma opção político-criminal, deve se creditar a uma omissão do legislador penal brasileiro, que está alheio ao movimento internacional sobre a matéria.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos

2011 “Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, sobre a corrupção no comércio internacional e no sector privado (artigos 7.º a 9.º)”, in PINTO DE ALBUQUERQUE, P. & BRANCO, J. (coord.), *Comentário das leis penais extravagantes*, Vol. 2, Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALMEIDA COSTA, Antônio Manuel de

1997 *Sobre o crime de corrupção*. Coimbra: Coimbra Editora.

1999 *Comentário conimbricense do código penal*, Parte Especial, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora.

ARNONI, Marco & ILIOPOLI, Eleni

2005 *La corruzione costa: effetti economici, istituzionali e social*, Milano: Vita e Pensiero.

ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta & CORDERO, Isidoro Blanco

2003 “La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionale e di diritto comparato”, in ACQUAROLI, Roberto & FOFFANI, Luigi (org.), *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

BARTOLI, Roberto

2013 “Corruzione tra privati”, in MATTARELLA, Bernardo Giorgio & PELISSERO, Marco (org.), *La legge anticorruzione*, Torino: Giappichelli.

2017 “Corruzione privata: verso una riforma di stampo europeo?”, in *Diritto penale e processo* 1.

BERNAL, Javier Sánchez

2015 “El delito de corrupción entre particulares en el código penal español”, in CARRILLO DEL TESO, Ana E.; MYERS GALLARDO, Alfonso (coord.), *Corrupción y delincuencia económica: prevención, represión y recuperación de activos*, Salamanca: Ratio Legis Ediciones.

BERTEL, Christian

1988 “Infedeltà ed accettazione di regali da parte del rappresentante (§§153, 153a, c.p. Austriaco)”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, Cedam.

BRICCHETTI, Renato

2014 “La corruzione tra privati”, in *Diritto penale delle società* (a cura di Canzio, Giovanni, et al.), Tomo primo, Cedam.

CABANA, Patrícia Faraldo

2016 “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, Disponível em: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/3_hacia-un-delito-de-corrupcion.pdf.

CONSULTOR JURIDICO

2015 “Caso Fifa, mesmo que comprovado, não pode ser considerado crime no Brasil” (05.06.2015), disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/brasil-fifa-nao-considerado-crime-corrupcao>.

2015 “Caso Fifa mostra a fragilidade da ordem jurídica do país no assunto” (01.06.2015). disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-01/conrado-gontijo-fragilidade-ordem-juridica-brasileira-escandalo-fifa>.

COSTA ANDRADE, Manuel da

1992 “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Janeiro-Março.

DELMANTO, Celso

1975 *Crimes de concorrência desleal*, São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo.

DELMANTO, Celso

1976 *Delitos de concurrencia desleal*, Trad. de María de las Mercedes Arqueros, Buenos Aires: Ediciones Depalma.

DIÉZ, Carlos Gómez-Jara

2008 “Corrupción en el sector privado: competencia desleal y o administración desleal”, *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74.

FARIA COSTA, José Francisco de

1992 *O perigo em direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

2003 “O direito penal e a tutela dos direitos da propriedade industrial e da concorrência (Algumas observações a partir da concorrência desleal)”, Separata da obra *Direito Industrial*, vol. III (APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual), Coimbra: Almedina.

FERREIRA, Renata Rodrigues de Abreu

2014 “Corrupção no setor privado: uma questão de bem jurídico”, in *Revista Liberdades*, n. 15, Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=193.

FLORE, Daniel

1999 *L'incrimination de la corruption: Les nouveaux instruments internationaux, La nouvelle loi belge du 10 février, 1999*, La charte: Bruxelles.

FORTI, Gabrio

2003 “La corruzione tra privati nell’orbita della disciplina della corruzione pubblica: un contributo di tematizzazione”, in *Rivista Italiana di Diritto*

- e Procedura Penale*, Nuova serie, anno XLVI, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- GALEAZZI, Giorgio
2003 “Corruzione, efficienza del sistema produttivo e sviluppo economico”, in ACQUAROLI, Roberto & FOFFANI, Luigi. (org.), *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- GILI PASCUAL, Antoni
2007 “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada: contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-13.pdf>.
- GÓMEZ, Víctor Martín
2015 “Farmasponsoring e corrupción”, disponível em: <http://www.ub.edu/instituttransjus/documents/workingpapers/2015/TransJus%20Working%20Paper%202015%20GOMEZ%20Farmasponsoring%20y%20corrupcion%20ESP.pdf>.
- GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa
2016 *O crime de corrupção no setor privado*, São Paulo: LiberArs.
- GONZÁLEZ, Pilar Otero
2013 “Corrupción entre particulares (Delito de)”, *Eunomia: revista em cultura de la legalidade*, n. 3.
- GRECO RC-III (2015) 2E
2015 *Second Compliance Report*, Publication: 1.
- HUBER, Barbara
2001 “La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, Cedam.
2003 “Introduzione”, in ACQUAROLI, Roberto & FOFFANI, Luigi (org.), *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- KAUFMANN, Daniel, KRAAY, Aart & MASTRUZZI, Massimo
2007 *Measuring corruption: myths and realities*, Global Corruption Report. Transparency International, Cambridge University Press.
- KLIP, André
2009 *European Criminal Law*, Interentia: Antwerp – Oxford: Portland.
- LA ROSA, Emanuele
2011 *La repressione penale della “corruzione privata”*, Messina: JGB Edizioni.

- 2016 “Verso una nuova riforma della “corruzione tra privati”: dal modello “patrimonialistico” a quello “lealístico”, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 dicembre.
- LA TORRE, Ignacio Bergugo Gómez de & CERINA, Giorgio Dario
 2011 “Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 89, mar./abr.
- LAUFER, Daniel
 2013 “Corrupção e Direito Penal: algumas linhas sobre a corrupção no setor privado à luz da legislação brasileira”, in LAUFER, Daniel (coord.), *Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito*, Curitiba: Juruá Editora.
- MARTÍN, Adán Nieto
 2002 “La corrupción en el sector privado: reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado”, *Revista Penal*, n. 10. p. 55-69.
- MILITELLO, Vincenzo
 2003 “La corruzione tra privati e scelte di incriminazione: le incerteze del nuovo reato societario”, in ACQUAROLI, Roberto & FOFFANI, Luigi (org.), *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- MONGILLO, Vincenzo
 2012 *La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- OLIVA, Juan Ignacio Rosas
 2009 “Consideraciones para la tipificación de un delito contra la corrupción en el sector privado en España”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 99.
- PIERANGELI, José Henrique
 2003 *Crimes contra a propriedade industrial e crimes de concorrência desleal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- 1998 *Crimes de concorrência desleal (Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996 (art. 195)*, Trabalho escrito especialmente para o livro-homenagem ao Prof. Dr. Carlos A. Contreras Gomes, da Universidade Nacional de Corrientes (Argentina), disponível em: <<http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/95/86>>.
- PINTO, Inês Horta
 2009 “Os efeitos do “Direito Penal Europeu” nos sistemas sancionatórios dos Estados-Membros da União Europeia”, in ANDRADE, Manuel da Costa, ANTUNES, Maria João & SOUSA, Susana Aires de (org.). *Estudos em*

homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

RIZZO, Beatriz Dias

2012 “Corrupção entre particulares: só agora? E por que agora?”, *Boletim IBCCRIM*, n. 238.

RODRIGUES, Anabela Miranda

2008 *O direito penal europeu emergente*, Coimbra: Coimbra Editora.

SANTOS, Cláudia Cruz

2009 “A corrupção: da luta contra o crime na intersecção de alguns (distintos) entendimentos da doutrina, da jurisprudência e do legislador”, in *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora.

SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thais de

2009 *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora.

SEMINARA, Sergio

1993 “Gli interessi tutelati nei reati di corruzione”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno XXXVI, Dott. A. Giuffrè Editore: Milano.

2003 “La corruzione: problemi e prospettive della legislazione italiana vigente”, in FORNASARI, Gabriele & LUISI, Nicola Demetrio (org.), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Cedam: Padova.

2013 “Il reato di corruzione tra privati”, in *Le Società* – Anno XXXII, Wolters Kluwer Italia S.r.l, Milano.

2014 “La disciplina della corruzione pubblica e privata in Italia, alla luce degli strumenti europei e internazionali”, in COSTA, José de Faria, GODINHO, Inês & SOUSA, Susana Aires de, *Os crimes de fraude e a corrupção no espaço europeu: atas do simpósio*, Coimbra: Coimbra Editora.

2017 “Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati”, in *Diritto penale e processo*.

SPENA, Alessandro

2013 “Corruzione fra privati”, in *Diritto penale e processo: speciale corruzione*, Milano: Wolters Kluwer.

SPENA, Alessandro

2007 “Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico-criminal”, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*. Anno XX, n. 1-2, Gennaio-Giugno.

VOGEL, Joachim

2003 “La tutela penale contro la corruzione nel settore privato: l’esperienza tedesca”, in ACQUAROLI, Roberto & FOFFANI, Luigi (org.), *La corruzione tra privati: esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

CONTEÚDO E EXTENSÃO DO DIREITO À CONFIDENCIALIDADE DAS COMUNICAÇÕES ENTRE ADVOGADO E CLIENTE À LUZ DO DIREITO COMUNITÁRIO E DO DIREITO NACIONAL (PARTE II)*

*Luís Miguel Romão / Alexandre Miguel Mestre***

ABSTRACT: The confidentiality of lawyers' communications and advice has been at the very heart of a profound discussion, in particular as regards its application in competition law cases. The fact that not all EU Member States seem to have similar rules on the rights, duties and privileges given to lawyers has generated much debate as to what should be protected and who should be the professionals that are to benefit from such protection under EU law. This paper aims to discuss, in two parts, the content and reach of the right to confidentiality of the communications between lawyers and their clients within the existing legal framework of EU and Portuguese Law, in particular as regards its foundations and the treatment that it has deserved from the EU and Portuguese courts.

SUMÁRIO: 1. As evoluções mais recente no âmbito da proteção da confidencialidade na jurisprudência comunitária – os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal de Justiça no caso Azko Nobel. 1.2. Os ensinamentos a tirar da jurisprudência do TEDH; a confirmação dos princípios definidos pela jurisprudência na ordem jurídica comunitária. 1.3. A proteção da confidencialidade, a “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” e o “Tratado da União Europeia”. 2. O respeito das relações confidenciais entre

* O presente artigo é a 2ª Parte do artigo dos mesmos autores publicados no n.º 25 da Revista de Concorrência e Regulação, pp. 71-101.

** O presente artigo, incluindo a Parte I do mesmo, teve na sua génese um Parecer Jurídico do Prof. Dr. José Luís da Cruz Vilaça, em cuja elaboração os autores tiveram a honra de participar. O Prof. Dr. José Luís da Cruz Vilaça teve a amabilidade e generosidade de autorizar a respetiva publicação, após diversas atualizações e acrescentos realizados pelos ora autores. Não obstante entenderem que o presente artigo (incluindo a Parte I do mesmo) deveria ser igualmente da autoria do Prof. Dr. José Luís da Cruz Vilaça, assim não entendeu o Ilustre Prof., tendo abnegadamente disponibilizado o seu trabalho para publicação dos presentes autores. Os autores não poderiam, pois, deixar de agradecer ao Prof. Dr. José Luís da Cruz Vilaça a sua generosidade, orientação e disponibilidade para autorizar a publicação do presente artigo (incluindo a Parte I do mesmo), assim como todo o trabalho que o mesmo envolveu. Não obstante, a responsabilidade pelas omissões, deficiências e outras falhas que possam constar do presente artigo (incluído a Parte I do mesmo) são da inteira responsabilidade dos autores, assim como são as opiniões expressas pelos mesmos.

Advogados e Clientes e o seu conteúdo e alcance no Direito Português. 2.1. O segredo profissional dos advogados consagrado no Estatuto da Ordem dos Advogados. 2.2. A situação dos “advogados internos” no direito português. 2.3. As buscas, arrolamentos e apreensão de documentação de advogados. 2.4. O segredo profissional e o direito criminal. 2.5. O segredo profissional e o direito civil. 2.6. Os poderes de investigação da Autoridade da Concorrência e os seus limites. 2.7. Do segredo profissional e confidencialidade nas ações de busca e apreensão nas instalações dos Clientes.

1. AS EVOLUÇÕES MAIS RECENTE NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA – OS ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CASO *AZKO NOBEL*

Entre diversos outros importantes aspetos de procedimentos práticos da Comissão, no decurso de ações de busca e apreensão, os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância (adiante também designado “TPI”, atual Tribunal Geral) e do TJUE nos processos *Azko Nobel*¹ abordaram diversas questões que julgamos interessantes no âmbito do presente estudo.

De facto e desde logo, importa ter presente que um dos conjuntos de documentos apreendidos pela Comissão consistia em *emails* trocados entre o diretor-geral de uma das empresas (Akcro Chemicals) e um advogado inscrito na ordem dos advogados neerlandesa e que, no momento dos factos, era membro do serviço jurídico da Akzo Nobel, onde exercia designadamente o papel de coordenador para o direito da concorrência.

Ora, o TPI começou por relembrar os termos da jurisprudência AM&S e que a exigência da qualidade de advogado independente, no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 17/62, “*resulta de uma conceção do papel de advogado, considerado um colaborador da justiça e chamado a prestar, com toda a independência e no interesse superior da mesma, a assistência legal de que o cliente necessita (acórdão AM & S, n.º 24).*”²

Além disso, acrescentou o TPI, já no acórdão AM&S a equiparação dos advogados internos inscritos nas respetivas ordens profissionais e sujeitos às

1 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, ECLI:EU:T:2007:287; e acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, ECLI:EU:C:2010:512.

2 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 166.

suas regras de disciplina e deontologia aos advogados externos teria sido considerada e rejeitada pelo TJ, visto que o Advogado-Geral Sir Gordon Slynn tinha proposto expressamente, nas suas conclusões que precederam esse acórdão, que assim fosse³.

Concluiu, pois, o TPI que o TJUE teria definido o conceito de ‘advogado independente’ não de forma positiva – membro de ordem profissional ou sua sujeição a regras disciplinares e deontológicas profissionais – mas sim de forma negativa – não ligado a cliente através de relação laboral que é, estrutural, hierárquica e funcionalmente, um terceiro relativamente à empresa que beneficia dessa assistência⁴.

Por outro lado, o TPI, confrontado com um pedido subsidiário de ampliação do âmbito da proteção de confidencialidade, considerou que embora tivessem existido evoluções no direito dos Estados-membros desde o acórdão AM&S, quanto ao papel desempenhado pelos advogados internos, *“não é, contudo, possível identificar tendências uniformes ou claramente maioritárias a esse respeito nos direitos dos Estados-Membros.”*⁵

Extraíndo conclusões sobre análise de direito comparado, o TPI identificou as seguintes categorias de Estados-Membros, no que respeita à proteção da confidencialidade de comunicações dos advogados internos nos respetivos territórios:

- Número significativo que excluem os advogados internos da proteção de confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes;
- Em alguns, a questão não parecia ter sido resolvida de forma unívoca ou definitiva;
- Diversos alinham o seu regime pelo sistema comunitário, nos termos do acórdão AM&S;
- Número considerável não permite a inscrição dos advogados internos na ordem profissional respetiva e, como tal, não têm sequer o estatuto de ‘advogados’;

3 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 167.

4 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 168.

5 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 170.

- Mesmo nos que admitem essa inscrição, a mesma e a sua sujeição às regras deontológicas profissionais não implicam sempre que as comunicações com estes sejam protegidas a título da confidencialidade⁶.

Perante o argumento de que a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003 teria modernizado e feito evoluir o direito da concorrência comunitário (v.g., abolindo o sistema de notificação) e aumentado a necessidade de as empresas examinarem os seus comportamentos e definirem as suas estratégias jurídicas relativamente ao direito da concorrência, o TPI considerou que tal evolução não tinha uma incidência direta sobre a problemática das comunicações confidenciais. Mas mesmo que assim não fosse, acrescentou o TPI, tais tarefas poderiam ser empreendidas por advogados externos, em cooperação com os serviços da empresa. Assim, as comunicações entre aqueles e estes estariam protegidas por confidencialidade, pelo que o âmbito pessoal desta, tal como anteriormente definido no acórdão AM&S, não constituía “*um obstáculo real a que as empresas possam obter o aconselhamento jurídico de que necessitam e não impede os seus juristas de participar nesses exercícios de avaliação e de orientação estratégica*”⁷.

Mais acrescentou o TPI que a modernização do direito da concorrência, ocorrida sobretudo com a entrada em vigor do referido Regulamento n.º 1/2003, não significava necessariamente que os papéis respetivos dos advogados externos e dos internos a esse respeito tivessem mudado substancialmente depois do acórdão AM&S. Nem tão-pouco se poderia admitir, no entendimento do TPI, que “*comunicações puramente internas dentro de uma empresa possam escapar aos poderes de investigação da Comissão*”, visto que “*o direito comunitário da concorrência tem por destinatários as empresas*”⁸.

A alegada infração ao princípio da igualdade de tratamento e os prejuízos para a livre circulação de serviços e liberdade de estabelecimento foram

6 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 171.

7 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.ºs 172 e 173. O TPI recordou, no entanto e ainda neste contexto, as exceções relativas às “*notas que se limitam a reproduzir o texto ou conteúdo das comunicações com advogados externos que contenham pareceres jurídicos e dos documentos preparatórios elaborados exclusivamente para efeitos se de pedir um parecer jurídico a um advogado externo, no âmbito do exercício dos direitos de defesa*” (n.º 173 *in fine*).

8 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 173.

igualmente afastadas pelo TPI, posto que, quanto aos segundos nada teria ficado provado; e, quanto, ao primeiro, os advogados externos e internos estariam em situações manifestamente diferentes, pelo que o seu tratamento diferenciado não constituía qualquer infração ao referido princípio⁹.

Por fim, o TPI procurou responder ao argumento das recorrentes, do CCBE e da ECLA enquanto intervenientes, segundo o qual o direito comunitário devia conceder proteção da confidencialidade às comunicações do seu advogado interno, na medida em que tal proteção lhe era concedida pela respetiva legislação nacional. Assim, e desde logo, o TPI relembrou os termos do acórdão AM&S, segundo o qual a proteção de confidencialidade constitui uma exceção aos poderes de investigação da Comissão e tem uma influência direta sobre a atuação desta, num domínio tão essencial ao funcionamento do mercado comum como o do respeito das regras da concorrência. Depois que teria sido por esses mesmos motivos que foi desenvolvido o conceito comunitário de confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes. Em conclusão, o TPI sentenciou que *“a tese das recorrentes e das intervenientes está em contradição tanto com o estabelecimento desse conceito comunitário como com a aplicação uniforme dos poderes da Comissão sobre o mercado comum e deve, por isso, ser rejeitada.”*¹⁰

Em conformidade, o TPI rejeitou a argumentação expendida a título principal e a título subsidiário, relativa à ampliação do âmbito de aplicação pessoal da proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes, para além dos limites estabelecidos pelo Tribunal de Justiça no acórdão AM&S. Decidiu, pois e afinal, não invalidar o entendimento da Comissão de que a correspondência trocada entre o diretor geral da Akros Chemicals e o advogado interno da Akzo Nobel não devia considerar-se protegida ao abrigo da confidencialidade¹¹.

9 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 174. Relativamente ao argumento que as recorrentes pretendiam extrair a partir do acórdão do TPI de 7 de Dezembro de 1999, *Interporç/Comissão*, foi esclarecido que *“o Tribunal de Primeira Instância aplicou a exceção de divulgação fundada na confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes unicamente às trocas entre a Comissão e os seus advogados externos; em contrapartida, as comunicações da Comissão com os membros do seu serviço jurídico não foram divulgadas com base na exceção relativa à proteção do trabalho interno da Comissão (acórdão de 7 de Dezembro de 1999, Interporç/Comissão, já referido, n.º 41)”* (n.º 175).

10 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 176.

11 Cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.ºs 177 a 180.

Tendo sido o acórdão do TPI objeto de recurso para o TJUE justamente a respeito das referidas considerações, o TJUE, depois de recordar os termos do seu acórdão AM&S¹², aproveitou, em primeiro lugar e com particular interesse para a situação portuguesa, abordar de forma mais aprofundada a questão da inscrição do advogado holandês na respetiva Ordem nacional e os deveres deontológicos decorrentes da mesma. A este respeito, referiu que,

“apesar de ser verdade que as regras de direito neerlandês relativas à organização profissional, evocadas pela Azko e pela Akros, são suscetíveis de reforçar a posição do assessor jurídico na empresa, não é menos certo que as mesmas não são aptas a assegurar uma independência comparável à de um advogado externo.

Com efeito, apesar do regime profissional aplicável no caso em apreço com base nas disposições particulares do direito neerlandês¹³, o assessor jurídico não pode, sejam quais forem as garantias de que dispõe no exercício da sua profissão, ser equiparado a um advogado externo devido à situação de assalariado em que se encontra, a qual, pela sua própria natureza, não permite ao assessor jurídico afastar-se das estratégias comerciais prosseguidas pelo seu empregador e, assim, coloca em questão a sua capacidade de agir com independência profissional.

Importa acrescentar que, no âmbito do seu contrato de trabalho, o assessor jurídico pode ser chamado a exercer outras tarefas, concretamente, como no caso em apreço, a de coordenador para o direito da concorrência, que podem ter influência sobre a política comercial da empresa. Ora, tais funções apenas reforçam os laços estreitos entre o advogado e o seu empregador. Daqui resulta que, tanto devido à dependência económica do assessor jurídico como aos laços estreitos com o seu empregador, o assessor jurídico não goza de uma independência profissional comparável à de um advogado externo.”¹⁴

12 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 40 a 45.

13 De salientar que a interveniente no processo perante o TPI ordem dos advogados neerlandesa tinha referido que “em 1996, foi adotado nos Países Baixos um regulamento que autoriza expressamente que os advogados sejam empregados. A independência dos advogados empregados é garantida pela celebração de um acordo sobre as condições de emprego com os seus empregadores, conjugado com as regras disciplinares e deontológicas resultantes da sua inscrição na ordem dos advogados neerlandesa. Este acordo sobre as condições de emprego inclui um determinado número de obrigações estritas, que são suscetíveis de reforçar a independência do advogado face ao seu empregador. Além disso, esse acordo obriga o empregador a permitir ao advogado empregado que cumpra as regras disciplinares e deontológicas que enquadram o exercício da sua profissão. A ordem dos advogados neerlandesa conclui deste facto que os princípios que estão na base do acórdão AM&S exigem a proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes” – cfr. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, *Azko Nobel*, processos apensos T-125/03 e T-253/03, cit., n.º 149.

14 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 46 a 49.

Confrontado igualmente com o argumento de violação do princípio da igualdade de tratamento entre advogados internos e externos, o TJUE acrescentou que, *“apesar da sua eventual inscrição na Ordem dos Advogados e da sujeição a um determinado número de regras profissionais, um advogado assalariado não goza do mesmo grau de independência em relação ao seu empregador que um advogado que exerce a sua atividade num gabinete externo em relação ao seu cliente.”*¹⁵

Mais referiu que *“esta diferença de independência não desaparece pelo simples facto de o legislador nacional, no caso vertente o legislador neerlandês, tentar equiparar os advogados externos e os assessores jurídicos. Com efeito, essa equiparação refere-se apenas ao ato formal de autorização concedida a um jurista de empresa para exercer a profissão de advogado e aos deveres profissionais que derivam dessa inscrição na Ordem dos Advogados. Em contrapartida, este quadro jurídico não tem nenhuma incidência na dependência económica e na identificação pessoal do advogado que se encontra numa relação de emprego com a sua empresa.”*¹⁶

Em conformidade, considerou que os advogados internos e externos se encontram em posições substancialmente diferentes e que, portanto, as suas respetivas situações não são comparáveis.

A Akzo e a Akcros alegaram ainda que, atendendo aos importantes desenvolvimentos «no panorama jurídico» desde o ano de 1982, o Tribunal de Primeira Instância devia ter procedido a uma «reinterpretação» do acórdão AM&S, no que diz respeito ao princípio da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes. Para este efeito, pretendiam basear-se, por um lado, na evolução dos sistemas jurídicos nacionais e, por outro lado, na da própria ordem jurídica da União.

Contudo, o TJUE começou por lembrar que o TPI tinha procedido a uma análise de direito comparado, da qual teria resultado ainda existir um número significativo de Estados-Membros que, (i) excluem os juristas de empresa da proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes, e (ii) não permite que os juristas de empresa se inscrevam na Ordem dos Advogados e, conseqüentemente, não lhes atribuem o estatuto de advogado.

Em conformidade, o TJUE acabou por considerar que não poderia ser *“detetada nenhuma tendência geral, nas ordens jurídicas dos Estados-Membros”* de equiparação entre assessores jurídicos internos e advogados externos e que, portanto, *“a situação jurídica nos Estados-Membros da União não evoluiu durante*

15 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 56.

16 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 57.

*os anos que passaram desde a prolação do acórdão AM&S Europe/Comissão, já referido, numa medida que permita reconhecer uma evolução da jurisprudência no sentido de um reconhecimento do benefício da proteção da confidencialidade aos assessores jurídicos*¹⁷.

De igual forma, o Tribunal considerou que o Regulamento n.º 1/2003, “*não se destina a impor uma equiparação entre os assessores jurídicos e os advogados externos no que diz respeito à confidencialidade das comunicações com os seus clientes, mas visa reforçar o alcance dos poderes de inspeção da Comissão, nomeadamente no que diz respeito aos documentos suscetíveis de ser objeto dessas medidas*”¹⁸. Assim, decidiu que a alteração das regras processuais em matéria de direito da concorrência, resultante, nomeadamente, do Regulamento n.º 1/2003, também não poderia justificar uma alteração dos termos estabelecidos no acórdão AM&S.

A argumentação expendida pelas recorrentes relativamente à diminuição do nível de proteção dos direitos de defesa¹⁹ também não foi atendida pelo Tribunal de Justiça. De facto, o Tribunal, embora reconhecendo que o respeito pelos direitos de defesa constitui um princípio fundamental do direito da União, reafirmou o princípio de que um assessor jurídico não é um terceiro independente mas um funcionário, e que nem sempre estes têm a possibilidade de representar o seu empregador perante os órgãos jurisdicionais nacionais²⁰.

O Tribunal concluiu, pois, que “*qualquer sujeito de direito que procura os serviços de um advogado deve aceitar as restrições e condições a que está subordinado o exercício desta profissão. As modalidades de proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes fazem parte destas restrições e condições.*”²¹

A Akzo e a Akcros consideravam ainda que as apreciações do TPI conduziriam igualmente a uma violação do princípio da segurança jurídica, dado

17 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 73 a 76.

18 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 86.

19 As recorrentes alegavam um menor interesse e utilidade no recurso aos, caso os mesmos não puderem beneficiar da proteção da confidencialidade das comunicações. Segundo o Tribunal, esta argumentação teria subjacente a possibilidade de escolher livremente o consultor jurídico para fins de aconselhamento, defesa e representação. A proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes faria parte desses direitos, independentemente do estatuto profissional do advogado em questão – cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 90 e 93.

20 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 92 a 95.

21 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 96.

que o artigo 101.º do TFUE é muitas vezes aplicado paralelamente às correspondentes disposições de direito interno. Na sua perspetiva, a proteção das comunicações com os assessores jurídicos não poderia depender da circunstância de a investigação ser realizada pela Comissão ou por outra autoridade nacional da concorrência.

Contudo, segundo o Tribunal, o princípio da segurança jurídica não obriga a recorrer, para os procedimentos da Comissão e das autoridades de concorrência nacionais, a critérios idênticos no que diz respeito à confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes. De facto, e de acordo com o Tribunal, os poderes da Comissão são diferentes da extensão das investigações que podem ser realizadas a nível nacional, baseando-se os dois tipos de procedimento numa repartição das competências entre as diferentes autoridades da concorrência. Assim, *“as regras relativas à proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes podem, portanto, variar em função desta repartição de competências e das regulamentações correspondentes”*, pelo que o facto de a proteção das comunicações se limitar aos contactos com advogados externos não violaria o princípio invocado pela Akzo e pela Akcros.

Por fim, a Akzo e a Akcros alegavam que as apreciações do TPI infringiriam, no seu conjunto, o princípio da autonomia processual nacional, por referência ao artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, e o princípio das competências de atribuição dos Estados-Membros, os quais entendiam que, na ausência de uma definição harmonizada do princípio da confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente, manteriam o poder de determinar este aspeto específico da proteção dos direitos de defesa.

Começando por relembrar estar a pronunciar-se sobre uma decisão de uma instituição da União e com base em legislação da União, o Tribunal lembrou a necessidade de igualdade de tratamento, o que significa que a interpretação e aplicação uniformes do direito da União não podem depender do lugar da investigação e de eventuais particularidades dos regimes nacionais²².

No que diz respeito ao princípio das competências de atribuição, o Tribunal começou por recordar as disposições legais dos Regulamentos e dos Tratados que atribuem competência à União para a adoção de regras processuais em matéria de concorrência, e à Comissão para velar pela aplicação dos princípios

²² Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 114 e 115.

enunciados nos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE e instruir os casos de presumível infração aos mesmos²³.

De seguida, particularizou referindo que, no caso de diligências de instrução realizadas pela Comissão, “o direito nacional apenas é aplicado na medida em que as autoridades dos Estados-Membros lhe prestem a sua assistência, nomeadamente quando esteja em causa vencer a resistência das empresas em questão através de coação direta, em conformidade com o artigo 14.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17 e o artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003. Em contrapartida, o direito da União é o único aplicável para determinar quais as peças e os documentos que a Comissão pode analisar e copiar no âmbito das buscas por si realizadas em matéria de cartéis”²⁴.

Por conseguinte, concluiu o Tribunal, “nem o princípio da autonomia processual nacional nem o princípio das competências de atribuição podem ser invocados contra os poderes de que a Comissão é titular neste domínio”²⁵. Em conformidade, não acolheu este último fundamento e considerou o recurso da Akzo Nobel e da Akros Chemicals totalmente improcedente, tendo negado provimento ao mesmo.

1.1. Os ensinamentos a tirar da jurisprudência do TEDH; a confirmação dos princípios definidos pela jurisprudência na ordem jurídica comunitária

Uma referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950 (adiante “CEDH” ou “Convenção”) e à jurisprudência a ela relativa²⁶, contribuirá, a nosso ver, para reforçar o entendimento de que as exigências decorrentes do direito de defesa enquanto direito fundamental devem ser interpretadas da forma mais ampla possível.

Como é sabido, desde cedo²⁷ o TJUE reconheceu que os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais do direito comunitário e devem, como tal, ser protegidos na ordem jurídica comunitária.

23 Essencialmente o artigo 14.º do Regulamento n.º 17 e o artigo 20.º do Regulamento 1/2003, bem como os artigos 3.º, n.º 1, alínea b), 103.º e 105.º do TFUE – cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.ºs 116 a 118.

24 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 119.

25 Cfr. acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, cit., n.º 120.

26 Quer dos tribunais comunitários, quer do TEDH.

27 Ao menos desde o acórdão *Stauder*, de 12.11.1969, 29/69, Rec. p, 419, n.º 7. Cfr. tb. o acórdão de 17.12.1970, *Internationale Handesgesellschaft*, cit., n.º 4. Sobre a jurisprudência “direitos fundamentais” do Tribunal de Justiça e a sua evolução, vide Cruz Vilaça, 2001.

Para chegar a essa conclusão, o TJUE baseou-se quer nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros²⁸, quer nas orientações fornecidas pelos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em cuja elaboração os Estados-Membros colaboraram ou que assinaram²⁹.

Nesse contexto, o TJUE referiu-se, em várias ocasiões, quer ao artigo 6.^º³⁰ quer ao artigo 8.^º³¹ da Convenção e ao entendimento que deles tem dado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (adiante “TEDH”)³².

Quanto ao artigo 6.^º da Convenção (“direito a um processo equitativo”)³³, o TEDH entendeu, nomeadamente, que o direito do acusado de comunicar com o seu advogado sem ser escutado figura entre as exigências elementares de um processo equitativo numa sociedade democrática: se um advogado não pudesse comunicar com o seu cliente sem quaisquer limitações e receber instruções confidenciais, o patrocínio perderia grande parte da sua utilidade, quando o objetivo da Convenção consiste em proteger os direitos concretos e efetivos³⁴.

No que toca ao artigo 8.^º (“direito ao respeito da vida privada”, e em particular da correspondência), o TEDH deixou claro que a ingerência na

28 Cfr. os citados acórdãos *Stauder e Internationale Handesgesellschaft*.

29 Ver acórdão *Nold*, cit., n.º 13.

30 Acórdãos de 5.3.1980, *Pecastaing*, 9879, Rec. p. 691, e de 17.12.1998, *Baustahlgewebe*, C-185/95 P, Colect. p. I-8417, 8485.

31 Acórdão de 28.10.1975, *Rutili*, 36/75, Rec. p. 1219.

32 Julgamos que o artigo 10.^º, referente à “Liberdade de expressão”, também pode assumir relevância no quadro do tema em análise. Segundo o n.º 1, qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão, compreendendo este direito “[...] a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras”. Por seu turno, o n.º 2 dispõe o seguinte: “O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial” (sublinhado nosso).

33 Nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 6.^º, um dos direitos que, “no mínimo”, assiste ao “acusado” é o de “[d]efender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem”. Ora o direito de o acusado ter um advogado necessariamente implica o direito de comunicar com este, logo também de lhe fornecer informação, favorável ou desfavorável às suas pretensões, por essa razão relevando desde logo a questão da confidencialidade das informações fornecidas. E embora o preceito seja pensado para “o acesso ao tribunal”, essa confidencialidade deve, como veremos, começar logo em todas as comunicações prévias à litigância.

34 Acórdão de 28.11.1991, *S/Suíça*, A 220, p. 15, § 48.

correspondência³⁵ dos arguidos com os advogados constitui, em princípio, um atentado ao disposto no n.º 1 desse artigo³⁶ e que, por conseguinte, o controlo da correspondência não se estende à que eles mantenham com os seus advogados³⁷.

Temos, pois, a jurisprudência do TEDH a ancorar o *legal privilege* nos direitos de defesa do cliente, na premissa de que a confidencialidade ou o segredo das comunicações entre advogado e cliente é um necessário corolário do direito a aconselhamento e defesa.

No fundo, na relação entre advogado e cliente, a privacidade não é um fim em si mesmo, mas sim algo de instrumental para um adequado exercício dos direitos de defesa do cliente, sendo preservada para que se possa preservar outro valor.

Poderá argumentar-se, contra a relevância da jurisprudência acabada de citar, que esta foi desenvolvida no quadro de processos de carácter penal, nos quais o respeito dos direitos de defesa se torna mais premente.

A este respeito, é nosso entendimento que a orientação dela decorrente não pode deixar de transpor-se para o âmbito dos procedimentos por infração em matéria de normas da concorrência, e isso por duas razões principais.

Em primeiro lugar, porque a proteção das comunicações entre os arguidos (designadamente os detidos) e os seus advogados decorre, na referida jurisprudência, da proteção que é devida aos direitos fundamentais consagrados nos artigos 6.º e 8.º da CEDH. Trata-se, portanto, de uma exigência de direitos fundamentais que, como resulta da jurisprudência do TEDH³⁸ (e do TJCE³⁹), devem ser objeto de uma interpretação ampla.

35 Segundo a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, o artigo 8.º protege a correspondência no sentido mais amplo do termo (Decisão de 27.6.1994, Queixa n.º 21 482/23, *Déc. Rap.*, 78-A, p. 119).

36 Apenas justificável nas condições excecionais e, portanto, de interpretação restritiva, do n.º 2 do mesmo preceito.

37 Acórdãos *Golder*, A 18, p. 57, § 45, *Silver*, A 61, p. 38, § 99, *Schonenberg e Durmaz*, de 20.6.1998, A 137, p. 34, § 25, e *Campbell*, de 25.3.1992, A 233, p. 21, § 53.

38 Cfr., no âmbito do artigo 6.º da Convenção, o acórdão *Delcourt*, de 17.1.1970, A n.º 11, pp. 14-15, § 25: “*Numa sociedade democrática, na aceção da Convenção, o direito a uma boa administração da justiça ocupa um lugar tão eminente que uma interpretação restritiva do artigo 6.º, n.º 1, não corresponderia ao objectivo e ao conteúdo desta disposição*”. Cfr., no mesmo sentido, Jacot-Guillarmod, 1995.

39 São inúmeros os exemplos de acórdãos do Tribunal de Justiça que consagram ou traduzem o método de interpretação segundo o qual deve ser assegurado um entendimento amplo às disposições do Tratado relativas às liberdades fundamentais e aos princípios gerais da ordem jurídica comunitária (entre os quais os direitos fundamentais) e um alcance restritivo às exceções ou derrogações a essas regras e princípios. Cfr., para uma referência geral, AAVV, 1993: 21-22.

Pelo contrário, são as exceções ou derrogações aos direitos consagrados pela Convenção que devem ser interpretadas restritivamente⁴⁰. Ou, como decidi inequivocamente o TJCE⁴¹, se é certo que a garantia dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária permite a aplicação de certos limites justificados pelos objetivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade, tal não pode pôr em causa a substância desses direitos.

Em segundo lugar, refira-se um motivo de maioria de razão. Com efeito, nos casos analisados na referida jurisprudência, as exigências dos direitos fundamentais foram postas em balanço com o interesse público da prevenção ou repressão de infrações de carácter penal, porventura de elevado grau de gravidade e de censurabilidade ético-jurídica, e, não obstante, aquelas exigências prevaleceram.

Ora, no domínio que agora analisamos, o interesse suscetível de se contrapor, para o limitar, aos direitos fundamentais de defesa e de respeito da correspondência (em sentido amplo) entre arguido e advogado, é o da mera repressão de alegadas infrações de carácter contraordenacional e, portanto, menos suscetíveis de justificar limitações àquele direito fundamental.

Em todo o caso, o TEDH deixou já claro que a noção de “acusação em matéria penal”, que constitui um dos critérios delimitadores do âmbito de aplicação do artigo 6.º da Convenção, apresenta um carácter autónomo, não dependente das qualificações internas de cada ordem jurídica⁴², abrangendo infrações qualificadas internamente como administrativas ou disciplinares⁴³ e mesmo coimas aplicadas em processos de violação de normas da concorrência⁴⁴.

40 Neste sentido, e no âmbito do artigo 8.º, n.º 2, o acórdão *Klass*, de 6.9.1978, A n.º 28, p. 21, § 42, e, noutro âmbito (do artigo 10.º, n.º 2), o acórdão *Barthold*, de 25.3.1985, A n.º 90, p. 21, § 43. Cfr. igualmente Jacot-Guillarmod, 1995.

41 Acórdão *Nold*, cit., considerando 14.

42 Acórdão *Bendenoun*, de 24.2.1994, A 284, p. 20, § 47.

43 Acórdãos *Engel e.o.*, A 22, pp. 33-35, §§ 80-82; *Le Compte, van Leuven e De Meyère*, A 43, p. 19, § 42, *Albert e Le Compte*, A 58, p. 14, § 25; de 23.10.1995, *Schmautzer*, A 328-A, p. 13, § 28, *Umlauf*, A 328-B, p. 37, § 31, *Gradinger*, A 328-C, p. 61, § 36, *Pramstaller*, A 329-A, p. 15, § 32; de 24.9.1997, *Garyfallou Aebe*, R 97-V, n.º 49, p. 1830, §§ 32, 33; de 2.9.1998, *Lauko*, R 98, § 55, e *Kadubec*, R 98, § 50.

44 Cfr., neste sentido, o acórdão *Stenuit*, (1992) 14 EHRR, 509, em que a aplicação de uma coima de 50 000FF pelo Ministro das Finanças e da Economia Francês, a que se seguiu uma decisão da Comissão de Concorrência francesa, foi considerada como constitutiva de uma “acusação em matéria penal” essencialmente por força da potencial gravidade das sanções (5% do volume de negócios anual de uma empresa e 5 milhões FF para outras contravenções).

Nem se argumente, além disso, que a proteção destes direitos, tal como assegurada pela Convenção, se limita às pessoas individuais, não se estendendo às empresas.

Com efeito, é jurisprudência inequívoca dos órgãos de Estrasburgo que todas as pessoas, incluindo as pessoas coletivas, sob a jurisdição de um Estado Contratante, beneficiam da proteção da Convenção. Formulada em termos gerais⁴⁵, essa jurisprudência foi expressamente confirmada no que diz respeito ao artigo 6.^º⁴⁶.

Além disso, quanto ao artigo 8.^º da Convenção, o TEDH esclareceu, por um lado, no acórdão *Campbell*⁴⁷, que toda e qualquer correspondência entre um advogado e um detido, qualquer que seja a sua finalidade, está coberta pela confidencialidade⁴⁸; e, por outro lado, no acórdão *Niemetz*⁴⁹, que a correspondência com o advogado não está excluída da proteção conferida pelo artigo 8.^º, n.^º 1, pelo facto de ter uma natureza profissional ou de se encontrar em instalações dessa natureza.

Por sua vez, o TJCE consagrou, ele também, no que diz respeito às exigências e ao âmbito de aplicação do artigo 6.^º da CEDH, uma orientação em tudo consentânea com a jurisprudência do TEDH.

É assim que no acórdão *Baustablgewebe*⁵⁰ se declarou que:

“O princípio geral de direito comunitário nos termos do qual qualquer pessoa tem direito a um julgamento equitativo [...] é aplicável no âmbito de um recurso judicial de uma decisão que aplica a uma empresa coimas por violação do direito da concorrência”.

Não nos restam, pois, dúvidas de que as exigências de respeito dos direitos de defesa que se exprimem na confidencialidade das comunicações entre

45 Na Decisão de 11.1.1961, Queixa n.º 788/60, *Ann. Conv.*, vol. IV, p. 139, e *Recueil des Travaux Préparatoires*, vol. II, p. 484.

46 Cfr. Decisão de 17.12.1968, Queixa n.º 3798/68, *Rec.* n.º 29, p. 70.

47 De 25.3.1992, A 233.

48 É particularmente de sublinhar que, neste acórdão, o Tribunal descartou a argumentação do governo demandado, que lhe propunha que distinguísse, em função do seu objeto, entre correspondência geral, correspondência relativa a uma ação a intentar e correspondência relativa a um processo pendente. O TEDH opôs-lhe um regime único de proteção, ao qual não é estranha a influência do artigo 6.^º da Convenção (cfr., a este propósito, Coussirat-Coustère, 1995).

49 *Niemetz c. Alemanha*, de 16.12.1992, *Rec.* 16, p. 97.

50 Citado, n.º 20.

advogado e empresa devem ser observadas com o mais largo alcance possível e interpretadas de forma ampla, abrangendo, nomeadamente, novas situações como o patrocínio conjunto ou *joint legal defense privilege* ou as comunicações entre as empresas e os seus advogados internos.

1.2. A proteção da confidencialidade, a “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” e o “Tratado da União Europeia”

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵¹ (adiante designada “Carta Europeia”) proclama solenemente, no n.º 2 do seu artigo 48.º, que,

“é garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa”.

As disposições da Carta Europeia “têm por destinatários”, nos termos do n.º 1 do seu artigo 51.º,

“[a]s instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respetivas competências (...)”.

E embora a Carta não fosse inicialmente juridicamente vinculativa, os tribunais comunitários fizeram, desde logo, apelo às suas disposições⁵², tendo posteriormente o Tratado da União Europeia (adiante designado “TUE”) reconhecido-a formalmente com o mesmo valor jurídico que os Tratados (cfr. artigo 6.º, n.º 1, do TUE).

Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta deve, de acordo com o n.º 1 do artigo 52.º da Carta Europeia, estar legalmente prevista e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades, só podendo ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

51 Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia, “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

52 Cfr., por exemplo, e em matéria de aplicação do direito da concorrência, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2004 nos processos apensos T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, *JFE Engineering Corp.*, ECLI:EU:T:2004:221, n.º 178.

O artigo 41.º da Carta Europeia estabelece também, para todas as pessoas, um direito a uma boa administração por parte das instituições da União, direito este que compreende, entre outros aspetos, o,

“direito de qualquer pessoa ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial” [cfr. alínea b) do n.º 2 do referido artigo].

Por outro lado, o TUE prevê expressamente a adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, passando os direitos fundamentais garantidos nesta e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, a fazer parte expressamente do direito da União (cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º do TUE).

A este respeito, dispõe o n.º 3 do artigo 52.º da Carta Europeia que, na medida em que a Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos serão iguais aos conferidos pela referida Convenção, podendo, não obstante, o direito da União conferir uma proteção mais ampla.

De forma idêntica, o n.º 4 do mesmo artigo refere que,

“na medida em que a Carta reconheça direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, tais direitos devem ser interpretados de harmonia com essas tradições”.

É assim que o artigo 53.º da Carta Europeia refere que,

“nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros”.

Pode, pois, concluir-se que, ao reconhecer-se formalmente a Carta Europeia, equiparando-a aos Tratados, e ao prever-se a adesão formal da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, se consagrou um reforço

genérico dos direitos de defesa e, em particular, do direito à confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes, atentos os princípios *supra* referidos constantes da Carta e da Convenção, tal como interpretados pelo competente Tribunal.

2. O RESPEITO DAS RELAÇÕES CONFIDENCIAIS ENTRE ADVOGADOS E CLIENTES E O SEU CONTEÚDO E ALCANCE NO DIREITO PORTUGUÊS

2.1. O segredo profissional dos advogados consagrado no Estatuto da Ordem dos Advogados

Ao analisarmos a questão do respeito das relações confidenciais entre advogados e clientes e o seu conteúdo e alcance no âmbito do ordenamento jurídico português, devemos, em primeiro lugar, verificar como esta problemática é abordada na Constituição da República Portuguesa (adiante “CRP”) e no Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro (adiante “EOA”).

A CRP estabelece, no n.º 2 do seu artigo 20.º, que,

“todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade”.

A CRP estabelece ainda, no seu artigo 208.º que,

“a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”.

O dever de guardar segredo profissional encontra-se regulado, em especial, no n.º 1 do artigo 92.º do EOA que regula a matéria do segredo profissional dos advogados. Aí se estatui que o advogado se encontra obrigado a segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços, designadamente, a factos:

- Referentes a assuntos profissionais conhecidos exclusivamente por revelação do cliente ou por ordem deste;

- De que tenha tido conhecimento em virtude de cargo desempenhado na Ordem dos Advogados (adiante “OA”);
- Referentes a assuntos profissionais comunicados por colega com que esteja associado ou ao qual preste colaboração;
- Comunicados por coautor, corréu ou cointeressado do seu cliente ou pelo respetivo representante;
- De que a parte contrária do cliente ou respetivos representantes lhe tenham dado conhecimento durante negociações para acordo que vise pôr termo ao diferendo ou litígio;
- De que tenha tido conhecimento no âmbito de quaisquer negociações malogradas, orais ou escritas, em que tenha intervindo.

A obrigação de segredo existe quer o serviço solicitado ou cometido ao advogado envolva ou não representação judicial ou extrajudicial, quer deva ou não ser remunerado, quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que direta ou indiretamente tenham qualquer intervenção no serviço (cfr. n.º 2 do referido artigo 92.º do EOA).

O segredo profissional abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, direta ou indiretamente, com os factos sujeitos a sigilo (cfr. n.º 3 do referido artigo 92.º do EOA).

Cessa a obrigação de segredo profissional em tudo quanto seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do Conselho Distrital da OA, com recurso para o Bastonário da OA, podendo, não obstante, o advogado manter o segredo profissional (cfr. n.ºs 4 e 6 do referido artigo 92.º do EOA).

Uma vez que se trata de uma questão delicada e controvertida, o advogado deve, em caso de dúvida, consultar sempre a OA, mesmo que o interessado o desvincule, pois o segredo profissional é de natureza social e deontológica e não contratual.

Não podem fazer prova em juízo as declarações feitas pelo advogado com violação de segredo profissional (n.º 5 do referido artigo 92.º do EOA).

2.2. A situação dos “advogados internos” no direito português

Estatutariamente, é admitido que o advogado exerça a sua profissão em regime de subordinação. É o artigo 73.º do EOA, sob a epígrafe “*Exercício da atividade*

em regime de subordinação”, que expressamente consagra e rege tal possibilidade e que determina a exclusiva competência da Ordem para “*a apreciação da conformidade com os princípios deontológicos*” de qualquer relação laboral “*por via da qual o seu exercício profissional se encontre sujeito a subordinação jurídica*” (n.º 1).

Os n.ºs 2 e 3 do referido preceito legal determinam mesmo a nulidade de quaisquer cláusulas de contrato de trabalho celebrado com e por Advogado e de quaisquer orientações ou instruções da entidade empregadora que restrinjam a isenção e independência daquele ou que, de algum modo, violem os princípios deontológicos da profissão. E os n.ºs 4 a 6 preveem mesmo a possibilidade do Conselho Geral da OA aferir da legalidade dos contratos celebrados ou, no caso de entidades empregadoras de direito privado, qualquer das partes contraentes solicitarem parecer àquele sobre a validade do respetivo clausulado ou de atos praticados na execução do mesmo, o qual terá caráter vinculativo.

Aliás, este artigo 73.º do EOA deve ser lido e interpretado conjuntamente com o artigo 89.º do mesmo Estatuto (e, bem assim e quando relevante, com o artigo 82.º), no qual se consagra um dos valores mais importantes da advocacia, a independência do seu exercício.

E por isso refere António Arnaut que “*mais do que impor ao advogado de empresa o respeito pelos princípios deontológicos da profissão, esta norma protege-o de ordens ilegítimas da entidade patronal. A independência é uma característica essencial da advocacia, encontrando-se reconhecida em várias disposições do presente Estatuto e, em especial, no [atual] art. [73.º], n.ºs 1 e 4, que reforça a isenção e independência da actividade em regime de subordinação jurídica. Os «princípios deontológicos» de que fala o artigo vêm referidos nos artigos [88.º] e ss.*”⁵³.

O exercício da profissão é, aliás, inconciliável com qualquer cargo, função ou atividade que possam afetar tais valores e devendo o Advogado respeitá-los, conjuntamente com todas as demais regras deontológicas previstas no EOA, “*qualquer [que seja a] forma de provimento ou contrato, seja de natureza pública ou privada, designadamente o contrato de trabalho, ao abrigo do qual o advogado venha a exercer a sua atividade*” (cfr. o n.º 3 do artigo 81.º, bem como e em especial os respetivos n.ºs 1, 2, 4 e 5 e ainda o artigo 89.º do EOA).

Decorre, pois, do referido artigo que os “advogados internos” com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados encontram-se sujeitos a todas as regras previstas no EOA, designadamente as regras respeitantes às garantias do exercício da advocacia, nas quais se incluem as normas relativas ao segredo profissional.

53 Vide anotação n.º 1 ao artigo 68.º (atual artigo 73.º) in AAVV, 2006: 74, negro e sublinhados nossos.

2.3. As buscas, arrolamentos e apreensão de documentação de advogados

Importa, a este respeito, começar por considerar o disposto no artigo 75.º do EOA, no n.º 3 do artigo 177.º e o artigo 180.º do Código de Processo Penal (adiante “CPP”).

Com efeito, diligências relativas a imposições de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de advogados deverão obrigatoriamente ser decretadas e presididas pelo juiz competente, devendo o advogado sujeito a tais medidas ser convocado para assistir à diligência, bem como o presidente do conselho distrital da OA respetivo, que poderá delegar em outro advogado. Perante a falta de comparência do advogado representante da OA ou havendo urgência incompatível com tais trâmites, o juiz pode nomear qualquer advogado que possa comparecer imediatamente, de preferência de entre os que hajam feito parte dos órgãos da OA ou, quando não for possível, o que for indicado pelo advogado a quem o escritório pertencer. A tais diligências poderão, igualmente, assistir os familiares ou empregados do advogado.

Os artigos 76.º do EOA e 179.º e 180.º do CPP assumem especial relevância para o objeto do presente estudo. Com efeito, os referidos artigos proibem a apreensão de correspondência respeitante ao exercício da profissão, seja qual for o suporte utilizado, em especial, a trocada entre o advogado e o seu cliente⁵⁴.

A noção de “cliente” é, a este propósito, bastante lata, uma vez que a proibição de apreensão de correspondência “*estende-se à correspondência trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe haja solicitado parecer, embora ainda não dado ou já recusado*” (cfr. n.º 2 do artigo 76.º do EOA). A noção de “correspondência”, por sua vez, inclui também “*as instruções e informações escritas sobre o assunto da nomeação ou mandato ou do parecer solicitado*” (cfr. n.º 3 do artigo 76.º do EOA).

A este respeito, entende-se que o disposto no artigo 76.º do EOA, que tem, aliás, como epígrafe “apreensão de documentos” (sublinhado nosso), abrange “*toda e qualquer correspondência profissional, quer ela se encontre no escritório do advogado, quer em qualquer outro lugar, incluindo em poder de terceiro*”, uma vez que este preceito “*visa assegurar o segredo profissional consagrado no artigo [92.º]*”⁵⁵.

54 De referir que, no quadro dos direitos, liberdades e garantias pessoais consagrados na CRP, o n.º 1 do seu artigo 34.º estabelece um princípio da inviolabilidade da correspondência e dos outros meios de comunicação privada. É, pois, consagrada uma “*proibição de toda a ingerência das autoridades publicadas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”.

55 Cfr. anotação n.º 1 ao artigo 71.º do EOA (atual artigo 76.º) in Arnaut, 2005: 70, negro nosso.

Neste contexto, apenas se excetua o caso em que a correspondência respeite a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido, conforme disposto no n.º 4 do artigo 76.º do EOA, e os casos em que o juiz tenha razões para crer que a correspondência constitui objeto ou elemento de um crime, nos termos dos n.ºs 2 dos artigos 179.º e 180.º do CPP.

Por outro lado, no decurso de diligências que impliquem, designadamente, buscas, arrolamentos, imposições de selos em escritórios de advogados ou a apreensão de documentos que respeitem ao exercício da profissão, podem os advogados interessados apresentar reclamações, nos termos do n.º 1 do artigo 77.º do EOA. Se tais reclamações forem feitas para preservação do segredo profissional, o EOA consagra um mecanismo semelhante ao previsto pela prática da Comissão Europeia e legitimado pela jurisprudência dos tribunais comunitários. Com efeito, se tal ocorrer, prevê o n.º 2 do artigo 77.º do EOA que,

“o juiz deve logo sobrestar na diligência relativamente aos documentos ou objetos que forem postos em causa, fazendo-os acondicionar, sem os ler ou examinar, em volume selado no mesmo momento”.

Em tal caso, as reclamações deverão ser, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do mesmo artigo, fundamentadas no prazo de 5 dias, devendo o juiz remetê-las com o volume selado e o seu parecer para o Presidente da Relação, o qual,

“pode, com reserva de segredo, proceder à desselagem do mesmo volume, devolvendo-o novamente selado com a sua decisão”.

Por último, ainda ligado à questão do segredo profissional, salientamos o artigo 93.º do EOA, que regula a discussão pública de questões profissionais. Nele se dispõe que o advogado não deve discutir em público ou nos meios de comunicação social questões pendentes ou a instaurar nem contribuir para tal discussão. Excetua-se apenas os casos de urgência e circunstanciais, em que os comentários se justifiquem, o exercício legítimo do direito de resposta ou de protesto e as situações em que exista uma autorização prévia do conselho distrital competente.

2.4. O segredo profissional e o direito criminal

No âmbito do procedimento criminal, esta matéria encontra-se regida pelo artigo 135.º do CPP, que prevê, no seu n.º 1, a possibilidade de o advogado se escusar a depor sobre os factos abrangidos pelo segredo profissional.

Havendo, porém, dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias, conforme disposto no n.º 2 do referido artigo 135.º do CPP. Se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena, ou requer ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento.

O tribunal imediatamente superior àquele onde o incidente se tiver suscitado, ou, no caso de o incidente se ter suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o plenário das secções criminais, pode decidir da prestação de testemunho com quebra do segredo profissional sempre que esta se mostre justificada face às normas e princípios aplicáveis da lei penal, nomeadamente face ao princípio da prevalência do interesse preponderante. A intervenção é suscitada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento.

A decisão da autoridade judiciária ou do tribunal é tomada ouvido o organismo representativo da profissão em causa, nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável.

2.5. O segredo profissional e o direito civil

Em matéria cível, o artigo 497.º Código de Processo Civil (adiante “CPC”), prevê que podem recusar-se a depor como testemunhas os que estejam adstritos ao segredo profissional, relativamente aos factos abrangidos pelo sigilo, aplicando-se o disposto no n.º 4 do artigo 417.º.

O artigo 417.º do CPC, sob a epígrafe dever de cooperação para a descoberta da verdade, ressalva de tal obrigação os casos de recusa legítima que impliquem, nomeadamente, a violação do sigilo profissional, sem prejuízo de ser aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado.

Em conclusão, verifica-se que em processo civil, a recusa opera automaticamente, enquanto que, no processo penal, em face do valor preponderante da verdade material, a escusa é objeto de apreciação, podendo o depoimento ser ordenado contra o parecer do conselho distrital da OA, uma vez que tal parecer não possui carácter vinculativo, conforme foi afirmado no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Junho de 1988.

O referido acórdão socorreu-se do princípio do Estado de Direito, com especial incidência nos princípios constitucionalmente consagrados, da reserva da função jurisdicional para os tribunais, da independência dos tribunais e da prevalência das decisões dos tribunais sobre as de qualquer outra autoridade, para concluir que *“não é vedado ao juiz validar depoimento prestado no processo por advogado sobre matéria que entendeu não violar segredo de justiça, ainda que em consulta à Ordem dos Advogados efetuada pelo depoente relativamente a ato processual complementar do primeiro, venha aquela entidade a concluir estar a matéria em causa a coberto do dever de sigilo profissional”*⁵⁶.

A posição defendida no referido acórdão é, no entanto, criticada por António Arnaut, com base essencialmente na seguinte ordem de fundamentos: (i) o n.º 4 do artigo 92.º do EOA atribui apenas à Ordem o poder de desvinculação do segredo profissional e impõe-se aos próprios tribunais; (ii) o parecer de um órgão qualificado e especialmente sensibilizado para apreciar questões deontológicas deve ter o mesmo valor processual de um parecer técnico, nessa medida, subtraído à livre apreciação do julgador (cfr. artigo 163.º do CPP); (iii) e, por último, *“fiscalizar contenciosamente a decisão do Bastonário equivaleria a tornar público, através da decisão judicial, os factos sigilosos e violar o direito à intimidade privada e à liberdade de consciência, constitucionalmente garantidos”*.

É assim que o Autor termina concluindo que o regime previsto no artigo 135.º do CPP não respeita os fundamentos ético-sociais do segredo profissional dos advogados, defendendo que,

*“havendo conflito entre o parecer da Ordem e a decisão do tribunal, o advogado que recuse o depoimento, invocando objeção de consciência, não pratica o crime previsto no n.º 2 do artigo 360.º do Código Penal, por ocorrer justa causa de recusa, exercer um direito e cumprir um dever (alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 31.º do mesmo diploma)”*⁵⁷.

Por último, refira-se ainda que a violação do dever de segredo profissional faz incorrer o advogado em responsabilidade disciplinar, nos termos do artigo 115.º do EOA, variando as penas a aplicar ao advogado faltoso desde a mera advertência à expulsão da OA. O advogado que viole o dever de segredo profissional poderá ainda incorrer em responsabilidade civil, constituindo-se na obrigação de indemnizar o seu cliente nos termos gerais do direito

56 In Boletim do Ministério da Justiça, 378 (1988), pág. 624.

57 Arnaut, 1996: 71-73.

(artigo 483.º e segs. do Código Civil), bem como em responsabilidade criminal, ao abrigo do disposto no artigo 195.º do Código Penal, que pune a revelação, sem consentimento, de segredo de que se tenha tomado conhecimento em razão da profissão com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

2.6. Os poderes de investigação da Autoridade da Concorrência e os seus limites

Os poderes de investigação da Autoridade da Concorrência (adiante “Autoridade” ou “AdC”) encontram-se atualmente expostos no Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto e nas Leis n.º 19/2012, de 8 de Maio e n.º 67/2013, de 28 de Agosto e ainda, subsidiariamente e nos termos do artigo 13.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, no Regime Geral das Contraordenações e, *ex vi* do artigo 41.º deste Regime, no CPP.

Em termos gerais, cabendo à Autoridade assegurar genericamente o respeito pelas regras promoção e defesa de concorrência em Portugal⁵⁸, dispõe ela, para o efeito, de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação⁵⁹.

Em especial no quadro do primeiro tipo de poderes, estabelece o n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, a título exemplificativo, as possibilidades de atuação da Autoridade, no âmbito do exercício dos referidos poderes.

Poder-se-á dizer, em síntese, que a Autoridade dispõe, em primeiro lugar, de poderes para inquirir os representantes legais de empresas ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação⁶⁰. Aqueles, por sua vez, devem prestar à Autoridade todas as informações e

58 Cfr. artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, e o n.º 3 do artigo 1.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência anexos ao Decreto-Lei n.º 125/2014. É também à Autoridade que cabe “*velar pelo cumprimento das leis, regulamentos e decisões de direito nacional e da União Europeia destinados a promover e a defender a concorrência*”, e “*exercer todas as competências que o direito da União Europeia confira às autoridades nacionais de concorrência no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas*”, cumprindo-lhe, no exercício dos seus poderes sancionatórios, “*identificar e investigar as práticas suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e (...) proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções e demais medidas previstas na lei*” [cfr., respetivamente, as alíneas a) e h) do artigo 5.º e a alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência anexos ao Decreto-Lei n.º 125/2014]. Cfr. ainda a alínea a) do n.º 1 do artigo 40.º da Lei n.º 67/2013.

59 Cfr. n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 19/2012 e artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência anexos ao Decreto-Lei n.º 125/2014. Cfr. ainda o n.º 1 do artigo 40.º e o artigo 43.º da Lei n.º 67/2013.

60 Cfr. alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012.

fornecer todos os documentos que esta lhes solicite para o cabal desempenho das suas funções⁶¹.

A Autoridade poderá também empreender ações de inspeção das respetivas instalações, terrenos ou meios de transporte a fim de realizar buscas, exames, recolhas e apreensões de extratos da escrita e demais documentação, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova⁶².

No quadro de tais ações, a Autoridade pode ainda proceder à selagem dos locais das instalações das empresas em que se encontrem ou sejam suscetíveis de se encontrar elementos da escrita ou demais documentação (bem como dos respetivos suportes) e requerer a quaisquer outros serviços da administração pública, incluindo as entidades policiais, a colaboração que se mostrar necessária⁶³.

Contudo, tais inspeções dependem sempre de um despacho prévio de uma autoridade judiciária a autorizar a sua realização, a solicitação da Autoridade e, por outro lado, de uma credencial emitida pela Autoridade, documentos estes que os funcionários que realizem tais diligências deverão ser portadores [cfr. n.ºs 2 e 4, al. b), do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012]. A referida credencial é, aliás, necessária também nos casos de inquirição de representantes legais de empresas ou associações de empresas e solicitação de documentos, sempre que tais diligências sejam realizadas por funcionários da Autoridade no exterior [cfr. alínea a) do n.º 4 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012].

Quanto às empresas envolvidas, parece decorrer do regime legal consagrado que, anteriormente à realização de uma diligência de inspeção das respetivas instalações, a Autoridade haverá de ter procedido à abertura formal de um processo de inquérito, nos termos do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 19/2012.

De salientar ainda que os titulares dos órgãos da AdC e os seus trabalhadores, titulares de cargos de direção ou equiparados e os prestadores de serviços estão sujeitos aos deveres de diligência e sigilo quanto aos assuntos que lhes sejam confiados ou de que tenham conhecimento por causa do exercício das suas funções⁶⁴.

61 Cfr. artigo 8.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência anexos ao Decreto-Lei n.º 125/2014.

62 Cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012.

63 Cfr. as alíneas d) e e) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012.

64 Cfr. artigo 43.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência anexos ao Decreto-Lei n.º 125/2014 e artigo 14.º da Lei n.º 67/2013.

Afigura-se-nos ainda que previa ou concomitantemente à concretização da referida diligência, a Autoridade terá de proceder à constituição da empresa ou empresas envolvidas e/ou seus representantes legais como arguidos⁶⁵, nos termos e para os efeitos do disposto nas alíneas a) e/ou d) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 58.º do CPP, ou tal poder ser expressamente solicitado por aqueles, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 59.º do referido Código. A não ser assim, as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova contra ela, nos termos do n.º 4 do referido artigo 58.º do mesmo Código.

Naturalmente que da posição processual de arguido decorrerão os respetivos direitos, em qualquer fase do processo, nos termos do n.º 10 do artigo 32.º da CRP e das diversas alíneas do n.º 1 do artigo 61.º do CPP, dos quais destacamos, atenta a sua especial pertinência, os direitos de (i) não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar; (ii) escolher defensor ou solicitar que lhe nomeiem um; (iii) ser assistido por defensor em todos os atos processuais em que participar e, quando detido, comunicar, mesmo em privado, com ele; e (iv) intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurarem necessárias.

Contudo, não tem sido esta a interpretação da jurisprudência, que tem entendido que só se deverá considerar ‘arguidas’ as empresas contra quem é deduzida uma nota de ilicitude e a partir desse momento, sem necessidade da sua constituição ocorrer, por ex., no momento da realização de uma ação de busca e apreensão⁶⁶.

Ora, atento o significado que é dado aos processos de contraordenação por violação de normas da concorrência pelo TEDH, para efeitos do disposto no artigo 6.º da CEDH, afigura-se-nos que tal posição será dificilmente compaginável com as garantias decorrentes do referido artigo, quanto a um julgamento equitativo.

De facto, se tais processos se devem considerar como verdadeiras “*acusações em matéria penal*”, nos termos do artigo 6.º da Convenção, por força da potencial

65 Vide, a respeito da responsabilidade pela prática de contraordenações previstas na Lei n.º 19/2012 e da possibilidade de responsabilização dos titulares dos órgãos de administração, o disposto no artigo 73.º da referida Lei.

66 Cfr., por exemplo, a sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 2.5.2007, no proc. n.º 965/06.9TYLSB, 2.º Juízo, pp. 9 a 16 e 33 a 38. Cfr. também idênticas posições do referido Tribunal nos procs. 648/09 e 262/10.

gravidade das sanções⁶⁷, dificilmente se concebe que todas as garantias decorrentes do referido artigo não possam ser invocadas e aplicáveis.

É que, se é verdade que o artigo 6.º da CEDH se reporta, na sua essência, a um processo equitativo perante um tribunal, importa ter presente que *“o processo que se desenrola perante as autoridades administrativas não deixa de ser objeto de controlo pelos órgãos da Convenção, a fim de verificar se apresenta, na sua globalidade, um carácter equitativo, verificando, nomeadamente, se eventuais violações cometidas naquela primeira fase, antes do envio do processo aos juízes, foram por estes reparadas.”*⁶⁸

Infrações, por ex., ao direito ao silêncio⁶⁹ ou ao direito à não autoincriminação⁷⁰ de um arguido, dificilmente poderão ser reparadas pelos juízes *a posteriori*, sobretudo se se atentar que, em caso de recurso, o tribunal deve decidir com base na prova produzida em audiência (se a mesma tiver lugar), *“bem como*

67 Cfr., neste sentido, o acórdão *Stenuit*, (1992) 14 EHRR, 509.

68 Cfr. anotação ao artigo 6.º, e respetiva jurisprudência do TEDH in Ireneu Cabral Barreto, 2016: 194. Cfr. igualmente o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, Azko Nobel, processos apenas T-125/03 e T-253/03, onde se refere, no n.º 120, que *“Segundo jurisprudência assente, o respeito dos direitos de defesa em qualquer procedimento suscetível de ter como resultado a aplicação de sanções, designadamente, coimas ou sanções pecuniárias, constitui um princípio fundamental do direito comunitário que deve ser observado, mesmo tratando-se de um processo de natureza administrativa (acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-Laroche/Comissão, 85/76, Colect., p. 217, n.º 9, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Cascades/Comissão, T-308/94, Colect., p. II-925, n.º 39). Assim, importa evitar que os direitos de defesa possam ficar irremediavelmente comprometidos no âmbito dos procedimentos de instrução prévia, entre os quais se incluem designadamente as diligências de instrução, que podem ter carácter decisivo para a produção de provas de natureza ilegal dos comportamentos das empresas suscetíveis de implicar a respetiva responsabilidade (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Setembro de 1989, Hoechst/Comissão, 46/87 e 227/88, Colect., p. 2859, n.º 15)”*.

69 De acordo com o Tribunal Constitucional, *“Este direito ao silêncio está diretamente relacionado com o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2 da Constituição)”* – acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95, proc. 351/95. Aliás, nas palavras do Tribunal do Comércio de Lisboa, *“é inquestionável a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência do arguido em processo contraordenacional, com todas as suas consequências, designadamente ao nível do ónus da prova e do princípio in dubio pro reo. E tal aplicabilidade não decorre da aplicação subsidiária do CPP ou de qualquer outro diploma. É diretamente aplicável face à regra do Artigo 32.º, n.º 2 ex vi Artigo 12.º, n.º 2, ambos da Constituição”* (sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 10 de Agosto de 2007, 3ª Secção, Processo 1050/06 PT Multimédia). Cfr. igualmente e por ex. a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, 1.º Juízo, p. 189. No sentido de que a presunção de inocência é aplicável não só em processo penal, como em qualquer processo que possa resultar na aplicação de uma medida punitiva, cfr. acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 18.04.2002 (R 33 881) AD 504, 1826; de 14.03.1996 (R. 28264) BMJ 455, 548.

70 A respeito deste princípio e com maior ênfase no âmbito do direito da concorrência, cfr. o Dossier Temático I *“O dever de colaboração e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare”* e os diversos artigos de Paulo Sousa Mendes, Helena Gaspar Martinho, Vânia Costa Ramos, Catarina Anastácio e Augusto Silva Dias na *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março de 2010, Almedina, pp. 119 e segs..

na prova produzida na fase administrativa do processo de contraordenação” (cfr. n.º 8 do artigo 87.º da Lei n.º 19/2012).

No que respeita concretamente à questão do respeito pela confidencialidade da correspondência, é, pois, nosso entendimento que é plenamente aplicável à Autoridade, constituindo, portanto verdadeiros limites aos seus poderes de investigação, não só o *supra* exposto no que se refere ao direito comunitário e aos limites legais aos poderes de atuação da Comissão reconhecidos pela jurisprudência comunitária, como todas as normas relevantes constantes do CPP e do EOA, nomeadamente as *supra* descritas.

A este respeito, importa aliás salientar que a nova Lei n.º 19/2012 veio a consagrar, em geral, as soluções constantes do CPP nesta matéria (cfr., em particular os artigos 177.º a 182.º), no que concerne às buscas e apreensões de documentos em escritórios de advogados.

Com efeito e por um lado, o n.º 7 do artigo 19.º da Lei n.º 19/2012 explicita que a realização de buscas é realizada, sob pena de nulidade, na presença do juiz de instrução, o qual avisa previamente o Presidente do Conselho local da OA, para que o mesmo ou um seu delegado possa estar presente.

Por outro lado, o n.º 5 do artigo 20.º determina que a apreensão de documentos operada em escritórios de advogados não é permitida, também sob pena de nulidade, no caso de documentos abrangidos pelo segredo profissional, *“salvo se eles mesmos constituírem objeto ou elemento da infração”* (sublinhado nosso).

Todavia, esta última exceção parece contender frontalmente com o disposto no artigo 76.º do EOA. De facto, a única exceção prevista à proibição de apreensão de documentos que respeitem ao exercício da profissão consagrada no n.º 1 do referido artigo, refere-se ao *“caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido”* (n.º 4 do artigo 76.º do EOA, sublinhados nossos).

Como é sabido, os Tribunais consideram que não pode haver uma equiparação entre os ilícitos contraordenacionais e os ilícitos criminais, *“não obstante deverem ser observados determinados princípios comuns que o legislador contraordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal”*⁷¹.

Acresce que, conforme anteriormente se referiu, a jurisprudência tem considerado ser desnecessária a constituição de “arguido” de quem é objeto de uma

71 Cfr., por exemplo, a sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 2.5.2007, no proc. n.º 965/06.9TYLSB, 2.º Juízo, pp. 12 a 15 e jurisprudência (em particular do Tribunal Constitucional) e doutrina aí citadas.

ação de busca e apreensão no quadro de um processo de contraordenação por alegadas infrações às regras de concorrência.

Pelo que se considera que, tendo em conta um tal *argumentário*, não poderá deixar de se entender que a exceção prevista no n.º 4 do artigo 76.º do EOA não pode ser válida para justificar apreensões de correspondência (*rectius*, de documentos)⁷² em processos contraordenacionais, mormente por infrações às regras de concorrência.

Além disso, importa recordar que o EOA foi igualmente aprovado por Lei da Assembleia da República e em data posterior à Lei n.º 19/2012.

De igual modo, aqui se recordam outras disposições legais que servem para devidamente enquadrar esta temática, como sejam, por ex., o artigo 42.º, n.º 1, do RGCOG, que consagra a proibição de “*utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional*”⁷³; ou o artigo 13.º, n.º 2, da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário, “LOSJ”), que refere, por sua vez, que,

“Para garantir o exercício livre e independente de mandato que lhes seja confiado, a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias a um desempenho eficaz, designadamente:

- a) O direito à proteção do segredo profissional;*
- b) O direito ao livre exercício do patrocínio e ao não sancionamento pela prática de atos conformes ao estatuto da profissão;*
- c) O direito à especial proteção das comunicações com o cliente e à preservação do sigilo da documentação relativa ao exercício da defesa;*
- d) O direito a regimes específicos de imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de advogados, bem como de apreensão de documentos.”*

72 Poder-se-ia eventualmente equacionar aqui uma interpretação que, tendo em conta a noção mais restrita de “correspondência”, tal como construída pela jurisprudência, permitisse coadunar as disposições do n.º 5 do artigo 20.º da Lei n.º 19/2012 e o artigo 76.º do EOA. Nessa medida, crê-se possível uma interpretação segundo a qual o n.º 5 do artigo 20.º da Lei n.º 19/2012 permitiria à AdC apreender *documentos* (incluindo correspondência aberta) em escritório de advogado, no caso de os mesmos constituírem objeto ou elemento de uma infração, e apreender *correspondência* (fechada), no caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado teria sido constituído arguido (n.º 4 do artigo 76.º do EOA). Contudo, pelas razões que adiante melhor se explanarão, no que respeita ao concreto âmbito de aplicação do artigo 76.º do EOA, cremos não ser possível uma tal interpretação das normas em causa.

73 Vide, a este respeito, o Parecer n.º 127/2004 da Procuradoria-Geral da República de 17 de Março de 2005, o qual, no âmbito da anterior Lei n.º 18/2003, considerou que este artigo impedia a AdC de proceder a buscas e apreensões em escritórios de advogados.

Afigura-se-nos, pois e desde logo, que, no que tange a documentos encontrados em escritórios de advogados, a AdC encontra-se legalmente impedida – sem exceção – de proceder à respetiva apreensão de todos os que estejam abrangidos pelo segredo profissional dos advogados, tal como estipulado nos atuais artigos 76.º e 92.º do EOA. E referimos sem exceção porquanto as infrações às regras de concorrência não constituem em Portugal – pelo menos, por enquanto – qualquer crime, apenas meras contraordenações.

No caso dos advogados internos ou de empresa, pois, também a proibição de apreensão deverá ser plenamente aplicável, visto que inexistem em Portugal diferenças entre aqueles e quaisquer outros advogados ditos externos, conforme anteriormente melhor se referiu.

Esta questão foi já, aliás, objeto de apreciação por parte do Tribunal do Comércio de Lisboa, tendo este pugnado no referido sentido:

“Concretizando, também o advogado de empresa está sujeito ao dever de sigilo profissional enquanto advogado, pelo que, em consequência, as regras que visam precisamente salvaguardar e possibilitar o exercício desse dever por parte do advogado, como é o caso das atinentes às buscas e apreensão de correspondência são-lhe aplicáveis (arts. 177.º e 180.º do Código de Processo Penal e 70.º e 71.º do EOA). E isto passa-se sem prejuízo de, por exercer funções numa empresa, quanto aos demais factos, realidades e informações de que tome conhecimento nessa empresa de que é funcionário, o advogado estar também obrigado a ‘segredo de funcionário’, que não merece porém a mesma proteção. E, suma, a nossa lei reconhece diretamente a proteção do sigilo profissional e não o limita aos advogados internos. A regra comunitária que foi criada por via jurisprudencial não é aplicável em procedimentos sancionatórios de direito nacional. Achado o regime legal há agora que determinar o seu regime concreto. São protegidos por lei o escritório de advogado e qualquer outro local onde faça arquivo (arts. 177.º, n.º 5 e 180.º, estes do Código de Processo Penal e 70.º, n.º 1 do EOA). Como definir, para um advogado de empresa o espaço protegido? No caso concreto, o domicílio profissional do Dr. [...] é a morada da própria empresa [...], Poderá considerar-se que todo o edifício, toda a empresa (ou pelo menos os serviços ali instalados) estão abrangidos pela proteção legal? Trata-se de uma questão aludida pela AdC no seio dos procedimentos, mas que sequer a recorrente alude ou suscita. E efetivamente, face ao encarar do sigilo profissional como um dever do advogado (e não como um direito do cliente), a solução só pode ser uma. Um advogado externo tem o seu escritório montado e, sendo este elemento público (de indicação obrigatória na Ordem dos Advogados), este está protegido nos termos supra explicitados. Também está protegido qualquer lugar onde o Advogado faça arquivo mas aqui a proteção tem que ser

acionada. Como se decidiu no Ac. RL de 18/05/06 (...) a existência de arquivo noutra local tem que ser invocada. Ou seja, o advogado tem que cumprir ativamente este seu dever. No caso do advogado de empresa que não disponha de um local físico distinto (no sentido de domicílio diverso) para o seu escritório no cumprimento do seu dever e de acordo com as regras legais, deve exigir à sua entidade patronal as condições necessárias à sua salvaguarda. Se dispuser de gabinete próprio é esse o local, se não dispuser de gabinete próprio a sua secretária e os locais de que disponha domínio exclusivo (armários, acesso condicionado por palavra passe ou equivalente quanto a outros suportes) são esse local. São esses os locais tipo em que a proteção 'automática' (a expressão é nossa) se faz sentir. Documentos que o advogado entenda cobertos pelo sigilo profissional fora desses locais (escritório e arquivos próprios) são documentos que escapam a esta proteção porque o advogado não cumpriu, quanto a eles o seu dever de zelar pelo sigilo profissional. Trata-se de um dos domínios em que o advogado de empresa tem que se rodear de especiais cautelas e lhe é exigido, de forma mais cuidada que aos seus colegas externos, que proactivamente zele pelo cumprimento dos seus deveres deontológicos. (...) A AdC, na sua diligência de (...) apreender documentos no escritório (gabinete) do Sr. Dr. (...), local protegido por sigilo profissional, dada a sua qualidade de advogado. Tal diligência não foi levada a cabo com observância dos requisitos previstos no art. 177.º, n.º 5, do Código de Processo Penal e 70.º do EOA. Em consequência, nos termos disposto no mesmo preceito, nesta parte, a busca é nula, tal como nula é a apreensão ali efetuada, nos termos do art. 122.º n.º 1 do Código de Processo Penal, não podendo tais elementos ser utilizados como prova nos termos do disposto no art. 126.º n.º 3 do Código de Processo Penal.”

Este caso, aliás, motivou a apresentação de queixa na OA por parte dos diversos advogados intervenientes, tendo o Conselho Geral da Ordem proferido Parecer no sentido de que a “*atuação da AdC constituiu violação flagrante dos artigos 68.º, 87.º, 70.º e 71.º do EOA [atuais artigos 73.º, 92.º, 75.º e 76.º, respetivamente, do novo EOA], bem como, em decorrência lógica de plano processual, dos artigos 177.º, n.º 3 e 180.º, n.ºs 1 e 3, ambos do Cod. Proc. Penal, com a consequente nulidade da diligência em causa, podendo, ademais, tal atuação considerar-se subsumível ao artigo 195.º do Código Penal*” e que fosse formulado “*junto da AdC o mais vivo protesto por este atentado à Advocacia Portuguesa*”.

Tenha-se, no entanto, presente, que só poderá atualmente não considerar-se como sujeita a sigilo profissional a correspondência de advogados internos caso esteja em causa a aplicação do direito comunitário e apenas no âmbito de uma ação de inspeção determinada e empreendida pela Comissão Europeia, nos termos do artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003, por força do primado do

direito comunitário sobre o direito nacional. Isto porque se se tratar *(i)* apenas da aplicação das disposições relevantes da Lei n.º 19/2012 pela Autoridade da Concorrência; ou *(ii)* da aplicação daquelas disposições conjuntamente com, v.g., os artigos 101.º e/ou 102.º do TFUE (ou somente destes)⁷⁴, em ação de inspeção da iniciativa da Comissão ou de uma outra autoridade de concorrência europeia mas empreendida pela Autoridade da Concorrência, esta última deverá obediência, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do citado artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003, ao disposto na relevante legislação nacional, designadamente aos citados artigos 73.º e 76.º do EOA, os quais colocam em pé de igualdade, em matéria de confidencialidade, advogados internos e externos com inscrição em vigor na Ordem, por força da obediência integral que uns e outros devem ao EOA.

Poder-se-ia suscitar, ainda neste contexto, a questão da possibilidade de afastamento das regras nacionais ou da sua interpretação conforme com o direito comunitário, tendo em conta um princípio de harmonização de regras ou até com base nos princípios do primado, do efeito direto ou da interpretação conforme⁷⁵. Esta temática seria especialmente relevante no que respeita aos advogados internos, visto que, como anteriormente se dilucidou, o direito comunitário desconsidera os advogados internos, para efeitos de sigilo profissional das suas comunicações. Cremos, porém, que a resposta deverá ser negativa.

Desde logo, porque o regime comunitário constitui uma mera construção jurisprudencial e interpretativa das tradições dos vários Estados-Membros e não de uma qualquer norma positivada que regule, em concreto e especificamente, a situação. De facto, o TJUE, embora faça referências aos artigos 11.º, 14.º e 19.º do Regulamento n.º 17/62, acaba por aludir a uma interpretação generalizada do mesmo regulamento⁷⁶.

74 A AdC, dispo de competência, de acordo com o artigo 3.º e 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, para aplicar os referidos artigos 101.º e 102.º TFUE, só poderá “aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respetivo direito nacional” (cfr. 1.º parágrafo do referido artigo 5.º).

75 Cfr., v.g., os acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, Colet. Ed. Especial Portuguesa p. 207, de 9 de Março de 1978, *Administração das Finanças do Estado c. Sociedade Anónima Simmenthal*, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (Ed. Esp. Port., p. 629), de 5 de outubro de 2004, *Pfeiffer e o.*, C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, de 11 de julho de 2002, *Marks & Spencer*, C-62/00, ECLI:EU:C:2002:435, de 4 de julho de 2006, *Konstantinos Adeneler e outros*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 e de 13 de Novembro de 1990, *Marleasing*, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395.

76 Cfr. o acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 1972, *AM&S*, 155/79, em particular os n.ºs 18 a 23.

Depois, porque nesta matéria, tal como reconheceu o próprio TJUE a propósito do princípio da segurança jurídica neste âmbito, no quadro da repartição das competências entre a Comissão e as diferentes autoridades da concorrência, *“as regras relativas à proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes podem, portanto, variar em função desta repartição de competências e das regulamentações [nacionais e comunitária] correspondentes”*⁷⁷.

O TJUE considerou, pois, que nem o princípio da segurança jurídica obrigaria a recorrer, para os dois tipos de procedimento acima mencionados, a critérios idênticos no que diz respeito à confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes⁷⁸, o mesmo sucedendo relativamente aos princípios da autonomia processual nacional e das competências de atribuição, que não puderam ser invocados contra os poderes de que a Comissão é titular neste domínio⁷⁹.

Por outro lado, importará atentar no facto de que mesmo o direito comunitário estabelece que, caso a própria Comissão ou uma autoridade de concorrência de outro Estado-Membro pretenda mandar a AdC para realizar uma ação de busca e apreensão em Portugal, esta exerce os seus poderes nos termos da respetiva legislação nacional (cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003). Ou seja, parece ser a própria legislação comunitária a especificar que será o direito nacional e não o comunitário o direito aplicável, mesmo em situações em que a AdC esteja a empreender tais ações em nome e por conta da Comissão.

Acresce, por último, que, aquando da realização da ação de busca e apreensão, por parte da AdC e *motu proprio*, a eventual aplicabilidade do(s) artigo(s) 101.º e/ou 102.º do TFUE ao caso ainda não se encontra integralmente estabelecida, sendo que uma decisão concreta e fundamentada a esse respeito só é tomada no final do processo, podendo mesmo ser judicialmente impugnada. Pelo que, em tal momento, não se encontrará sequer estabilizada a aplicação do direito comunitário da concorrência ao caso, apenas e quanto muito, do direito nacional da concorrência.

77 Cfr. o acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, ECLI:EU:C:2010:512, n.º 102.

78 Cfr. o acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, ECLI:EU:C:2010:512, n.ºs 103 a 105.

79 Cfr. o acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, *Azko Nobel*, C-550/07P, ECLI:EU:C:2010:512, n.ºs 113 a 121.

2.7. Do segredo profissional e confidencialidade nas ações de busca e apreensão nas instalações dos Clientes

A Lei n.º 19/2012 apenas parece ter visado regular as buscas e apreensões operadas em escritórios de advogados, omitindo-se qualquer referência aos casos mais frequentes de buscas e apreensões empreendidas nas instalações das empresas ou associações de empresas.

De facto, tem por vezes sucedido que a AdC, ao realizar ações de busca e apreensão em tais locais, depara-se com correspondência trocada entre a empresa (seus representantes ou funcionários) e os respetivos advogados, designadamente sob a forma de correspondência eletrónica (*emails* e respetivos anexos).

Ora, tal correspondência que respeite ao exercício da profissão, nos termos do n.º 1 do artigo 76.º do EOA, encontrar-se-á abrangida pelo sigilo profissional do advogado, conforme, aliás, já o Tribunal do Comércio de Lisboa anteriormente decidiu.

Com efeito, na sequência da *supra* citada sentença do Tribunal do Comércio de 17.1.2008, no Proc. n.º 572/07.9TYLSB, veio a empresa requerer a reforma parcial da sentença anteriormente proferida, pugnando pela declaração de nulidade da apreensão de todos os emails da autoria do advogado e a sua consequente restituição, mesmo se apreendidos fora do seu gabinete ou local de arquivo.

Alegou que só por lapso manifesto não teria sido considerada nula a apreensão de alguns dos documentos que se encontravam em envelope fechado, por não se ter tomado conhecimento que alguns deles seriam *emails* da autoria do advogado, “*respeitantes ao exercício da profissão e assim protegidos por sigilo profissional, não face ao local em que se encontravam mas pela sua própria natureza, nos termos descritos na sentença*”.

Embora tenha formalmente indeferido o pedido de reforma da sentença, por considerar que só se poderia pronunciar sobre o conteúdo dos documentos após a abertura do envelope selado, o Tribunal pronunciou-se então sobre a questão substancial suscitada no respetivo requerimento, tendo-o feito da seguinte forma:

“E entrando no conhecimento da questão matéria há que referir desde logo que a recorrente tem inteira razão.

Dando por reproduzidos todos os argumentos adiantados na sentença quanto ao sigilo profissional do advogado e ao seu regime de proteção legal (objetivo e indiferenciado entre advogados internos e externos) que seria ocioso reproduzir (cfr. fls. 1131 a 1138)

– *realçando agora a disposição contida no art. 71.º, n.ºs 1 a 3 do Estatuto da Ordem dos Advogados [atual artigo 76.º, n.ºs 1 e 3] e 180.º n.º do Código de Processo Penal – resulta claro que os documentos da autoria do Dr. [advogado] apreendidos, independentemente do local que se analisem em instruções ou informações escritas lhe terão que ser devolvidas por a sua apreensão padecer de nulidade nos termos expostos na decisão.*

Importa apenas esclarecer que, atenta a necessidade de verificação do preenchimento do disposto no art. 71.º n.º 3 [atual artigo 76.º, n.º 3] do EOA, diferentemente do que sucedia com as apreensões efetuadas no gabinete do advogado, há que analisar perfunctoriamente o conteúdo de tais escritos – o que foi efetuado mediante a nova abertura do envelope que nesta data declaro efetuei – incluindo o escrito referido a fls. 1137 penúltimo parágrafo (também este no envelope fechado).

Em termos materiais:

- *ir-se-á ordenar a junção aos autos de todos os documentos cuja devolução ao Dr. [advogado] não seja ordenada; tais documentos irão por mim ser assinalados como «CONJUNTO A»;*
- *ir-se-á ordenar a devolução em envelope duplamente fechado dos documentos abrangidos pelo sigilo profissional, para o domicílio profissional do Dr. [advogado]; tais documentos irão por mim ser assinalados como «CONJUNTO B»⁸⁰.*

Note-se, aliás, que em função da referida jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa, a própria AdC veio a reconhecer expressamente tais direitos.

Com efeito, nas suas *Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos Relativos à Aplicação dos Artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e dos Artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 22.3.2013*⁸¹, a AdC, no capítulo VI.3., sob o título “Sigilo Profissional”, expressa, por referência à sentença e despacho complementar da mesma anteriormente citados, que,

“193. De acordo com o regime de proteção legal aplicável ao sigilo profissional do advogado, não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, respeitante ao exercício da profissão de advogado.

80 Cfr. Despacho do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 23 de abril de 2008, que complementa a sentença proferida por este mesmo tribunal em 17 de janeiro de 2008, *Unilever Jerónimo Martins, Lda*, Processo n.º 572/07.9TYLSB, negro e sublinhados nossos.

81 Disponíveis no site da AdC, na seguinte morada da internet: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Noticias/Documents/LO_Instrucao_Processos_2013.pdf

194. O sigilo profissional do advogado abrange toda e qualquer correspondência profissional, quer ela se encontre no escritório do advogado, quer em qualquer outro lugar.

195. Esta proibição estende-se à «correspondência» aberta trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe tenha solicitado parecer, ainda que não dado ou já recusado.»⁸².

Ou seja e por outras palavras, a própria AdC reconheceu – e bem – que também a “correspondência aberta” de Advogados estaria abrangida pelo segredo profissional e independentemente do local onde a mesma se encontre. É que a única exceção a esta proibição residiria no caso de a correspondência ser relativa a facto criminoso pelo qual o próprio advogado tenha sido constituído arguido. Note-se, aliás, que este último reconhecimento ocorreu em momento posterior à entrada em vigor da Lei n.º 19/2012 e do respetivo artigo 20.º, n.º 5, posto que as citadas Linhas de Orientação foram adotadas pela AdC em 2013.

Não obstante, parece haver quem continue a entender de forma diferente. De facto, tendo presente, por um lado, a questão da construção jurisprudencial inerente ao conceito de ‘correspondência’; e, por outro lado, uma suposta interligação e interdependência do disposto nos artigos 75.º e 76.º do EOA, há quem considere que seria lícito à AdC proceder à apreensão de documentação de Advogados em ação de buscas e apreensão realizadas nas instalações de empresas.

Para os defensores desta tese, correspondência eletrónica aberta e respetivos anexos, por exemplo, serão, em qualquer caso, apenas meros “documentos” e não “correspondência”. E as instalações de empresas objeto de uma ação de busca e apreensão não constituem o escritório de um Advogado ou locais onde o mesmo faça arquivo. Assim, tais meros “documentos”, uma vez nas

82 Cfr. Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos Relativos à Aplicação dos Artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e dos Artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 5.7.2012, n.ºs 193 a 195, p. 39, negro e sublinhados nossos. Nas notas-de-rodapé n.ºs 211 e 212, é referenciado, para cada um dos referidos parágrafos n.ºs 193 e 194, respetivamente, o seguinte: “V. artigo 180.º, n.º 2 do CPP e o artigo 71.º, n.º 1 [atual artigo 76.º, n.º 1] do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA). Neste sentido V. também Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 17 de janeiro de 2008, Unilever Jerónimo Martins, Lda. Processo n.º 572/07.9TYLSB. A única exceção a esta proibição é o caso de a correspondência ser relativa a facto criminoso pelo qual o próprio advogado tenha sido constituído arguido”; e “Neste sentido, V. Despacho do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 23 de abril de 2008, que complementa a sentença proferida por este mesmo tribunal em 17 de janeiro de 2008, Unilever Jerónimo Martins, Lda., Processo n.º 572/07.9TYLSB”. E na nota-de-rodapé n.º 213, relativa ao parágrafo 195, é feita referência ao artigo 71.º, n.º 2, do EOA, correspondentemente ao atual artigo 76.º, n.º 2, do EOA.

instalações das empresas, não estariam na disponibilidade do Advogado para que este pudesse salvaguardar o sigilo profissional inerente aos mesmos⁸³.

Todavia, dir-se-á que tal posição parece objetar os mais elementares princípios decorrentes, em particular, das regras que regem a profissão de advogado.

Com efeito, aqui se recorda que o artigo 76.º, n.º 1, do EOA, sob a epígrafe “Apreensão de **documentos**” (negro e sublinhado nossos), que “*Não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão*”. Este princípio de proibição de apreensão é alargado pelos n.ºs 2 e 3 deste mesmo preceito e reduzido pelo seu n.º 4, o qual exceciona o referido princípio de proibição de apreensão no “...*caso de a correspondência respeitar a facto criminoso relativamente ao qual o advogado tenha sido constituído arguido*”.

Ora, só neste último caso é que pode ser apreendida a correspondência que respeite ao exercício da profissão de advogado, visto que a proibição de apreensão de correspondência “*estende-se à correspondência trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe haja solicitado parecer, embora ainda não dado ou já recusado*” (n.º 2 do artigo 76.º do EOA, negro nosso).

Neste contexto, importa recordar que compreende-se, na noção de ‘correspondência’, “*as instruções e informações escritas sobre o assunto da nomeação ou mandato ou do parecer solicitado*” (n.º 3 do artigo 76.º do EOA).

Os conceitos não são coincidentes, cabendo, pois, na designação de ‘*correspondência*’ as cartas, instruções do cliente, pareceres do advogado, informações recebidas ou dadas pelo cliente ou pelo advogado (cfr. n.ºs 2 e 3 do artigo 76.º do EOA).

Já a noção de ‘*documentos*’ exprime uma realidade mais ampla, sendo, na definição do art. 164.º, n.º 1 do CPP, toda e qualquer declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico nos termos da lei penal, nela cabendo a correspondência.

Contudo, é para nós evidente que a lei visa proibir a apreensão de todos os “documentos”, e não apenas de ‘*correspondência*’, tal como este último conceito é interpretado pelos tribunais, em matéria penal.

De facto, e desde logo, a epígrafe do artigo 76.º do EOA refere-se à “apreensão de documentos”. Em todos os números deste mesmo artigo, inexistente

83 Cfr., por ex., o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2.3.2011, 463/07.3TAALM-A.L1-3. Cfr., no entanto, o voto de vencido do Exmo. Juiz Desembargador Adjunto Dr. Sérgio Bruno Póvoas Corvacho.

qualquer nova referência a “documentos”, antes se referindo os mesmos sempre ao termo “correspondência”. Esta mesma redação e dicotomia tem-se mantido nas diversas versões do EOA. É, pois, para nós manifesto que, tendo em conta o disposto no artigo 9.º do Código Civil, se deverá considerar que o legislador pretendeu referir-se a “correspondência” e “documentos” como verdadeiros sinónimos.

Esta mesma interpretação é, aliás, corroborada pelo disposto no artigo 92.º, n.º 3, do EOA, que explicitamente refere que “*o segredo profissional abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, direta ou indiretamente, com os factos sujeitos a sigilo*” (sublinhados nossos).

Por isso mesmo, aliás, foi estatuída a proibição constante do n.º 2 artigo 179.º do CPP de apreensão de correspondência trocada entre o arguido e o seu defensor, tal como a estabelecida pelo n.º 5 do artigo 187.º do CPP a propósito das escutas telefónicas, as quais visam tutelar, mais do que o sigilo da correspondência ou das telecomunicações, as próprias garantias de defesa do arguido e, em especial, o direito que a este assiste, a fim de poder defender-se eficazmente, de organizar a sua defesa em privado com o seu defensor, fora das vistas do MP, dos OPC, do assistente e, em última análise do próprio Tribunal⁸⁴.

Podemos ver também um afloramento deste princípio no direito que é reconhecido na parte final da al. f) do n.º 1 do artigo 61.º do CPP ao arguido privado de liberdade de comunicar com o seu defensor em condições de privacidade – cfr. igualmente o artigo 78.º do EOA⁸⁵.

A apreensão de uma carta ou outro instrumento de comunicação escrita entre o arguido e o seu defensor é suscetível de lesar o direito do arguido à privacidade da sua estratégia de defesa, tanto antes como depois da sua receção e tomada de conhecimento pelo destinatário, pelo que deve entender-se que a proibição estabelecida pelo n.º 2 do artigo 179.º do CPP vigora para além destas⁸⁶.

Trata-se, afinal, da expressa ligação de que o TJUE tinha, no seu Acórdão *AM&S*, já referenciado, entre o direito à confidencialidade das comunicações entre uma empresa e os seus advogados e a necessidade de “*salvaguardar o*

84 Cfr. o voto de vencido do Exmo. Juiz Desembargador Adjunto Dr. Sérgio Bruno Póvoas Corvacho no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2.3.2011, 463/07.3TAALM-A.L1-3.

85 Cfr. o voto de vencido do Exmo. Juiz Desembargador Adjunto Dr. Sérgio Bruno Póvoas Corvacho no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2.3.2011, 463/07.3TAALM-A.L1-3.

86 Cfr. o voto de vencido do Exmo. Juiz Desembargador Adjunto Dr. Sérgio Bruno Póvoas Corvacho no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2.3.2011, 463/07.3TAALM-A.L1-3.

pleno exercício dos direitos de defesa, dos quais a proteção da confidencialidade da correspondência escrita entre advogados e clientes é um corolário essencial”.

Como tal, cremos que uma apreensão só poderia, em qualquer caso, ser lícita se porventura pudesse haver razões para pensar que o conteúdo dos documentos sobre que incidiu era elemento ou objeto de um crime, o que, manifestamente, não deverá ser o caso.

Tal proibição vem, aliás, na esteira do disposto no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, nos termos do qual “*É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal*” (sublinhado nosso).

Pelo que, em todo o caso, o próprio referido artigo 42.º do RGCO, por conter regulamentação específica quando à apreensão de correspondência, sempre afastaria a aplicação do artigo 179.º do CPP ao processo contraordenacional, e estabeleceria a proibição absoluta de utilização de correspondência não autorizada pelo visado, como meio de prova.

Assim, sempre se encontraria constitucional e legalmente vedada a possibilidade de apreensão de correspondência e documentos de Advogados em processo contraordenacional, o que bem se compreende atenta a sua tão apreendida distinta natureza e garantias relativamente ao processo penal. A não ser, claro está, para quem entenda que a sempre invocada menor ressonância ética-social das contraordenações apenas seja válida para coartar direitos dos visados por processos da referida natureza e não para justificar a atribuição de direitos aos mesmos.

Pelo que, mesmo admitindo a tese anteriormente referida, segundo a qual um *email* ou uma carta aberta é um mero documento e já não ‘*correspondência*’, nem por isso dever-se-á considerar validada uma qualquer apreensão dos documentos de Advogados porquanto a apreensão dos mesmos estará legalmente vedada à AdC.

Acrescente-se, além disso, que não será só relativamente a documentos guardados em escritório de um Advogado ou no seu arquivo que se coloca a questão do sigilo profissional de Advogado.

De facto, conforme referido por António Arnaut⁸⁷, em anotação n.º 1 ao artigo 71.º do EOA, que corresponde ao atual artigo 76.º do EOA, pp. 76 e 77, relativamente à proibição de apreensão de correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão, prevista no referido artigo,

87 Estatuto da Ordem dos Advogados – Anotado, 14.ª Edição, Coimbra Editora.

“Deverá entender-se que se trata de toda e qualquer correspondência profissional, quer ela se encontre no escritório do advogado, quer em outro qualquer lugar, incluindo em poder de terceiro. O preceito visa assegurar o segredo profissional consagrado no art. 87.º [atual artigo 92.º]” (sublinhados e negro nossos).

Acresce que o artigo 13.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário, também ela posterior à Lei n.º 19/2012), quando se refere às imunidades necessários dos Advogados para um desempenho eficaz, a fim de garantir o exercício livre e independente do mandato confiado aos advogados, se refere aos direitos “à especial proteção das comunicações com o cliente” e “à preservação do sigilo da documentação relativa ao exercício do direito de defesa” e ao regime específico da apreensão de documentos.

Ou seja, e por um lado, é notório que esta norma se refere sempre a “comunicações”, “documentação” e “documentos” e nunca a “correspondência”, parecendo mesmo distinguir a proteção das comunicações e do sigilo da documentação relativa ao exercício da defesa dos direitos inerentes à proteção do segredo profissional.

Por outro lado, é evidente que a referida norma distingue os regimes específicos de imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios (previstos no artigo 75.º do EOA), do também específico regime de apreensão de documentos (estabelecido no artigo 76.º do EOA).

Acrescente-se ainda que “a correspondência que respeite ao exercício da profissão” nem sequer tem que ter sido necessariamente trocada entre o advogado e o seu cliente⁸⁸.

Ou seja, nem pelo facto de uma apreensão de correspondência profissional de Advogados poder ocorrer enquanto a mesma esteja em “poder” de um terceiro – *in casu* de uma empresa buscada –, tornaria, a final, a mesma lícita, até porque, como esclarece Fernando Sousa Magalhães, “a preterição das garantias consagradas neste preceito [art. 76.º do EOA] corresponde a uma violação de correspondência, não podendo as informações recolhidas na sequência dessa intromissão servir de meio de prova, por não vigorar no nosso sistema constitucional a possibilidade de produção de prova a qualquer custo”⁸⁹.

88 Cfr. António Arnaut, Estatuto da Ordem dos Advogados, Anotado, pgs. 69-71 e Alfredo Gaspar, Estatuto da Ordem dos Advogados, Anotado, pgs. 87-89 e 138.

89 EOA anotado e comentado, Almedina, anotação n.º 3 ao artigo 71.º, atual n.º 3 do artigo 76.º, p. 88.

Pelo que se nos afigura que nada permite sustentar a interpretação segundo a qual só relativamente a documentos guardados em escritório de um Advogado ou no seu arquivo, num local na disponibilidade daquele, se colocaria a questão do sigilo profissional de Advogado, até porque inexistente qualquer relação de dependência ou interligação entre o disposto no artigo 76.º e o artigo 75.º, ambos do EOA. Bem pelo contrário: decorre do simples facto de estarmos perante artigos separados e independentes, sem qualquer remissão expressa ou tácita entre si, que nenhuma inferência ou ilação poderia ser tirada a esse respeito, espartilhando e subordinando a interpretação e âmbito de aplicação de uma norma à outra, quando nada milita nem faz crer ter sido essa a *mens legis*, sobretudo quando conjugada com as normas *supra* citadas.

Aliás, a não ser assim, estaria seriamente em causa a confiança que se deposita no Advogado: um Cliente que tenha dúvidas se determinado assunto poderá deixar de ser sigiloso, talvez recue antes de o apresentar ao Advogado ou talvez o apresente de modo diferente. E se inexistisse sigilo profissional dos Advogados relativamente à correspondência e/ou documentos – quaisquer que sejam os mesmos e onde quer que se encontrem – enviados e/ou produzidos por Advogados, qual o Cliente que recorrerá à respetiva contratação, sabendo que quaisquer comunicações que recebesse do mesmo poderiam ser, a final, intercetadas nas suas instalações ou domicílio? E qual o Advogado que continuará a comunicar por escrito com os seus Clientes (sejam cartas, emails ou quaisquer outras formas), sabendo que tais comunicações, uma vez na posse destes últimos, poderão ser apreendidas pelas autoridades competentes, por não beneficiarem da proteção do sigilo profissional e respetiva confidencialidade? É que, a ser procedente uma tal tese, levaria por certo a uma mudança de paradigma na relação entre Advogados e seus Clientes, deixando a profissão de ser exercida em Portugal nos seus atuais moldes, esvaziando-se a mesma e obviando-se que os advogados são indispensáveis à administração da justiça (n.º 1 do artigo 88.º do EOA) e que o patrocínio forense é “*elemento essencial à administração da justiça*” (artigo 208.º da CRP).

Nas palavras do Tribunal de Primeira Instância (atual Tribunal Geral), a confidencialidade entre advogados e os seus clientes responde,

“à exigência, cuja importância é reconhecida pelo conjunto dos Estados-membros, de que todo e qualquer cidadão deve ter a possibilidade de se dirigir em toda a liberdade ao seu advogado, cuja profissão comporta a obrigação de prestar, de forma independente, assistência jurídica a todos os que dela necessitem. (...)

Com efeito, atendendo à natureza particular do princípio da proteção da confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes, cujo objetivo consiste tanto em assegurar o pleno exercício dos direitos de defesa dos cidadãos como em proteger a exigência de que todo o cidadão deve ter a possibilidade de se dirigir com toda a liberdade ao seu advogado (v. n.º 77 supra), há que considerar que a tomada de conhecimento pela Comissão do conteúdo de um documento confidencial constitui em si própria uma violação desse princípio. Contrariamente ao que a Comissão parece sustentar, a proteção da confidencialidade excede assim a exigência de que as informações confiadas pela empresa ao seu advogado ou o conteúdo do parecer deste último não sejam utilizados contra a mesma numa decisão que puna uma infração às regras da concorrência.

Esta proteção visa, em primeiro lugar, garantir o interesse público numa boa administração da justiça que consiste em assegurar que todo o cliente tenha a liberdade de se dirigir ao seu advogado sem recear que as confidências que faça possam ser ulteriormente divulgadas. Em segundo lugar, tem por objetivo evitar os prejuízos que a tomada de conhecimento, pela Comissão, do conteúdo de um documento confidencial e a sua incorporação irregular no auto da investigação possam causar aos direitos de defesa da empresa em causa. Assim, mesmo que esse documento não seja utilizado como meio de prova numa decisão que puna uma violação das regras da concorrência, a empresa pode sofrer prejuízos que não serão suscetíveis de ser reparados ou só muito dificilmente o serão. Por um lado, a informação protegida pela confidencialidade das comunicações entre advogados e clientes poderia ser utilizada pela Comissão, direta ou indiretamente, para a obtenção de informações novas ou de meios de prova novos, sem que a empresa em causa seja sempre capaz de os identificar e de evitar que sejam utilizados contra si. Por outro, o prejuízo que a empresa em causa sofreria com a divulgação a terceiros de informações protegidas pela confidencialidade não seria reparável, por exemplo, se essa informação fosse utilizada numa comunicação de acusações no decurso do processo administrativo da Comissão. O mero facto de a Comissão não poder utilizar os documentos protegidos como elementos de prova numa decisão sancionatória não basta, assim, para reparar ou eliminar os prejuízos que resultariam da sua tomada de conhecimento do conteúdo dos referidos documentos.⁹⁰

A natureza dos serviços prestados pelo advogado acarreta, naturalmente, que entre mandatário e Cliente se constitua um amplo circuito de informação, da mais diversa natureza, que tem como pressupostos ou pré-requisitos essenciais

90 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, Azko Nobel, T-125/03 e T-235/03, ECLI:EU:T:2007:287, n.ºs 77 e 86 e 87, negro nosso.

a restrição do conhecimento dessa informação pelos seus intervenientes e a sua utilização exclusiva no âmbito do tratamento do assunto confiado ao advogado.

Tal regra deverá ser aplicável a correspondência trocada entre Advogado e cliente, quer fechada, quer aberta e nas suas diversas modalidades (escritos, cartas, faxes, mensagens eletrónicas, anexos, etc.) e independentemente da sua localização, com vista à proteção de valores basilares e essenciais do exercício da profissão, como é o caso do segredo profissional e da consequente confidencialidade das respetivas comunicações, abertas ou fechadas e estejam elas onde estiverem.

Isto mesmo foi reconhecido pelo TEDH, que, no seu acórdão *Campbell*, considerou que a apreensão de correspondência de advogado com o seu constituínte, por parte dos serviços prisionais (ou seja, correspondência que não se encontrava localizada no escritório do advogado), constituía uma violação do artigo 8.º da CEDH⁹¹:

“46. It is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion. It is for this reason that the lawyer–client relationship is, in principle, privileged. Indeed, in its S. v. Switzerland judgment of 28 November 1991 the Court stressed the importance of a prisoner’s right to communicate with counsel out of earshot of the prison authorities. It was considered, in the context of Article 6 (art. 6), that if a lawyer were unable to confer with his client without such surveillance and receive confidential instructions from him his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective (Series A no. 220, pp. 15–16, para. 48; see also, in this context, the Campbell and Fell v. the United Kingdom judgment of 28 June 1984, Series A no. 80, p. 49, paras. 111–113).

47. In the Court’s view, similar considerations apply to a prisoner’s correspondence with a lawyer concerning contemplated or pending proceedings where the need for confidentiality is equally pressing, particularly where such correspondence relates, as in the present case, to claims and complaints against the prison authorities. That such correspondence be susceptible to routine scrutiny, particularly by individuals or authorities who may have a direct interest in the subject matter contained therein, is not in keeping with the

91 Cfr. acórdão do TEDH de 25 de Março de 1992 no Proc. n.º 13590/88, *Campbell v. The United Kingdom*, sublinhados nossos, disponível em <http://echr.coe.int>. Cfr. igualmente e a título exemplificativo o acórdão do TEDH de 20.6.1988, no Proc. n.º 11368/85 *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland*.

principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his client.

48. Admittedly, as the Government pointed out, the borderline between mail concerning contemplated litigation and that of a general nature is especially difficult to draw and correspondence with a lawyer may concern matters which have little or nothing to do with litigation. Nevertheless, the Court sees no reason to distinguish between the different categories of correspondence with lawyers which, whatever their purpose, concern matters of a private and confidential character. In principle, such letters are privileged under Article 8 (art. 8).

This means that the prison authorities may open a letter from a lawyer to a prisoner when they have reasonable cause to believe that it contains an illicit enclosure which the normal means of detection have failed to disclose. The letter should, however, only be opened and should not be read. Suitable guarantees preventing the reading of the letter should be provided, e.g. opening the letter in the presence of the prisoner. The reading of a prisoner's mail to and from a lawyer, on the other hand, should only be permitted in exceptional circumstances when the authorities have reasonable cause to believe that the privilege is being abused in that the contents of the letter endanger prison security or the safety of others or are otherwise of a criminal nature. What may be regarded as "reasonable cause" will depend on all the circumstances but it presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the privileged channel of communication was being abused (see, mutatis mutandis, the Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom judgment of 30 August 1990, Series A no. 182, p. 16, para. 32)."

No fundo, conforme refere Ireneu Cabral Barreto, a respeito da jurisprudência do TEDH relativa ao artigo 8.º da CEDH, “o Tribunal precisou no Acórdão Campbell, de 25 de Março de 1992, A, 223, pág. 21, §53, [que] uma pessoa que precisa de consultar um advogado deve poder fazê-lo em condições propícias a uma plena e livre discussão; se um advogado não pudesse corresponder-se livremente com o seu cliente, a sua assistência perderia muito da sua utilidade”⁹².

Tenha-se por fim presente que, a não ser assim, poder-se-ia, em última instância, ponderar que a Comissão deixaria de empreender, ela própria, ações de busca e apreensão em Portugal, passando a delegar as mesmas na AdC, nos termos do n.º 2 do artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003. É que a AdC poderia então apreender documentos de Advogados externos nas instalações

92 Cfr. anotação ao artigo 8.º da CEDH in Cabral Barreto, 2015: 263.

das empresas visadas, nos termos do direito nacional, poder de que a Comissão não dispõe ao abrigo do direito comunitário. Posteriormente, a AdC disponibilizaria tais documentos à Comissão, para que esta os utilizasse como meios de prova, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 12.º ou do n.º 6 do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003⁹³.

Assim e em conclusão, tendo em conta o que supra se referiu, não restam dúvidas que, sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda aplicar direito da concorrência nacional ou comunitário terá de cumprir integralmente não só o disposto na relevante legislação nacional a respeito dos direitos de defesa e da confidencialidade da correspondência e demais documentos (para quem considere que a primeira se diferencia dos segundos) entre clientes e advogados (sejam eles internos ou externos e encontrem-se tais documentos no arquivo do advogado ou em qualquer outro lugar, mormente nas instalações do cliente) como igualmente o que, a este respeito, constitui o acervo do direito comunitário, nos termos *supra* expostos. E tal deverá suceder, conforme vimos, não só nos casos em que pretenda aplicar as normas de direito comunitário da concorrência como também quando queira aplicar as disposições atualmente constantes da Lei n.º 19/2012.

93 Cfr. Faull & Nickpay, 2007, que, referindo-se ao poder de uma autoridade de concorrência poder solicitar a outra a realização de ações de busca e apreensão, nos termos do artigo 22.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, refere o seguinte: *“Thus, the question whether information was collected legally or not is determined by the national law of the assisting NCA that has collected the information.”* (p. 139). Cremos que o mesmo sucederá no caso de a Comissão solicitar à AdC a realização de tais ações, tal como previsto no n.º 2 do artigo 22.º do referido Regulamento.

BIBLIOGRAFIA

AAVV

1993 *Commentaire Mégret, Le droit de la CEE*, 10 – La Cour de justice. Les actes des institutions, ULB, 1993.

2006 *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, 10.^a Edição, Coimbra Editora.

ARNAUT, António

1996 *Iniciação à Advocacia*, 3.^a Edição, Coimbra Editora.

2005 *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, 9.^a Edição, Coimbra Editora.

CABRAL BARRETO, Ireneu

2016 *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a Edição Revista e Atualizada, Almedina.

COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent

1995 Comentário ao artigo 8.^o(2) in PETTITI, L.-E. (org.), *La Convention européenne des droits de l'Homme – Commentaire article para article*, Economica, Paris, 1995, p. 351.

CRUZ VILAÇA, José Luís da

2001 “A proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária”, separata dos “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica* 61, *Ad Honorem* – 1, Coimbra Editora, 2001

FAULL & NICKPAY

2007 *The EC Law of Competition*, 2nd Edition, Oxford University Press.

JACOT-GUILLARMOD, Olivier

1995 “Règles, méthodes et principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” in PETTITI, L.-E. (org.), *La Convention européenne des droits de l'Homme – Commentaire article para article*, Economica, Paris, 1995, p. 49.

THE COMPETITION IMPACT OF EXTENDING THE ACTIVITY OF WASTE AND WATER MANAGEMENT CONCESSIONAIRES TO COMPETITIVE MARKETS

Miguel Moura e Silva & Manuel Cabugueira***

ABSTRACT: This paper discusses the analytical framework developed by the Portuguese Competition Authority to assess the impact on competition of public policy measures that authorize the expansion by an entity enjoying an exclusive right in a market covered by a concession contract to neighbouring markets that are legally open to competition. The water and waste management sector is considered as a case-study on the implementation of that analytical framework. The paper will integrate a legal perspective, considering the Portuguese legal system but also discussing the relevance of EU law, with a competition economics perspective focusing on possible distortions of competition.

INDEX: 1. Introduction. 2. Analytical background: theory, practice and jurisprudence. 3. The Portuguese legal framework for water and waste management. 4. The value chain for water and waste management. 5. The impact of an extension on an exclusive right on competition. 6. Public policy measures and the duty of EU member States not to distort competition. 7. The competition impact assessment methodology. 8. Conclusions.

INTRODUCTION

Most developed economies are ruled by principles of market economy and economic freedom reflecting an underlying assumption that competition¹ in

* CIDEEFF – Universidade de Lisboa, Alameda da Universidade, 1649-014 Lisboa, mmsilva@fd.ulisboa.pt.

** Universidade Lusófona, Campo Grande, 376, 1749-024 Lisboa, mcabugueira@ulusofona.pt.

All views expressed in this article are of the sole responsibility of the authors and are strictly personal. We thank all the participants of the ninth annual meeting of the Society for Environmental Law and Economics, held in May 2017 at Worcester College, University of Oxford, for their valuable comments.

1 As the expression of an independent rivalry in the markets as defined by Adam Smith, in “An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations” (chap. 7) and explored by the economic theory during the last centuries (for a discussion of the concept see Stigler, 1957).

(or for²) the market is one of the main drivers of economic development and social welfare. The argument is simple: increased competition (“independent rivalry”) pressures firms to present better deals to consumers (in quality and price) and to be more innovative, promoting a more efficient use of resources (in static and dynamic terms) and, as a consequence, promoting economic development and increased welfare (Syverson 2011).

Competition is thus regarded as a public good, requiring its defence and promotion through competition policy. The goal of competition policy is to act against competition distortions and to promote competition between firms in an effort to ensure a level playing field where firms compete on the merits.

Competition law enforcement, which is the visible expression of the competition policy, is primarily directed to firms’ conduct, punishing cartels and other agreements and concerted practices that restrict competition, condemning abuses of dominant firms and prohibiting mergers that significantly impede effective competition. Even though the main focus of attention is on private behaviour, competition may also be distorted by public measures. While promoting the public interest or addressing market failures,³ public bodies may influence market structure and distort the competitive relation between firms.

The level playing field may be distorted by different forms of public intervention: from the most radical transformation, with the creation of a legal monopoly or the award of a special or exclusive right, grounded on the existence of economies of scale or the necessity to guaranty universal access to an essential service; to a less obvious impact when a subsidy or a tax exemption is granted to specific firms under a regional economic policy to promote economic development and employment. In these different cases the focus of the public authorities or regulators would be a specific public interest disregarding, intentionally or not, a second public interest that is the protection of “competition” as a public good. Since the source of the distortion of competition is a public measure and not conduct by firms operating in the market, competition law enforcement is generally not applicable.

This has led to the development of advocacy tools, whereby competition watchdogs seek to influence public decision-makers so as to prevent, mitigate or even eliminate possible anticompetitive impacts arising from public measures.

2 For a introduction of the concept of competition for the market see the seminal paper by Demsetz, H., 1968.

3 For a discussion see Noll, Roger G., 1989, and Armstrong and Sappington, 2007.

It is in this context that the “competition impact assessment” (CIA) methodology has been introduced as an instrument that evaluates the impact of public decisions on competition. The goal of this exercise is not to extol “competition” as the most important public interest, but rather to identify and discuss the impacts on competition and the consequences to the economy that may result from competition-distorting public interventions. At the end, the ultimate objective is to contribute towards a more informed decision process and more efficient public interventions.

This methodology has been implemented in different countries and institutional settings⁴. In several countries CIA is part of a wider Regulatory Impact Assessment (RIA)⁵, which “is a method of policy analyses [...] intended to assist policy-makers in the design, implementation and monitoring of improvements to regulatory systems, by providing a methodology for assessing likely consequences of proposed regulation and the actual consequences of existent regulation” (Kirkpatrick and Parker, 2007). Within this framework, CIA is one of the economic impacts to be assessed, regarded as a contextual cost for firms that result from a public decision.⁶

In this paper, we apply the CIA methodology to a particular situation that presents an additional difficulty from a competition policy perspective. We discuss the competition impact of a public decision that may allow for a firm benefiting from an exclusive or special right in a market where there is a legal monopoly, to expand its activity to a market that is open to competition. The application of the CIA methodology is integrated in the Portuguese legal framework and considers the European jurisprudence on state measures that distort competition.

This question has been raised in the context of the water, wastewater and waste management activities at municipal level that function as legal monopolies under the Portuguese legal framework. By law, the public or private firms entrusted with these activities may expand their operation to complementary

4 For a revision see the OECD report, “Experiences with Competition Assessment: Report on the Implementation of the 2009 OECD Recommendation”, 2014.

5 Countries like the United Kingdom, Germany, Italy, Ireland, Spain, Poland and Slovenia. For a revision of different experiences in RIA see Jacobs, 2007, and the OECD page on the subject: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>. For a discussion on the use of RIA has a political instrument see Dunlop et al, 2012.

6 In the European context the CIA in the Better Regulation program that aims to push for a more efficient public intervention. For more information on the European Commission program on Better Regulation see: http://ec.europa.eu/smart-regulation/index_en.htm.

or auxiliary activities, subject to governmental authorization following a non-binding opinion of the Portuguese Competition.

Within this framework, our analysis relates to the competitive impact of a firm's activity extension, which has been awarded an exclusive right through a concession contract to a complementary or auxiliary activity, thus entering into a neighbouring market not covered by the concession. Since the actual extension is the result of a public decision to authorize it, the analysis follows the methodology used in a Competition Impact Assessment (CIA) of a public decision.

From the perspective of a Competition Authority two interesting questions are: (1) what are the impacts on competition that may arise in this situation and (2) what are the aims to be pursued by a competition law-based intervention at this stage. We start by presenting, in section 2, a review of the main theoretical developments that support our analysis, and in section 3 the legal framework for water and waste management. The two relevant questions will be answered in sections 4 and 5 where we establish and develop the theoretical background for the legal and economic analysis. In section 6 we look at the role and the limitations imposed on all institutions involved under relevant competition law rules and EU case-law.

Section 7, provides an account of how to conduct a CIA in this market expansion scenario, proposing a three-step methodology. The first step implies a characterization of the markets where the relevant activities are conducted, to understand the economic linkages between the protected activity and the complementary or auxiliary activity, as well as the competitive structure of those markets (this first step is supported on the analyses presented in sections 4 and 5). The second step identifies possible competitive impacts using as a guideline the OECD competition assessment toolkit (OECD, 2011, Vol. 1 and Vol. 2) and the theoretical and legal background on anti-competitive conducts analyses (as developed in section 5). The third step concludes the analysis by presenting the Portuguese Competition Authority's view on the competition impact of the envisaged activity extension in that framework, engages in a proportionality test in the lines discussed on section 6, and presents possible remedies or alternatives that may be less stringent on competition.

Finally, section 8, presents the main conclusions of this paper.

ANALYTICAL BACKGROUND: THEORY, PRACTICE AND JURISPRUDENCE

The background to the methodology that we will be presenting is three folded. We build our analytical tool on three lines of policy evaluation: the theoretical treatment and institution reports on “competitive neutrality” and “regulatory neutrality”; the toolbox for CIA (and RIA), with the practical guidelines that have been developed by different institution; and the competition law and economics theory and European jurisprudence on the application of competition law to leveraging of dominant position.

Competitive neutrality has become a relevant topic for public polices and regulation in recent years⁷. In a broad sense, it refers to a market situation “where no entity operating in an economic market is subject to undue competitive advantages or disadvantages”. This competitive neutral state “may be affected by ownership, institutional forms or specific objectives for certain economic agents. One example would be advantages or disadvantages conferred by governments to business activities controlled by themselves. Another relates to the non-profit sector that in some jurisdictions is active in the market place despite enjoying tax and other advantages” (OECD, 2012). It is in the perspective of the distortions that may accrue from the public intervention in markets that this concept has been discussed, especially focusing on mixed markets where state-owned enterprises compete alongside private firms (OFT, 2010).

The acknowledgment that public participation and intervention in the markets may distort competition has raised concerns related to the impact on economic efficiency and doubts regarding the end results on welfare (Sokol, 2009 and UNCTAD, 2014). As expressed by the Productivity Commission of the Australian Government, in the “Competitive Neutrality Policy Statement”, “where competitive neutrality arrangements are not in place, resource allocation distortions occur because prices charged by significant government businesses need not fully reflect resource costs. Consequently, this can distort decisions on production and consumption, for example where to purchase goods and services, and the mix of goods and services provided by the government sector. It can also distort investment and other decisions of private sector competitors”⁸.

7 For a revision on the discussion and the practice on competitive neutrality see: <http://www.oecd.org/competition/competitiveneutralitymaintainingalevelplayingfieldbetweenpublicandprivatebusiness.htm>

8 See “Competitive Neutrality Policy Statement” available at: <http://archive.treasury.gov.au/documents/275/PDF/cnps.pdf>.

The same Productivity Commission also stresses that competitive neutrality “does not require governments to restructure the delivery of social programs into competitive market”; nor does it “require governments to remove community service obligations (CSOs) from their government businesses”; not even does it “imply that government businesses cannot be successful in competition with private businesses”. The concern is set on avoiding that public intervention distorts “the level playing field” between public and private entities.

Focussing on the competitive advantages of state-owned enterprises in mixed markets, Capobianco and Chistiansen (2011) refer to six situations where the competitive advantages of these firms over their rivals “are not necessarily based on better performance, superior efficiency, better technology or superior management skills but are merely government-created”: outright subsidisation, concessionary financing and guarantees, regulatory financing and guarantees, monopolies and advantages of incumbency, captive equity and exemption from bankruptcy rules and information advantages.

Due to the difficulty in applying national competition laws in such situation, *ex ante* remedies have been proposed by different institutions (OECD, 2012 and OFT, 2010)⁹. In this sense, the OECD recommends “eight ‘building blocks’ that governments should address if they seek to obtain competitive neutrality”. These are primarily related: to increase transparency and control over public intervention on the markets; the introduction of accounting rules that may allow for cost and revenues control; the establishment of adequate, transparent, and accountable compensation for state-owned firms in the market public; and the introduction of regulatory neutrality guarantying equal fiscal and regulatory conditions between public and private firms (OECD 2012).

Regarding the CIA methodology the OECD has been gathering information on different experiences on the implementation of CIA and is working to propose a uniform methodology for its application¹⁰. This methodology is summarized in a CIA checklist, that consists of a series of threshold questions, “that show when proposed laws or regulations may have significant potential to harm competition” (OECD, 2011, Vol 1). The public intervention is considered to have a competition-distorting effect if it:

⁹ As we will further develop in the text, at the EU level it may be possible to apply article 106^o of the Treaty on the Functioning of the European Union (see also OECD, 2012).

¹⁰ For further information on the OECD work on this subject see the OECD Competition Assessment Toolkit: <http://www.oecd.org/competition/assessment-toolkit.htm>.

- Limits on the number or range of suppliers?
- Limits on the ability of suppliers to compete?
- Reduces the incentives for suppliers to compete?
- Limits the choices and information available to customers?

It is the opinion of the OECD this “checklist helps policymakers focus on potential competition issues at an early stage in the policy development process.” (OECD, 2011, Vol 1).

The same four impacts are considered in the CIA methodologies adopted in different countries like Spain, France or the United Kingdom.

In Spain, the “competition assessment report” is one of the documents that completes a RIA process. The report follows a three-step analysis: identification of possible negative effects on competition, justification of the restrictions in face of the public interest goal, the evaluation of regulatory alternatives. The OECD checklist is applied at the identification stage.¹¹

In France, the Competition Authority (Autorité de la Concurrence), presents a “Guide for competition impact assessment of draft legislation”, that develops “a vade-mecum that can be used by government officials to help them identify cases that should or may usefully be submitted to the Autorité de la concurrence for an opinion, and also to assess the competitive impact of any new statutory or regulatory provisions they may propose.” This guide is constructed in a series of questions regarding the impact on competition and referring to the same issues as the OECD checklist.¹²

In the United Kingdom, the Competition Assessment is also a stage in the Impact Assessment process that is required for all government interventions of a regulatory nature that affect the private sector, civil society organisations and public services. This Impact Assessment tool is “to be used to help develop policy by assessing and presenting the likely costs and benefits and the associated risks of a proposal that might have an impact on the public, private or third sector, the environment and wider society over the long term.”¹³ The OFT published a guide for policy makers for the completion of the Competition assessment setting four questions that replicating the OECD checklist.¹⁴

11 See <http://www.cnmc.es/es-es/promoci%C3%B3n/gu%C3%ADasyrecomendaciones.aspx>

12 http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/guide_concurrence_uk.pdf.

13 <https://www.gov.uk/producing-impact-assessments-guidance-for-government-departments>.

14 The former United Kingdom Competition Authority.

The third line of research that is relevant to our methodology is the modern formulation of concerns in competition law and economics over the leveraging of a monopoly or dominant position to neighbouring markets that would otherwise be competitive (Bishop and Walker, 2010, 277). Two main types of issues can be discussed here. The first deals with the use of anticompetitive practices to protect a dominant firms' hold in its primary (dominated market). This is one of the central aspects of the Microsoft antitrust litigation in the US (the tying of browsers to Windows to protect dominance in the market of operating systems for Intel compatible PCs) and the EU (the tying of Windows Media Player to Windows, again to protect dominance in the market for operating systems) (Viscusi et al, 2005, 278–280, Carlton and Waldman, 2002). For the reasons explained in the following section, in the Portuguese waste sector this scenario is unlikely as the dominant position of concessionaires in waste management is protected by a legal monopoly. The second class of issues refers to the risk of expanding dominance to a neighbouring market (Viscusi et al, 2005, 275–278, Whinston, 1990). The risk here is that “as a result of such leveraging that second market would be less competitive” (Bishop and Walker, 2010, 277). As discussed in section 4, there can also be efficiency-related rationales that justify such practices. An extensive review of the relevant case law can be found in Moura e Silva, 2010, chapters 5 and 6.

This line of literature is highly relevant in the context of this study given the legal protection afforded to concessionaires in their primary market (thus preventing any contestability of dominance, except in the long-run when concessions reach termination). In light of the deregulatory aims of the European single market and the European Commission's powers under article 106 TFEU, the European Court of Justice has developed a significant line of case-law according to which the leveraging of dominance by a firm holding exclusive rights in a primary market to a secondary market may involve not just a breach of competition law on the part of dominant firm, but also by the state awarding the exclusive right or authorizing expansion into that neighbouring market (for an extensive review, see Sierra, 2014). These theoretical, practical and jurisprudential developments are applied to the Portuguese waste sector in sections 5 and 6 below.

As stated in the introduction to this section, these three lines of theory, practice and case-law form the analytical background of the methodology proposed in this paper. The aim of this paper is to contribute to a knowledgeable, academically and legally sound approach to the issues raised by public

policy measures that allow firms holding a dominant position in a primary waste management market into neighbouring markets that could operate competitively. The methodology proposed uses the insights of those three lines of development to assess a particular public intervention in the market, pointing out to possible solutions that, as a form of *ex ante* remedies to the competitive risks identified in the literature and the case-law, may contribute to an improvement on market efficiency.

The situation that we are assessing requires special scrutiny given that we are addressing a public decision – an authorization – regarding the extension of the activity of a firm, that benefits from an exclusive or special right in a market where it provides a service of general economic interest economic – the provision of waste and water supply service. This exclusivity, that allows the firm to operate as a legal monopoly, was in itself the result of a previous public decision to grant to state or privately-owned firms the responsibility to provide those services as concessionaires. In our analyses we consider these firms has having the same benefits as a state-owned enterprise, regardless of being publicly or privately owned. The concepts of “competitive neutrality” and “regulatory neutrality” are clearly relevant in this scenario.

The contribution of this methodology to better-designed public policies in the field of waste management is to create a framework to conciliate the prevalent environmental concerns behind the authorization of expansion by concessionaires with the promotion of competition as an institutional guarantee of an efficient functioning of waste markets. It is submitted that this can be achieved by combining the insights of competition law and economic analysis of leveraging of dominance to neighbouring markets with the approach envisaged in the competition impact assessment toolkit to assess public measures and the legal principles emerging from the European Court of Justice case-law under the competition rules of the EU. The latter also provides a form of background default rule: should these concerns not be resolved through *ex ante* remedies or in case of non-compliance, the provide a warning as to the possible risks faced by a firm that chooses to act anticompetitively in the neighbouring market, signalling the sector for future *ex post* intervention through the imposition of sanctions. This provides the necessary inputs to design appropriate remedies to address *ex ante* possible anticompetitive risks in a coherent framework,

Although this analysis is focused on the specific issues raised in the context of waste and water management in Portugal, we believe that the methodology

developed in the following sections contributes to the theoretical and practical discussion on public intervention in the utility sector, combining the previous lines of discussion into one structured analytical tool and providing possible pragmatic solutions.

THE PORTUGUESE LEGAL FRAMEWORK FOR WATER AND WASTE MANAGEMENT

The water and waste management sector in Portugal is currently undergoing a substantial restructuring process in an effort to adapt to the new EU Directives and to economic and technical developments in the markets for these services. The institutional setting for the provision of public services for water and urban waste management is also being reformed, as are the market regimes for waste management.¹⁵

These changes maintain a clear focus on the compliance with Portuguese and EU environmental goals but they also reflect an explicit concern with the efficient use of infrastructure and the economic and financial sustainability of the system.

In the Portuguese legal system, the provision of water supply, wastewater management and urban waste management services¹⁶ is one of the basic economic sectors from which private enterprise may be excluded.¹⁷ The relevant legal regime is set in Law no. 88-A/97 which limits the private enterprise access to water collection, treatment and distribution, urban wastewater collection, treatment and disposal and urban waste management within the scope of municipalities and/or so-called multi-municipal systems (i.e. systems

15 See Antonioli B. and Massarutto A., 2011, for a clarification on the two concurrent institutional systems for waste management in European countries: a public service, organized as a legal monopoly, operating at a municipality level, responsible for household waste and urban waste from small producers (that we will generically name urban waste); and a market regime managing the remaining commercial and business waste, under the application of the extended producer responsibility (as defined in the Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008, on waste and repealing certain Directives).

16 Throughout this article urban waste includes household waste, urban orphan waste and urban waste from small producers. The Portuguese legal framework for waste management distinguishes between urban waste from small producers and from large producers. The former is considered to be waste produced by private or commercial firms with the same characteristics as household waste, i.e. not exceeding 1100 Litres daily (Decree-Law no. 178/2006, article 5(2) and Decree-Law no. 96/2014, article 1, o)).

17 Portuguese Constitution of 1976, article 86(3). The original drafting of this provision, adopted in the wake of the 1974 revolution and the nationalizations that took place in 1974 and 1975, imposed on legislative bodies the duty to provide for such exclusion. Following the 1989 constitutional amendment, the legislator may exclude such sectors but is no longer required to do so.

serving two or more municipalities requiring a predominantly State-funded investment for reasons of national interest). Until 2013, multi-municipal concessions could only be awarded to public-sector-controlled entities. Private enterprise was admitted at municipal level but only following the award of a public service concession.

Given the envisaged privatization of the State holding company EGF¹⁸, with its controlling stake in 11 of the 12 multi-municipal waste management system concessionaires, the law was changed in 2013 to allow the grant of concessions to privately-controlled entities (Law no. 35/2013). Thus, access to private enterprises is currently limited only with regard to water collection and supply and wastewater management services. The exclusion is not complete, however, as the 2013 law allows the concessionaire to grant sub-concessions, in part or in full, to private entities (new Article 1(6) Law no. 88-A/97).

Following this partial liberalization, distinct management models were introduced by Decree-Law no. 92/2013, adapting the legal framework for multi-municipal systems of water, wastewater management and waste management to the new rules. With this new legal framework, the exclusive rights for water collection, treatment and distribution as well as wastewater collection, treatment and disposal in a multi-municipal system are either directly held by the State or attributed to a public-sector-controlled firm under a concession contract (with the possibility of sub-concessions being granted to private sector entities). Exclusive rights for urban waste management in multi-municipal systems can be awarded under a concession contract to privately-controlled enterprises. This allowed the privatization of the concessionaires of urban waste management multi-municipal systems, through long-run concessions, thus establishing distinct roles to be played by the State, as the entity responsible for the public service, and the concessionaire providing the service.

Concessionaires of water, wastewater, and urban waste management multi-municipal systems may be allowed to extend their operation beyond the scope of the concession contract to complementary and ancillary activities, provided this does not conflict with the provision of the public service awarded by concession, that it does not distort competition and that the concession services maintain separate accounting (Article 5(2) Decree-Law no. 92/2013). The same

18 EGF (Empresa Geral do Fomento, S.A.), “is Águas de Portugal Group’s sub-holding company responsible for guaranteeing the treatment and recovery of waste within a framework of environmental and economical sustainability and contributing towards raising the quality of life and the environment” (<http://www.egf.pt/?lang=en>).

provision sets out examples of such activities, namely the use of infrastructure to exploit energy-generating potential and waste preparation for recycling and recovery. This possibility is, however, subject to governmental authorization following a non-binding opinion by the Portuguese Competition Authority (PCA).

In view of the envisaged privatization of EGF, Decree-Law no. 96/2014 established specific rules for multi-municipal waste management systems awarded to private-sector entities and set the uniform terms for those new concession contracts. Regarding the authorization to undertake complementary and other activities, Decree-Law no. 96/2014 requires a non-binding opinion from the Regulator for Water and Waste Services (ERSAR – *Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos*), in addition to the opinion of the PCA.

Decree-Law no. 96/2014 also provides an important clarification to the meaning of “complementary” and “auxiliary” activities, albeit formally limited to the concession of the multi-municipal waste management systems awarded to private firms: “complementary activities” are those not included in the core activity of the concession that use the existing infrastructure, in view of maximizing its profitability; “other activities” (which seem to be correlated with the concept of auxiliary activities) are those that the concessionaire is licensed to perform that are not related to its primary activities.

THE VALUE CHAIN FOR WATER AND WASTE MANAGEMENT

To understand the possible impact of an extension of the concessionaire’s activity on competition, it is essential to have a prior understanding of the structure and competitive pressures of the value chain supporting these services.

The services of a general economic interest related to water, wastewater and waste management are organized in a value chain with two vertically related primary activities¹⁹, a distribution network serving users/consumers, and a bulk service consisting of the infrastructure supporting that network, that relates to other support activities. The two primary activities are fundamental for the provision of the public service and are the object of the exclusive right of concessionaires.

In water supply, the bulk operations encompass the collection, treatment and storage of water and the distribution operations relate to the downstream

¹⁹ On the concept on industry value chain, the vertical relation between operations and support activities view Porter, 1985: Ch. 1.

networks that deliver the water to end users and consumer households (Cave and Wright, 2010). Regarding wastewater management the distribution network is the drainage system that is connected to the bulk sewage system and to the systems for wastewater treatment, storage and disposal. Finally, for waste management the upstream activities are the collection of undifferentiated or sorted waste, and the downstream activities are the bulk services of transport, selection, disposal or recovery.²⁰

As already mentioned, all the bulk and distribution systems for households and urban services are supplied under a public concession granting exclusive rights. This means that concessionaires operate in a market under a legal monopoly, i.e., without competitive pressure, usually subject to sector regulation. There are different arguments to support a legal monopoly as discussed in the literature on the economics of regulation²¹. It may be a response: to “market failures” related to the existence of scale or network economies or asymmetric information (Braeutigam, R., 1989); and/or to the need to ensure the provision of a service of general economic interest (Noll, R., 1989 and Armstrong, M. and Sappington, D., 2007), observing principles of universality and non-discrimination. In the case urban water and waste services, their provision must also comply with the Portuguese and European environmental objectives and quality of service requirements.

The undertakings that benefit from the exclusive right are under the obligation to make available (i.e., invest in) and to manage the infrastructure and all the equipment necessary to ensure the supply of those services at the level set by the concession contract. These firms, whether in the public-sector or in the private-sector, operate with the objective of being effective in complying with their contractual duties, of providing efficient management of their assets, in particular, the infrastructure and of achieving financial stability.

In sum, the bulk and distribution activities in water and waste management are part of a larger value chain that includes principal activities and other support activities that may be horizontally or vertically related. The concessionaire holds an exclusive right in part of these operations while maintaining horizontal and vertical relations with other firms operating in markets open

20 For further and more detailed description of the value chains for water, wastewater and waste sectors view Baptista, 2014.

21 For a revision see Baldwin, R. et al, 2012.

to competition²². It is important to notice that in these relationships, the firm benefiting from the exclusive right may act as a monopolist, when it offers the service covered by the legal exclusive, but it may also act as a monopsonist as it may be the only firm requiring specific services or goods (Massarutto, 2007).

In its effort to attain economic efficiency and financial stability, concessionaires may consider substituting the vertical and horizontal relations in the market for the possibility of expanding their activities into those services. With this decision to expand, they will alter the market competitive structures within the value chain, and in other related operations specially, if they are able to leverage their market power onto the competitive markets.

In particular there may be two consequences on the market competitive structure. On one hand, if a concessionaire expands its activity into an operation that is within the value chain and is open to private initiative and competition, it may use its market power in the protected market to exclude other competitors from the competitive market (what the EAGCP Report, 2005, classifies as exclusion within the market). This effect will be more probable and more severe the stronger the firms' position in the market and, especially, if the firm has a monopsonist or a monopolist position with the possibility of acting as bottleneck (Rey, P. and Tirole, J., 2007). For example, if the firm is the only one delivering an intermediate good (i.e., its collects a specific waste for recycling or for energy evaluation) and decides to vertically integrate a further activity for transformation, it is possible that it will have an advantage vis-à-vis its competitors (former clients) possibly leading to the foreclosure of the related market.

On the other hand, if the concessionaire decides to expand its activity to a related market, it could leverage the existing dominant position in the market where it has an exclusive right into the new activity (what the EAGCP Report, 2005, classifies as exclusion in an adjacent market). It may use, for example, the existing equipment or infrastructure, financed with investments in the protected market, to gain a favourable position in the competitive market or it may cross-subsidize the operation in the competitive market with gains from the protected market or even transfer costs from one operation to the other.²³

22 For example, in waste management the firm managing urban waste may outsource transportation services while remaining responsible for the waste until it is transferred to a recycling facility (as is the case where sorted waste is sold for recovery).

23 The possibility of expanding the activity to a related market, open to competition, while using the existing infra-structure, may create a distortion on the decision to invest. If a firm that has the responsibility

From these cases, it becomes clear that when a firm that benefits from an exclusive right, as is the case of a water, wastewater or waste management services concessionaire in Portugal, decides to extend its activity to new markets, this might have an impact on the competitive structure. Nevertheless, this does not necessarily entail that the activity expansion by the concessionaire will have a negative impact on social welfare, only there might be an impact on competition within the protected markets or in adjacent markets. This is a theme subject to ample discussion in economic literature on the social costs and benefits of market foreclosure.²⁴

On the side of possible negative impacts, there is the classical argument that associates an increase in market power with allocative, productive and dynamics inefficiencies.²⁵ From the consumer's point of view, this implies facing a narrower supply in the new market, with higher prices, less quality and less innovation as a consequence of the decrease in competitive pressure.²⁶

From a more favourable perspective, reminiscent of the Chicago School critique on vertical integration (Bork, R, 1978 and Posner, R. 1976), the integration of different activities in the same undertaking holding a dominant position in a related market could increase efficiency if, e.g., there are gains to be made with economies of scale and scope or the introduction of new technologies, and savings to benefit from if there are transaction costs that are avoided or an increase in the vertical information that relates the final consumer to the producer, preventing double marginalization or allowing for a more correct estimation of the market demand (Rey, P, and Tirole, J., 2007; Joskow, P., 2008 and EAGCP Report, 2005,)

to invest in a infra-structure that will be used in a protected market knows that it will be acceptable for it to latter expand its activity to an open market using the same infra-structure it may over invest in the first moment on the perspective of later gains. This argument comes close to what is known in the literature as the Averch-Johnson effect (Averch & Johnson, 1962)

24 For a discussion on the effects on welfare when a firm that is a regulated monopoly expand its activity in to a deregulated market see Vickers, 1995. As Vickers explains, the question that is raised in that situation is not the same as the one addressed in the literature on vertical integration. Nevertheless, the literature on vertical integration explores a number of important issues that are relevant to "the general question at hand, including economies of scope and vertical externalities, variable proportions in production, possibilities for price discrimination and monopolistic competition between differentiated products." (Vickers, 1995: 2)

25 For a revision of the arguments see, e.g., EAGCP Report, 2005; Cabral, 2000: chap 2 and 9; and European Commission, 2009. On the allocative inefficiencies see also the seminal article by Harberger, 1954.

26 There is also a well-known phenomenon in legal and economic literature on regulated markets where a regulated-firm subject to price-regulation is able to evade regulation by acquiring and exercising market power in a vertically-related market (rate-regulation evasion) (USA DOJ, 1982 Merger Guidelines, available in <https://www.justice.gov/archives/atr/1982-merger-guidelines>).

A final extreme case should be considered. It might happen that the concessionaire intends to expand, or is asked by the market to extend its activity to a related market outside of its concession and open to private initiative where no alternative suppliers exist. This may happen because the local market doesn't create enough scale even though service has to be offered for social or environmental reasons. As the market is legally opened to competition, central or local governments may be hesitant in contracting the provision of these services on an exclusive basis and instead rely on the expansion by the concessionaire. In the case the concessionaire enters the competitive market, there will be a first-mover with the capacity to create entry barriers that will reduce incentives for new entrants should market conditions change and allow competition to take place.

THE IMPACT OF AN EXTENSION ON AN EXCLUSIVE RIGHT ON COMPETITION

From a competition law perspective, the risk of foreclosure is higher when the expanding firm enjoys a dominant position. A dominant position is defined in the ECJ's case law as "a position of economic strength enjoyed by an undertaking, which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers. Such a position does not preclude some competition, which it does where there is a monopoly or quasi-monopoly, but enables the undertaking, which profits by it, if not to determine, at least to have an appreciable influence on the conditions under which that competition will develop, and in any case to act largely in disregard of it so long as such conduct does not operate to its detriment" (ECJ 1979, paragraph 38).

The delimitation of the relevant market is a precondition to determine whether a given firm holds a dominant position and, therefore, to subject its conduct to article 102 TFEU²⁷ (abuse of dominance).²⁸

27 TFEU – Treaty on the Functioning of the European Union. For the main provisions regarding the European Competition law in the TFEU see: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>. For a discussion on the application of the competition Law, and in particular article 102, to utilities see Williams, 2004.

28 This corresponds to article 11 of the Portuguese Competition Act – Law no. 19/2012. In this paper we will only refer to Article 102 TFEU but most of what will be said in this regard also applies under the Portuguese competition regime.

Due to its importance, the CIA analysis starts with the identification of the relevant markets that may be affected by the public decision. In the case under analysis, this entails ascertaining whether the different activities related to water, wastewater and waste management could be identified as relevant product markets and establishing the geographical borders of those markets (i.e. regional or national). A good starting point for this exercise is the position of the European Commission Directorate General for Competition (“DG Comp”) regarding the relevant markets for packaging waste. DG Comp has classified each activity in the value chain for packaging waste management as a relevant market, at regional or national level, leaving open the possibility of a further division taking into account different types of waste and users (European Commission, 2005). It is in the context of the relevant market that dominance is then assessed.

The assessment of dominance may not be as problematic as it would seem as there is support in the case-law of the European Court of Justice (ECJ) for the proposition that a firm holding an exclusive right in a given economic activity is to be considered as holding a dominant position in a substantial part of the internal market. In *Dusseldorp* the ECJ held that “[t]he grant of exclusive rights for the incineration of dangerous waste on the territory of a Member State as a whole must be regarded as conferring on the undertaking concerned a dominant position in a substantial part of the common market” (ECJ 1998, paragraph 60).²⁹

It should be noted that merely holding a dominant position is not tantamount to an infringement of article 102 TFEU. According to long-standing case-law, “a finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market”. (ECJ 1983, paragraph 57)

For conduct by a dominant undertaking to run afoul of article 102 TFEU it is therefore necessary that it constitutes an abuse of said dominant position. In the *Hoffmann-La Roche* case, where this pharmaceutical company was considered to be dominant in the markets for different vitamins for industry use and human consumption and to have abused that position by entering

²⁹ This statement is consistent with earlier case-law. See, (EC) 1991a paragraph 28, 1991b paragraph 31, 1991c paragraph 14, 1991d paragraph 17).

into exclusive purchase agreements with its clients as well as by granting rebates conditional on the client obtaining most or all its requirements from Hoffmann-La Roche, the European Court of Justice delineated concept of abuse of a dominant position, as a behaviour “which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition”. (ECJ 1979, paragraph 91)

Article 102 TFEU addresses two broad categories of abusive behaviour by dominant firms: (i) exploitative abuses, whereby a dominant firm takes advantage of its economic power so as to obtain benefits that it could not obtain in conditions of normal, reasonable and effective competition, at the expense of the interests of customers or consumers or (in the case of one or more dominant buyers) of suppliers (e.g. by charging excessively high prices) (Temple Lang, 1979); and (ii) exclusionary abuses, when a dominant firm excludes its competitors by means other than competing on the merits of the products or services they provide, e.g. by raising barriers to entry and expansion in the market or by artificially distorting conditions of access to or to compete in the market, altering, as a consequence, the competitive process (European Commission 2009, paragraph 6).

With the guidance paper on the enforcement priorities in applying the article 82 of the EC Treaty (102 TFEU) to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, the European Commission places a special attention to the second type of abuse. The European Commission’s aim in focusing enforcement on exclusionary conduct “is to ensure that dominant undertakings do not impair effective competition by foreclosing their competitors in an anti-competitive way, thus having an adverse impact on consumer welfare, whether in the form of higher price levels than would have otherwise prevailed or in some other form such as limiting quality or reducing consumer choice.” (European Commission 2009, paragraph 19)

The *Guidance on exclusionary conduct* describes the most common categories of exclusionary practices. Some of these examples are helpful in understanding the possible competitive impact of an expansion to a neighbouring market by a firm that holds an exclusive right in some operations of a value chain for water, wastewater and waste management.³⁰

30 For a general discussion of exclusionary conduct see Bishop and Walker, 2010; EAGCP Report, 2005.

A first example of exclusionary conduct that is relevant is predation³¹. By engaging in predatory conduct, the dominant firm incurs losses or foregoes profits in the short-term (amounting to a sacrifice consisting of financial losses of forgone profits, from a short-term profit-maximizing perspective) so as to foreclose, or be likely to foreclose, one or more of its actual or potential competitors with the aim of strengthening or maintaining its dominant position, thereby causing consumer harm (European Commission 2009, paragraph 63). In the scenario where an *ex ante* CIA may be required, this practice can be associated with the leveraging of a dominant position from the legally protected market to the competitive market. This leveraging effort can be executed in different ways. On one hand, the firm that benefits from the legal monopoly in one market might use the monopoly rents or a more stable financial situation to practice prices in the competitive markets that are below the operation costs in that market, allowing for cross-subsidization.³² Another possibility is for the firm to (over)allocate the investment cost for equipment and infrastructure or any common costs to the protected market, so that it can artificially offer better prices and/or quality in the competitive market that could not be replicated by an equally efficient competitor.³³

A second relevant example is the case of exclusionary conduct by input foreclosure or by refusing to supply or to give access to an infrastructure (Vickers, 1995, Hart *et al.*, 1990, Rey and Tirole, 2007). This anticompetitive conduct may happen when the concessionaire expands into a vertically related, upstream or downstream, market where it also acts as a supplier or a consumer. In this situation if it refuses to negotiate (to buy, sell or give access to the infrastructure covered by the exclusive right) with other competitors

31 For a general discussion on predation see, European Commission, 2009 (paragraph 63), OECD, 2005; Areeda and Turner, 1975; Ordover and Willig, 1981; Bolton *et al.*, 2000; Moura e Silva, 2009 and 2010.

32 The concept of sacrifice is met not only where the firm prices below average avoidable cost but also where “the allegedly predatory conduct led in the short term to revenues lower than could have been expected from a reasonable alternative conduct”, in the sense that the firm could have avoided a loss.” (European Commission, 2009, paragraph 65).

33 These risks are expressly addressed by the European Commission when it states that: “The Commission may also pursue predatory practices by dominant undertakings on secondary markets on which they are not yet dominant. In particular, the Commission will be more likely to find such an abuse in sectors where activities are protected by a legal monopoly. While the dominant undertaking does not need to engage in predatory conduct to protect its dominant position in the market protected by legal monopoly, it may use the profits gained in the monopoly market to cross-subsidize its activities in another market and thereby threaten to eliminate effective competition in that other market.” (European Commission, 2009, paragraph 63, footnote 2).

in the new market, it may incur in an anticompetitive exclusionary conduct. The likelihood of market foreclosure will be higher if the concessionaire acts as a monopolist or a monopsonist in the vertical relation.

A third example relates to exclusionary conduct by tying or bundling of services (Rey & Tirole, 2007; Tirole, 2005). In both cases the dominant firm may tie-in the supply of the service in the protected market with the provision of a service in the new market. In the case of tying, the consumer buying the tying service (sold under protection of a legal monopoly) is also required to buy the service in the new market. In the case of bundling the two services are only sold together. The firm may also adopt a mixed bundling strategy where the acquisition of the bundle is made more attractive through a discount strategy. By resorting to these practices, the firm holding a dominant position in a protected market may leverage that position into markets open to competition.

A fourth and final example of market foreclosure within this analytical framework is the use of loyalty contracts (exclusive dealing and/or loyalty rebates) that may constitute a barrier to entry in to the competitive market. As mentioned above, this conduct may occur when a firm expands its activity to a market that is open to private initiative, but where there is no private interest in offering the service (this may happen in local markets, e.g. due to insufficient scale). In this situation, the activity expansion from the protected market to the new market may even be a response to a public necessity, although it is outside the scope of the exclusive right, and the provision of this service may only be possible through the use of existing infrastructure or equipment or cross-subsidization. In this situation, and when there is a public policy commitment to maintain the market open to private initiative, it is important to ensure that there is no reinforcement or creation of barriers to entry through the use of loyalty contracts, i.e., it is crucial to guarantee that the firm holding an exclusive right in the primary activity does not adopt conduct that could threaten the contestability of the neighbouring market (Baumol, 1982).

Finally, it should be noted that a dominant firm whose behaviour is likely to fall under Article 102 TFEU may provide an objective justification for its conduct, e.g., by demonstrating that the exclusionary effects are outweighed by efficiency gains benefitting consumers (ECJ 2012, paragraph 42).

In conclusion, firms holding a concession in water, wastewater and urban waste management may be considered, in line with the ECJ's case-law, as having a dominant position in that market (or markets, depending on the concrete

findings of market definition in the product and geographical dimensions). The legal monopoly in the protected market confers on the dominant firm a structural advantage when competing in a downstream market (ECJ 2015, paragraph 39). When these firms expand their activity to a related market, they are subject to what the ECJ defines as a “special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market” (ECJ 1983, paragraph 57). Thus, in granting an authorisation for a concessionaire to expand to a neighbouring market, public authorities should be mindful of the potential impact on competition and impose *ex ante* conditions that minimize possible distortions on competition therein.

PUBLIC POLICY MEASURES AND THE DUTY OF EU MEMBER STATES NOT TO DISTORT COMPETITION

Although article 102 TFEU prohibits abuses of dominance by undertakings, this provision is also relevant to assess the legality of public policy measures adopted by a member State, given that article 106(1) TFEU requires that “[i]n the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in the Treaties, in particular to those rules provided for in Article 18 and Articles 101 to 109.”

Article 106(1) TFEU is to be read in conjunction with articles 101 and/or 102, together with Article 4(3) of the Treaty on European Union (TEU). Whereas Article 102 deals with the unilateral conduct of dominant undertakings, Article 101 deals with collusive conduct (agreements and concerted practices between undertakings and decisions of associations of undertakings) that has the object or effect of restricting competition and that affects trade between Member States. Article 4(3) TEU imposes on Member States the duty to refrain from any measure which could jeopardize the attainment of the Union’s objectives, which include the establishment of the internal market (article 3(3) TEU). In accordance with Protocol no. 27 on the internal market and competition, the internal market “includes a system ensuring that competition is not distorted”, which encompasses the Treaty rules on competition. It follows that the EU Treaties impose on member States the duty not to enact or maintain measures that may deprive the competition rules set in articles 101 and 102 TFEU of their effectiveness (“*effet utile*”).

Thus, where a member State grants an exclusive right to an undertaking, that act being a measure of public policy, the ECJ will review whether such

measure breaches the obligations arising from the combined provisions of article 106(1) and 102 TFEU.

As the ECJ recently held in the *DEI* case, regarding the grant by the Greek government to the state-owned incumbent electricity producer of exclusive rights to mine for lignite, the most attractive fuel used to generate electricity in Greece: “(...) a Member State is in breach of the prohibitions laid down by Article 86(1) EC [the former Treaty establishing the European Community, now Article 106(1) TFEU] in conjunction with Article 82 EC [now Article 102 TFEU] if it adopts any law, regulation or administrative provision that creates a situation in which a public undertaking or an undertaking on which it has conferred special or exclusive rights, merely by exercising the preferential rights conferred upon it, is led to abuse its dominant position or when those rights are liable to create a situation in which that undertaking is led to commit such abuses (...)”. (ECJ 2014, paragraph 40)

One remarkable clarification brought about by the ECJ in this case is the fact that for the grant of an exclusive right to be in breach of article 106(1) in conjunction with article 102 TFEU, “it is not necessary that any abuse should actually occur”. This means that no actual market conduct that qualifies as an abuse is required where a public policy measure creates the *risk* of an abuse of dominance.

The ECJ justifies this ruling based on the foundational role of competition within the internal market, arguing that “a system of undistorted competition, such as that provided for by the Treaty, can be guaranteed only if equality of opportunity is secured as between the various economic operators” (ECJ 2014, paragraph 41). Measures adopted by member States which create an “inequality of opportunity between economic operators” are therefore in breach of article 106(1) in conjunction with article 102 TFEU. In the context of the enforcement of these Treaty provisions, the EU Commission is only required “to identify a potential or actual anti-competitive consequence liable to result from the State measure at issue”.

In sum, under the ECJ’s case law, State measures will be in breach of the EU Treaties where they:

“(...) affect the structure of the market by creating unequal conditions of competition between companies, by allowing the public undertaking or the undertaking which was granted special or exclusive rights to maintain (for example by hindering new entrants to the market), strengthen or extend its dominant

position over another market, thereby restricting competition, without it being necessary to prove the existence of actual abuse". (ECJ 2014, paragraph 46)

In the case of the authorization to expand the activity within the water, wastewater and waste management services, the public decision impacts on the relationship between bulk, downstream services and other support activities. Bearing in mind the examples that were discussed on the previous section, there is the possibility for this authorization to create unequal conditions of competition between companies.

For example, consider the authorization to enter the downstream markets where the undertaking holding an exclusive right upstream (the concessionaire) will be competing against other firms that may be, at the same time, vertically-related clients/suppliers. This underscores the relevance of the ECJ long-established principle according to which, where a firm that is dominant on a market in raw materials refuses to supply a customer producing derivatives with the objective of reserving the downstream market to itself and with the possibility of eliminating all competition downstream, such conduct is an abuse of dominant position within the meaning of article 102 TFEU (ECJ 1985, paragraph 25).

The same principle applies where the extension of a dominant position is the result of a State measure and has the potential to eliminate competition in the new market:

"(...) the extension of a dominant position, without any objective justification, is prohibited 'as such' by Article 86(1) EC in conjunction with Article 82 EC, where that extension results from a State measure. As competition may not be eliminated in that manner, it may not be distorted either (...)". (ECJ 2014, paragraph 67)

At this point it is crucial to clarify that the ECJ's case law does not preclude a dominant firm enjoying an exclusive right in an upstream market from extending its activity to a vertically-related neighbouring market where it will not benefit of exclusive or special rights. However, where such extension is the result of a State measure, it is essential that the authorization is subject to conditions that ensure that there is no risk that competition in that neighbouring market is distorted by unequal conditions of competition between firms.

This is in fact the position of the EU Commission in the context of the liberalization of the postal sector, where it has held that strategic considerations,

such as the will to enter into a new market, and synergies between the incumbent firm holding an exclusive right in the upstream market and its subsidiary operating in a vertically-related market that has been liberalized, cannot be ignored (European Commission 1997). The General Court (GC) has adhered to the Commission's view, while referring to article 345 TFEU:

“To require that the remuneration which a public undertaking with a monopoly receives in return for the provision of commercial and logistical assistance to its subsidiary should correspond to the payment which would have been demanded under normal market conditions, does not prohibit such a public undertaking from entering an open market but subjects it to the rules of competition, as the fundamental principles of Community law require. Such a requirement does not adversely affect the system of public ownership and merely ensures that public and private ownership are treated equally”. (GC 2000, paragraph 77)³⁴

Thus, the GC accepted the Commission's view that the payment by the downstream subsidiary for the inputs provided by the upstream firm should be determined in normal market conditions. This entails that the price charged on the downstream market by the integrated firm covers all the incremental costs incurred in providing complementary or auxiliary activities, an appropriate contribution to the fixed costs arising from use of the upstream infrastructure and an adequate return on the capital investment in so far as it is used for the downstream activities.

THE COMPETITION IMPACT ASSESSMENT METHODOLOGY

Differently from its role as a public enforcer of competition rules, the PCA's competition impact analysis is not an *ex post* assessment of the legality of the conduct of one or more firms. Since the PCA is required to issue an opinion before such complementary or auxiliary activities are actually exercised, there is in fact no actual conduct on the market by the holder of an exclusive right. The PCA is therefore required to evaluate the impact of the authorization on competition in neighbouring markets before any evidence can be collected on its actual effects on the market.

A word of caution is, however, in order. If following an authorization, evidence is found that the conduct of the firm that holds an exclusive right is

³⁴ This judgment was annulled by the ECJ on appeal on unrelated grounds.

in breach of competition rules, the PCA or the European Commission may still enforce those rules against the firm, namely Article 102 TFEU. In other words, the existence of this *ex ante* appraisal in no way undermines the *ex post* applicability of competition rules to actual conduct on the market by the holder of an exclusive right (or by any other undertaking operating in neighbouring markets, for that matter).

Given this strict focus of the *ex ante* analysis on the *likely* competitive impact of the decision to authorize the extension of activities, there is a close affinity with the CIA of a public intervention.

Furthermore, given the need to balance the pursuit of public policy goals with the possibility of anticompetitive impacts on the affected markets, the analytical methodology required by such an evaluation also presents similarities with the approach developed by the European Commission and EU courts regarding Article 106(1) TFEU in conjunction with Article 102 TFEU examined in the previous section.

In conducting a CIA one must keep in mind that the public authority deciding whether or not to grant the authorisation, i.e. the Government, is itself pursuing a public interest, in this case one relating to the provision of public services or services of a general economic interest. In that sense there could be other public interest dimensions to the decision other than the public interest of preserving competition that is within the province of the PCA. A competitive market should be valued as a public good, in the sense that it promotes economic development and social well-being, but there are other public interests to consider. Ultimately it will be for the Government to balance the public interests at stake, not the PCA. The institutional role of the PCA in this framework is one of contributing to a better informed public decision, by pointing to possible anticompetitive impacts and devising how such impacts can be minimized or even avoided.

As referred to in the introduction, this *ex ante* evaluation follows the three-step methodology of a CIA. The first step implies the characterization of the markets where the relevant activities are conducted to understand the economic linkages between the protected activity and the complementary or auxiliary activity, as well as the competitive structure of those markets. The second step identifies possible competitive impacts using as a guideline the OECD competition assessment toolkit (OECD, 2011, Vol. 1 and Vol. 2) and the theoretical and legal background on anti-competitive conducts analyses. The third step concludes the analysis by presenting the PCA's view on the

competition impact of the envisaged activity extension in that framework, engages in a proportionality test in the lines discussed above of the EU case-law under Article 106(1) TFEU, combined with Article 102 TFEU, and presents possible remedies or alternatives that may be less stringent on competition.

The first stage was already discussed in section 5 of this article. As mentioned above, the DG Comp practice on the competition analyses in the waste sector proposes that each activity in the value chain may be considered as a relevant market. Furthermore, the EU case law supports the general finding that a firm holding an exclusive right in a given economic activity is considered as holding a dominant position in a substantial part of the internal market.

On the second stage, the PCA seeks to identify the type of competitive impact that might happen considering the OECD Checklist for the assessment of public decisions (see OECD, 2011, Vol. 1) and applying the abuse of dominance framework presented in sections 5 above.

According to the OECD methodology, where a measure granting the authorization creates the conditions for exclusionary conduct it will limit the ability of existing suppliers in the competitive market to provide a service and, therefore, it will limit their capacity to compete. In a sense, the public authorization could *de facto* expand the influence of the exclusive right, reducing the number and range of suppliers in the market and/or the capacity for existing undertakings to compete (in the OECD checklist, this represents a limitation on the number or range of suppliers and on the ability of suppliers to compete). The consequence will be a decline in the diversity of suppliers and a reduction of market rivalry with a potential negative effect in the competition decision variables such as price, quality diversity and innovation.

This effect may have dynamic consequences where the firm intends to extend its activity to a market that is legally open to competition but where no alternative suppliers have emerged to date. In this case the extension could be justified with the aim of supplying a service essential to the fulfilment of the public service task that it is entrusted with.

Given that at the time the assessment is conducted there is no actual conduct on the market and that the PCA does not have the power to enforce Article 106(1) TFEU, there are no grounds to oppose expansion *per se*, from a strict competition law perspective. The role of the PCA in conducting a CIA is thus one of using its experience to devise remedies that may reduce the likelihood that such anticompetitive conduct may take place afterwards.

Ex post conduct amounting to an abuse of dominant position could lead to a prohibition decision by the PCA accompanied by sanctions (fines). But in fact, by intervening *ex ante* the PCA may enhance the deterrence of *ex post* competition enforcement by fashioning remedies that increase the transparency with which the integrated firm will operate in the different related markets. This provides the *ex ante* analysis with a valid purpose once there is a holistic view of the overall range of competition law instruments available.

Thus, the final stage of the CIA consists of recommending that the authorization be subject to conditions addressing anticompetitive risks in the competitive market to mitigate possible negative impacts on competition. Given the concerns identified in section 5, the PCA typically recommends that the following conditions be attached to the authorization:

- (1) Accounting and financial separation between the protected activity and the new activity, to ensure the possibility of ascertaining the financial sustainability of each activity through the analysis of each activities' costs and revenues.
- (2) Periodical demonstration of the economic and financial sustainability of the new activity taking as a benchmark that the price charged for the new service should cover all the additional costs incurred in providing it, including an appropriate contribution to the fixed costs arising from use of the common infrastructure or equipment and an adequate return on the capital invested (ECJ 2003).
- (3) Adoption of behavioural requirements that prevent anticompetitive conduct that could lead to market foreclosure or to the creation of barriers to entry and to expansion in the new market (e.g. loyalty contracts with clients in the new market, tying/bundling of services, predatory pricing).

The rationale behind these conditions is to address *ex ante* possible anticompetitive risks arising from future conduct on the market by the firm holding an exclusive right thus reducing the likely anticompetitive impact of the authorization as a public measure. This ensures the necessary reconciliation between the public interest in the efficient use of infrastructure and the economic and financial sustainability of the water, wastewater and waste management systems with the protection of competition in downstream markets as a public good.

CONCLUSIONS

Concessionaires of water, wastewater, and urban waste management multi-municipal systems hold exclusive rights in their respective primary activities covered by concession contracts. Under the Portuguese legal framework, they may be allowed to extend their activity beyond the scope of the concession contract to complementary and ancillary activities, provided this does not conflict with the provision of the public service awarded by concession and that the exercise of those activities does not distort competition as well as that the concession services maintain separate accounting. This possibility is, however, dependent on a governmental authorization that should be preceded by a non-binding opinion of Portuguese Competition Authority (PCA), and in the case of privately-controlled concessionaires in the waste management sector, also by an opinion by the sector regulator.

From a competition law perspective, a firm that holds an exclusive right in a given economic activity is considered as holding a dominant position in a substantial part of the internal market. This entails that its conduct is subject to Article 102 TFEU prohibition of abuse of dominance. The extension of its activity to a related market may lead to the firm adopting conduct that harms competition in the downstream market and thus may be caught by the prohibition of abuse of dominance. As was shown in section 5, the main categories of possible abusive behaviour in a downstream market by a firm holding a dominant position in a protected market are well-known in competition law: predation, input foreclosure, tying/bundling and loyalty contracts.

As a matter of principle, such abusive behaviour leads to *ex post* enforcement of competition rules. However, when asked to give an opinion on the authorization of the extension of activity, the PCA is being required to make an *ex ante* appraisal, as no conduct will actually take place before the authorization is granted. Furthermore, since what is at stake is a public policy measure (the authorization), the PCA follows the methodology used in a Competition Impact Assessment of a public decision. An important contribution of the methodology developed by the PCA described in this paper is the combination of standard analysis of possible abuses of dominance with an *ex ante* frame of analysis, where no actual market conduct has occurred and the focus is placed on the public measure that may enable such future conduct combining the application of the principle of competitive neutrality with the toolkit for competition impact assessment of public measures.

Another important conclusion of this paper relates to the fact that, in accordance with the ECJ's case law, a dominant firm enjoying an exclusive right

in an upstream market is not legally precluded from extending its activity to a vertically-related neighbouring market where it will not benefit of exclusive or special rights. The unavailability of an extreme option (*ex ante* prohibition of expansion) makes the development of adequate *ex ante* remedies a more pressing concern for public authorities. The methodology developed in this paper contributes to the formulation of such remedies aiming at preserving efficient and competitive markets.

As detailed in Section 7, the role of the PCA in conducting a CIA consists in using its experience in applying competition law and economics concepts, particularly those relating to the anticompetitive risks of the extension of dominance to a market that could work competitively to devise remedies to reduce the likelihood that such anticompetitive conduct may take place once an authorization to expand is granted. Given that the extension of activity is the result of a State measure, it is essential that the authorization be subject to conditions that ensure that there is no risk that competition in that neighbouring market is distorted by unequal conditions of competition between firms. The methodology presented in this paper combines the insights gained from competition law and economic analysis of leveraging of dominance to neighbouring markets with the approach envisaged in the competition impact assessment toolkit to assess public measures and the legal principles emerging from the European Court of Justice case-law under the competition rules of the EU to develop a coherent approach that leads to the design of pragmatic remedies to competitive risks arising from these specific public policy measures.

By preventing the creation of barriers to entry on the market open to competition and inhibiting possible foreclosure practices, this methodology contributes to maintaining the contestability of the new market, while allowing possible efficiency gains from the expansion by the concessionaire holding an exclusive right. Hopefully, adherence to this methodology will also contribute to make public authorities responsible for environment protection and sector regulation as well as stakeholders more aware of the possible competitive risks of expanding the activity of firms holding exclusive rights from their primary market to secondary markets open to competition, thus reinforcing the incentives for compliance with competition rules. Ultimately, as the European Commission has stated, “competition and environmental policies should be implemented in a mutually reinforcing way” in order to promote the goal of making the EU economy dynamic, competitive and sustainable (European Commission, 2005).

REFERENCES

- ANTONIOLI, B. & MASSARUTTO A.
2011 “The municipal waste management sector in Europe: shifting boundaries between public service and the market”, *CIRIEC Working Paper* no. 2001/07.
- AREEDA, Phillip & TURNER, Donald F.
1975 “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act.” *Harvard Law Review*, 88(4), pp. 697-733.
- ARMSTRONG, Mark & SAPPINGTON, David E.M.
2007 “Chapter 27 – Recent Developments in the Theory of Regulation,” In ARMSTRONG, Mark (ed.), *Handbook of Industrial Organization*, 1557–700.
- AVERCH, Harvey & LELAND, Johnson
1962 “Behavior of the Firm under Regulatory Constraint”, *The American Economic Review*, 52(5), pp. 1052-69.
- BALDWIN, R., CAVE, M. & LODGE, M.
2012 *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2nd edition, Oxford: Oxford University Press.
- BAPTISTA, J. M.
2014 “The Regulation of Water and Waste Services: An Integrated Approach (model RITA-ERSAR)”, edited by the IWA.
- BAUMOL, William J.
1982 “Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure”, *The American Economic Review*, 72(1), pp. 1-15.
- BISHOP, Simon & WALKER, Mike
2010 *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3rd ed., University Edition, Sweet & Maxwell, London.
- BOLTON, P., BRODLEY, J. & RIORDAN, M.
2000 “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy”, *Georgetown Law Journal*, 88(8), pp. 2239-2330.
- BORK, R.
1978 *Antitrust Paradox*, Basic Books, New York.
- BRAEUTIGAM, R. R.
1989 “Optimal policies for natural monopolies”, in: Schmalense, R. (Ed.). *Handbook of Industrial Organization*, Elsevier, v.2, 1989. chap. 23, p. 1289-1346.
- CABRAL, Luís
2000 *Introduction to Industrial Organization*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts.

CAVE, Martin & WRIGHT, Janet

2010 “A strategy for introducing competition in the water sector”, *Utilities Policy*, Volume 18, Issue 3, September 2010, Pages 116-119.

CAPOBIANCO, A. & CHRISTIANSEN, H.

2011 “Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options”, *OECD Corporate Governance Working Papers*, No. 1, OECD Publishing.

CARLTON, Dennis W. & WALDMAN, Michael

2002 “The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries”, *RAND Journal of Economics*, 33, pp. 194-220.

DEMSETZ, H.

1968 “Why Regulate Utilities?”, *The Journal of Law & Economics*, 11(1), pp. 55-65.

DUNLOP, C. A., MAGGETTI, M., RADAELLI, C. M. & RUSSEL, D.

2012 “The many uses of regulatory impact assessment: A meta-analysis of EU and UK cases”, *Regulation & Governance*, 6: 23-45.

EAGCP Report

2005 “An Economic Approach to Article 82 – Report by the European Advisory Group on Competition Policy”, *Discussion Paper Series of SFB/TR 15 Governance and the Efficiency of Economic Systems*, Free University of Berlin, Humboldt University of Berlin, University of Bonn, University of Mannheim, University of Munich.

EUROPEAN COMMISSION

1997 EU Commission Decision, October 1, 1997, on state aid granted by France to La Poste’s subsidiary SFMI-Chronopost, OJ L 164/37, p. 45.

2005 “DG Competition Paper Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems”.

2009 “Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings”, O.J., C 45, February 2, 2009, p. 7

HART, Oliver, TIROLE, Jean, CARLTON, Dennis W. & WILLIAMSON, Oliver E.

1990 “Vertical Integration and Market Foreclosure”, *Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics*, 1990, pp. 205-86.

HARBERGER, A. C.

1954 “Monopoly and Resource Allocation”, *The American Economic Review*, v. 44, n. 2, p. 77-87, 1954.

JACOBS, H. Scott

2007 “Current Trends in the Process and Methods of Regulatory Impact Assessment: Mainstreaming RIA into Policy Processes”, in KIRKPATRICK, Colin & PARKER, David (eds.), *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?*, The CRC Series on Competition, Regulation and Development, 2007, Cap. 1.

JOSKOW, Paul L.

2008 “Vertical Integration,” in MÉNARD, C. S. & MARY, M. (eds.), *Handbook of New Institutional Economics*, 319-48. Springer Berlin Heidelberg.

KIRKPATRICK, Colin & PARKER, David

2007 “Regulatory Impact Assessment: An Overview”, in KIRKPATRICK, Colin & PARKER, David (eds.), *Regulatory Impact Assessment: Towards Better Regulation?*, The CRC Series on Competition, Regulation and Development, 2007, Cap. 1.

MASSARUTTO, Antonio

2007 “Municipal Waste Management as a Local Utility: Options for Competition in an Environmentally-Regulated Industry”, *Utilities Policy*, 15(1), pp. 9-19.

MOURA E SILVA, Miguel

2009 “Predatory Pricing Under Article 82 and the Recoupment Test: Do Not Go Gentle into that Good Night”, *European Competition Law Review*, 30(2), pp. 61-65.

2010 *Abuso de posição dominante na nova economia*, Almedina, Coimbra.

NOLL, Roger G.

1989 “Economic Perspectives on the Politics of Regulation,” in SCHMALENSE, R. (ed.), *Handbook of Industrial Organization*, 1253-87, Elsevier.

ORDOVER, Janusz A. & WILLIG, Robert D.

1981 “An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation”, *The Yale Law Journal*, 91(1), pp. 8-53.

OECD

2005 “Predatory Foreclosure”, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *daf/comp(2005)1*, 15 march 2005.

2011 (Vol. 1), “Competition Assessment Toolkit: Volume I: Principles”; (Vol. 2), “Competition Assessment Toolkit: Volume I: Volume II: Guidance”, www.oecd.org/competition/toolkit.

2012 “Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business”, www.oecd.org/competition/competitiveneutralitymaintaininglevelplayingfieldbetweenpublicandprivatebusiness.htm.

- 2014 “Experiences with Competition Assessment: Report on the Implementation of the 2009 OECD Recommendation”, <http://www.oecd.org/daf/competition/Comp-Assessment-ImplementationReport2014.pdf>.
- OFT
- 2010 “Competition in mixed markets: ensuring competitive neutrality”, OFT1242, OFT working paper.
- PORTER, Michael E.
- 1985 *Competitive Advantage*, The Free Press, New York.
- POSNER, R.
- 1976 *Antitrust Law*, University of Chicago Press, Chicago.
- REY, Patrick & TIROLE, Jean
- 2007 “A Primer on Foreclosure,” in ARMSTRONG, Mark (ed.), *Handbook of Industrial Organization*, 2145–220. Elsevier.
- SIERRA, José Luis Buendia
- 2014 “Article 106 – Exclusive or Special Rights and Other Anti-Competitive State Measures”, in FAULL, John & NIKPAY, Ali (eds.), *The EU Law of Competition*, 3rd ed., Oxford, Oxford Univ. Press, pp. 809-879.
- SYVERSON, Chad
- 2011 “What Determines Productivity”, *Journal of Economic Literature*, 49:2, pp. 326-365.
- SMITH, Adam
- 1776 “An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations”, in Edwin Cannan, ed. London: Methuen & Co., Ltd. 1904. Library of Economics and Liberty [Online] available from <http://www.econlib.org/library/Smith/smWN0.html>.
- SOKOL, D. Daniel
- 2009 “Limiting Anticompetitive Government Interventions that Benefit Special Interests”, 17 *Geo. Mason L. Rev.*, p. 119.
- STIGLER, G. J.
- 1957 “Perfect Competition, Historically Contemplated”, *Journal of Political Economy*, 65, pp. 1-17.
- TIROLE, J.
- 2005 “The Analysis of Tying Cases: A Primer”, *Competition Policy International (CPI)*, v. 1, n. 1, Apr 01 2005.
- UNCTAD
- 2014 “Competitive neutrality and its application in selected developing countries”, UNCTAD Research Partnership Platform Publication Series, Unites Nations.

VICKERS, John

1995 “Competition and Regulation in Vertically Related Markets”, *The Review of Economic Studies*, 62(1), pp. 1-17.

VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON JR., Joseph E. & VERNON, John M.

2005 *Economics of Regulation and Antitrust*, 4th ed., MIT Press, Cambridge, Massachusetts.

WHINSTON, Michael D.

1990 “Tying, Foreclosure, and Exclusion”, *American Economic Review*, 80, pp. 837-859.

WILLIAMS, Iestyn

2004 “The role of general competition policy standards in utility settings”, *Utilities Policy*, Volume 12, Issue 2, June 2004, pp. 87-91.

COURT JUDGEMENTS

ECJ 1979: ECJ judgment of 13 February 1979, Hoffmann-La Roche v. Commission, Case 85/76, ECR (1979) 461

ECJ 1983: ECJ judgment, Michelin v. Commission, case 322/81, ECR (1983) 3461

ECJ 1985: ECJ judgment, CBEM v. CLT and IPB (Télémarketing), case 311/84, ECR (1985) 3261

ECJ 1991a: ECJ judgment, Höffner v. Macroton, case C-41/90, ECR (1991) I-2010.

ECJ 1991b: ECJ judgment, ERT, case C-260/89, ECR (1991) I-2925, paragraph 31;

ECJ 1991c: ECJ judgment of December 10, 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, case C-179/90, ECR (1991) I-5923.

ECJ 1991d ECJ judgment, GB-Inno-BM, case C-18/88, ECR (1991) I-5973.

ECJ 1998: ECJ judgment, Dusseldorp BV and Others, case C-203/96, ECR (1998) I-4075

ECJ 2003: ECJ Judgment, Chronopost v. Ufex, Joined cases C-83/01 P, C-93/01 P and C-94/01 P.

ECJ 2012: ECJ judgment, *Post Danmark I*, case C-209/10 (not yet reported).

ECJ 2014: ECJ judgment, *Commission v. DEI*, case C-552/12 P (not yet reported).

ECJ 2015: ECJ judgment, *Post Danmark II*, case C-23/14 (not yet reported).

EGC 2000: EGC judgment of December 14, 2000, *Ufex v. Commission*, case T-613/97, ECR (2000) II-4055.

CONTRATAÇÃO PÚBLICA E CONCORRÊNCIA: DE MÃOS DADAS OU DE COSTAS VOLTADAS?

*Nuno Cunha Rodrigues**

ABSTRACT: The purpose of this text is to examine whether competition law and public procurement law go hand in hand. It is aimed at describing some of the points of contact between these two branches of law, in particular in light of some of the recent amendments to the Portuguese Code of Public Contracts by Decree-Law No. 111-B / 2017 of August 31.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A tensão entre a transparência e os incentivos à colusão na contratação pública. 3. O conceito de concorrente, para efeitos de aplicação do Código dos Contratos Públicos, e de empresa, à luz do Direito da Concorrência. 4. Os agrupamentos de concorrentes e a eventual restrição pelo objecto. 5. As práticas de abuso de posição dominante na contratação pública. 6. Conclusões.

1. ENQUADRAMENTO GERAL

O estudo do direito da concorrência e do direito da contratação pública é, claramente, interdisciplinar atendendo, nomeadamente, aos objectivos prosseguidos por estes dois ramos do direito.

Vejamos algumas das diferenças.

O direito da concorrência visa, em síntese, promover o bem-estar social, em particular, o bem-estar dos consumidores.¹

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente do Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa. O presente texto corresponde à intervenção efectuada no dia 15 de dezembro de 2017, na conferência “Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?”, organizada pela sociedade de advogados PLMJ. Agradeço ao Senhor Professor Tiago Duarte e à Senhora Dra. Sara Estima Martins, o convite endereçado para intervir na conferência.

1 Cfr, *inter alia*, acórdão de 6 de outubro de 2009, proc. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Glaxosmithkline, EU:C:2009:610, parágrafo 63; Comunicação da Comissão Europeia “orientações sobre as prioridades na aplicação do artigo 82.º do TCE”, in JOCE, 24.02.2009, C 45/2, parágrafo 19 e acórdão de 22 de Outubro de 2002, proc. C-94/00, Roquette Frères, EU:C:2002:603, parágrafo 42.

No caso do direito da contratação pública, os objectivos são diversos, envolvendo, entre outros, o respeito pelos princípios da não-discriminação; da igualdade de tratamento, da transparência e da concorrência (como decorre das directivas europeias sobre contratação pública recentemente transpostas para o direito português²), em ordem a alcançar um desejável *value for money*, de harmonia com o interesse público em causa.

Esta dicotomia de objectivos reflecte-se, por exemplo, no funcionamento interno de sociedades de advogados – sabendo-se que os departamentos de Direito da Concorrência e de Direito Público estão, na maior parte dos casos, separados – ou nos próprios reguladores – como acontece, em Portugal, com a Autoridade da Concorrência e o IMPIC, este último responsável pela regulação da contratação pública definida pela Directiva 2014/24/EU.

Não obstante, há claros sinais de convergência entre o direito da concorrência e o direito da contratação pública.

Em primeiro lugar observe-se que, em muitos Estados-membros, as competências de regulação da contratação pública previstas nos artigos 83.º e seguintes da Directiva 2014/24/EU foram cometidas, justamente, às Autoridades da Concorrência, como sucedeu na maior parte dos países escandinavos.³

Em segundo lugar, mesmo em Portugal, tem-se assistido a um esforço de articulação entre entidades no combate à cartelização na contratação pública.

Exemplo desse esforço traduz-se no grupo informal, que reúne mensalmente, composto por representantes do Tribunal de Contas, da Autoridade da Concorrência, do IMPIC, da EspAP e da Inspeção-Geral de Finanças.

Por fim, importa sublinhar que, estudos científicos, demonstram que, a nível mundial, cerca de 20% a 25% dos cartéis surgem no contexto da contratação pública.⁴

Esta elevada percentagem decorre, por um lado, da ideia de que é mais fácil enganar dinheiros públicos do que dinheiros privados e, por outro lado, dos incentivos à colusão, frequentemente induzidos pela própria legislação sobre contratação pública e das rotinas associadas aos procedimentos de contratação pública que conduzem à coordenação de comportamentos entre concorrentes.⁵

2 Cfr. considerando 1; 45; 58; 68; 90; 110 e artigo 18.º da Directiva 2014/24/UE.

3 Cfr. *verbi gratia*, o exemplo da Autoridade da Concorrência da Suécia disponível em <http://www.konkurrensverket.se/en/publicprocurement/>.

4 V. Clarke & Evenett, 2003.

5 A este propósito, v. Morais & Cunha Rodrigues, 2013.

Na verdade, a existência de práticas anti-concorrenciais no contexto da contratação pública é historicamente conhecida a nível mundial.

Basta pensar que, em Nova Iorque, no final do século XIX, até 1890 – ano da entrada em vigor do Sherman Act –, eram colocados anúncios nos jornais, convocando empresas de construção civil para participarem numa reunião no Hotel Waldorf Astoria, e aí decidirem quem iria ganhar a próxima empreitada de obras públicas...

Feito este breve introito, serão analisados os seguintes temas:

- i) A tensão entre a transparência e os incentivos à colusão na contratação pública;
- i) O conceito de concorrente, para efeitos de aplicação do Código dos Contratos Públicos, e de empresa, à luz do Direito da Concorrência;
- ii) Os agrupamentos de concorrentes e a eventual restrição pelo objecto;
- iii) As práticas de abuso de posição dominante através da contratação pública;

2. A TENSÃO ENTRE A TRANSPARÊNCIA E OS INCENTIVOS À COLUSÃO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Começemos pelo primeiro tópico: a tensão entre a transparência na contratação pública e os incentivos à colusão.

É sabido que as entidades adjudicantes estão sujeitas a uma obrigação de transparência, que decorre não apenas de normas do Código dos Contratos Públicos mas também de inúmera jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais administrativos portugueses.⁶

Sucedem que a transparência pode induzir e estimular o alinhamento de preços ou até fenómenos de colusão entre concorrentes.

Vejamus o seguinte exemplo:

Até à recente revisão do CCP, o custo ou preço anormalmente baixo encontrava-se definido no artigo 71.º, n.º 1 considerando-se que, quando o preço base fosse fixado no caderno de encargos, o preço total resultante de uma proposta seria anormalmente baixo quando fosse (a) 40% inferior àquele, no caso de se tratar de um contrato de empreitada de obras públicas ou (b) 50% inferior àquele, no caso de se tratar de qualquer dos restantes contratos.

⁶ Sobre a relevância do princípio da transparência na contratação pública, v. Cunha Rodrigues, 2013: 365-367.

Consequentemente, os concorrentes frequentemente apresentavam propostas em que o preço encontrava-se alinhado porque limitava-se a ser superior em 1 cêntimo ao limiar do preço anormalmente baixo, por forma a evitar a apresentação de justificações, o que sucederia se o preço ou custo fosse anormalmente baixo.

Este comportamento, que não é sancionado pelo Direito da Concorrência, motivava um alinhamento de preços propostos pelos concorrentes, induzido pelas próprias normas do CCP, que implicava o recurso ao desempate através da determinação do momento da entrega das propostas – critério que agora foi eliminado de acordo com o CCP revisto.⁷

Ora, na sequência da revisão operada neste ano de 2017, as entidades adjudicantes passam a poder definir, no programa de concurso ou no convite, as situações em que o preço ou o custo de uma proposta é considerado anormalmente baixo, tendo em conta o desvio percentual em relação à média dos preços das propostas a admitir, ou outros critérios considerados adequados.⁸

Ou seja, foi eliminado este incentivo ao alinhamento de preços ou, no limite, à colusão explícita entre concorrentes, garantindo-se, simultaneamente, que a transparência é salvaguardada.

Porém, há uma outra novidade do Código revisto que pode representar um incentivo à colusão.

Refiro-me à divisão em lotes, prevista no artigo 46.º-A do CCP.

É sabido que o regime-regra que passará a vigorar determina a obrigatoriedade de se proceder à divisão em lotes podendo, excepcionalmente, esta não ser feita caso tal seja justificado pela entidade adjudicante.⁹

A divisão em lotes deve, consequentemente, ser ponderada pela entidade adjudicante sabendo que a forma como seja operada pode causar distorções no mercado não apenas por poder beneficiar alguns dos potenciais concorrentes (*verbi gratia* grandes empresas, sabendo-se que, nos termos do artigo 46.ºA, n.º 4, a entidade adjudicante pode limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a cada concorrente) como também por possibilitar a colusão, como sucede quando se procede a uma divisão em lotes definidos

7 Cfr. artigo 74.º, n.º 5.

8 Cfr. artigo 71.º, n.º 1.

9 A decisão de não contratação por lotes deve ser fundamentada na formação de contratos públicos de aquisição ou locação de bens, ou aquisição de serviços, de valor superior a € 135 000, e empreitadas de obras públicas de valor superior a € 500 000. Cfr. artigo 46.ºA, n.º 2.

territorialmente, que pode estimular que os concorrentes procedam à repartição geográfica de mercados, baseados justamente nos lotes definidos, ou à divisão em lotes com o mesmo preço-base.

Por tudo isto, as entidades adjudicantes devem assegurar a aplicação do chamado princípio da concorrência, que foi desenvolvido nas directivas de 2014 bem como no Código agora revisto.¹⁰

Aqui, deve fazer-se uma breve advertência: o Direito da Concorrência não é aplicável às entidades adjudicantes uma vez que, como explicou o Tribunal de Justiça da União Europeia nos acórdãos *Fenin* e *Selex*, estas não exercem uma actividade económica não sendo, conseqüentemente, empresas para efeitos de aplicação do direito da concorrência.¹¹

É por isso que o princípio da concorrência surge reforçado como elemento de escrutínio da actividade prosseguida pelas entidades adjudicantes, ainda que todos conheçam as questões doutrinárias que envolvem a aplicação de princípios gerais de direito à contratação pública que, alguns entendem, deve ser restringida porquanto o direito da contratação pública deve ser assente, *prima facie*, na aplicação das regras previstas no Código.

Não obstante, as entidades adjudicantes devem procurar respeitar o princípio da concorrência, evitando que, através das compras públicas, se gerem distorções no funcionamento dos mercados, mais a mais no momento em que a tendência crescente de centralização das compras públicas reforça o chamado “*buyer power*” de entidades públicas – que, em alguns casos, se afirma como um verdadeiro poder de monopósonio¹² – apto, frequentemente, a permitir às entidades adjudicantes moldar a estrutura de alguns mercados.

3. O CONCEITO DE CONCORRENTE, PARA EFEITOS DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS, E DE EMPRESA, À LUZ DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Uma outra questão que se coloca, na intercepção entre o Direito da Concorrência e o Direito da Contratação Pública, diz respeito à definição de concorrente, à luz do Código dos Contratos Públicos, e de empresa, para efeitos de aplicação do Direito da Concorrência.

10 A este propósito, v. Cunha Rodrigues, 2016.

11 A propósito dos acórdãos *Fenin* e *Selex*, v. Cunha Rodrigues, 2013:395-427.

12 Sobre o poder de mercado e o poder de monopósonio na contratação pública v. Cunha Rodrigues, 2013:378-380.

Vejamos.

De harmonia com o artigo 53.º do CCP define-se concorrente como “*a entidade, pessoa singular ou coletiva, que participa em qualquer procedimento de formação de um contrato mediante a apresentação de uma proposta.*”

Partindo deste conceito podemos-nos interrogar se podem sociedades com personalidade jurídica distinta, mas que integram o mesmo grupo de empresas, apresentar propostas também elas distintas no mesmo procedimento pré-contratual.

É que essas mesmas sociedades constituem, à luz do Direito da Concorrência, uma única empresa.¹³

A questão já foi apreciada, no passado, quer pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, quer pelos tribunais administrativos.

Assim, no acórdão *Assitur*¹⁴, o Tribunal do Luxemburgo considerou que viola o Direito da União Europeia “*(...) uma legislação nacional (...) que prevê a exclusão automática da participação nesse procedimento (...) tanto a um consórcio estável como às empresas que sejam membros deste, quando estas últimas tenham apresentado propostas concorrentes das do consórcio, no âmbito do procedimento*”.

Em Portugal, a jurisprudência administrativa tem evoluído por forma a considerar que diferentes sociedades, apesar de apresentarem “*a mesma estrutura societária e os mesmos gerentes*” “*(...) são pessoas jurídicas autónomas, detendo personalidade jurídica própria e, nessa medida, considera-se que estamos perante duas concorrentes, apresentado cada uma a sua proposta.*”¹⁵

Este entendimento foi reiterado em 2016, num outro acórdão do TCASUL¹⁶ onde se concluiu que “*(...) o Código dos Contratos Públicos (...) consagrou uma definição de concorrente alicerçada no conceito tradicional de personalidade jurídica, estabelecendo que é concorrente a “pessoa”, singular ou colectiva, que apresente uma proposta, pelo que, tais pessoas, não estando agrupadas para efeitos de um concurso (de acordo com o estabelecido no artigo 54º) são pessoas autónomas com propostas autónomas.*”

13 Sobre a noção de empresa no Direito da Concorrência, v. Cunha Rodrigues, 2013:381-386.

14 Acórdão de 19 de Maio de 2009, proc. C-538/07, *Assitur*, EU:C:2009:317.

15 Cfr. acórdão do TCASUL, processo nº 12542/15, de 26.11.2015.

16 Cfr. acórdão do TCASUL, processo nº 13205/16, de 02.06.2016.

4. OS AGRUPAMENTOS DE CONCORRENTES E A EVENTUAL RESTRIÇÃO PELO OBJECTO

Tudo isto leva-nos a uma outra questão: a de saber se a formação de agrupamentos de concorrentes, prevista no artigo 54.º do CCP, pode ser considerada como um acordo entre empresas, atendendo à restrição pelo objecto que pode estar em causa através da constituição desse agrupamento.

O problema já foi analisado por diversas vezes.

Refiro-me, em concreto:

- (i) À OCDE – que, no documento de 2009 denominado *Directrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*, Fevereiro de 2009, p. 14¹⁷ apresenta como indício de conluio a situação em que duas ou mais empresas apresentam uma proposta conjunta apesar de, pelo menos, uma delas ter capacidade para apresentar uma proposta independente.
- (ii) À Autoridade da Concorrência que, por exemplo, na decisão de 24 de Outubro de 2007¹⁸ Aeronorte/Helisul, proc. 20/05, concluiu que estávamos perante um cartel uma vez que as empresas participantes num consórcio se encontravam aptas a concorrer sozinhas ao concurso público internacional dado que tinham participado, de forma isolada, em concursos públicos anteriores.

Neste caso, a AdC considerou que havia um acordo entre empresas atendendo (i) à eliminação da pressão concorrencial que se vinha verificando, substituindo-a pela concertação voluntária, consciente e explícita e de uma repartição entre as empresas do fornecimento dos bens e serviços pedidos em concurso público; (ii) à redução do número de concorrentes de dois para um; e (iii) à alta artificial dos preços e das restantes condições comerciais.

Note-se que esta decisão foi mais tarde revogada pelo Tribunal de Comércio de Lisboa por acórdão de 21 de maio de 2008 uma vez que se considerou que havia, em Portugal, pelo menos mais quatro empresas com capacidade para apresentarem propostas e que estávamos perante um concurso público internacional.

17 Disponível em <http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>.

18 V. decisão da ADC Aeronorte/Helisul, proc. 20/05, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/lista.aspx.

(iii) Ao recente caso *Ski Taxi*, processo E-03/16, decidido pelo Tribunal da EFTA, em 22 de dezembro de 2016, que se explica rapidamente.¹⁹ Em 2010, o Hospital de Oslo, lançou um concurso público para celebração de acordos-quadro relativos ao transporte de doentes que foi dividido em nove lotes organizados por zonas geográficas vizinhas do Hospital.

Para dois desses lotes, o Hospital só recebeu uma proposta, apresentada conjuntamente por duas companhias de táxi.

Uma vez que a entidade adjudicante – o Hospital – esperava que fossem apresentadas propostas distintas, considerou-se que havia um cartel, pelo que foi cancelado o procedimento relativo a estes dois lotes, tendo a Autoridade da Concorrência da Noruega condenado estas duas empresas, potencialmente concorrentes, por considerar que havia um cartel (restrição pelo objecto).

Em síntese, conclui-se que se um concorrente tiver capacidade para, individualmente, fornecer os produtos procurados, não deve ser admitido num agrupamento ou consórcio num procedimento pré-contratual.

Devo referir que não partilho totalmente este entendimento.

É admissível que duas empresas de construção civil formem um consórcio (agrupamento), para a realização de uma empreitada de obras públicas ainda que cada uma, de forma isolada, tenha capacidade para o realizar.

Mais.

Em alguns casos é a própria entidade adjudicante a incentivar a constituição de consórcios – impondo-a no caderno de encargos.²⁰

Entendo, por isso, que nem sempre um agrupamento de empresas constituído no contexto do artigo 54.º do CCP equivalerá a uma restrição pelo objecto, ainda que as empresas tenham capacidade de concorrerem de forma isolada.

Trata-se de uma ideia defendida, aliás, pelo Conselho da Concorrência Francês que considerou, na decisão n.º 07-D-34, de 24 de Outubro de 2007²¹,

¹⁹ Disponível em http://www.eftacourt.int/cases/detail/?tx_nvcases_pi1%5Bcase_id%5D=281&cHash=77ab5837d77b1e3b57be524fc45a0394.

²⁰ Sobre a constituição de agrupamentos de concorrentes em procedimentos pré-contratuais, v. Nuno Cunha Rodrigues, *A contratação pública como instrumento de política económica*, Almedina, Coimbra, 2013 (reimpressão), pp. 367-371.

²¹ Disponível em <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/07d34.pdf>.

que estes agrupamentos não são sempre ilícitos devendo, no entanto, justificar-se por necessidades técnicas ou economias de escala e não terem por objecto ou efeito eliminar a concorrência no mercado em causa.^{22 23}

É certo que a OCDE fala em *índicios*. E que a Autoridade da Concorrência também parece apontar para o mesmo.

No final, tudo dependerá da apreciação da estrutura do mercado em apreço, incluindo o número de potenciais concorrentes a actuar nos mercados relevantes em causa.

5. AS PRÁTICAS DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Analisemos agora o cruzamento entre práticas de abuso de posição dominante e o direito da contratação pública.

Aqui, dir-se-á que, em condições normais, dificilmente se poderão vislumbrar práticas de abuso de posição dominante uma vez que a concorrência, num concurso público, é feita *pelo* mercado e não *no* mercado.

Note-se, porém, que já houve casos de condenação de concorrentes em procedimentos pré-contratuais por abuso de posição dominante.

Na decisão n.º 06-MC-03, de 11 de Dezembro de 2006, do *Conseil de la Concurrence* francês, estava em causa um concurso público relativo ao transporte marítimo entre a Córsega e o continente.²⁴

Os concorrentes podiam apresentar propostas para cada linha marítima ou para a totalidade das linhas marítimas que estavam a ser concessionadas.

O Conselho considerou que a empresa vencedora do concurso – a SCNM –, que já dispunha da concessão de uma linha marítima entre a Córsega e o continente e que apresentou uma proposta global única para todas as rotas, tinha praticado um abuso de posição dominante – abuso por exclusão – uma vez que todos os restantes concorrentes não dispunham da capacidade de apresentarem uma proposta global idêntica relativamente a mercados conexos com aquele em que a SCNM já atuava e onde tinha posição dominante.

22 A este propósito, v. Idot, 2008.

23 Neste sentido, cfr. igualmente acórdão de 23 de Dezembro de 2009, *Serrantoni*, proc. C-376/08, EU:C:2009:808, parágrafo 45.

24 Disponível em <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/06mc03.pdf>.

Num exemplo recente, a Autoridade da Concorrência condenou a ROCHE, no chamado caso dos concursos hospitalares, em 2012 (Decisão AdC PRC 10/08 de 12.4.2012).²⁵

Neste caso, a Roche por condenada por abuso de posição dominante por aplicar descontos de *rappel* ao montante de aquisições de um conjunto de produtos em propostas de aquisição de medicamentos apresentadas aos hospitais.

Esta empresa procedia à negociação individualizada com cada hospital da venda de dezasseis medicamentos, sabendo-se que a Roche tinha posição dominante em quatro.

Os descontos variavam em função do hospital e do respetivo volume de aquisições efetuado à Roche.

A Autoridade considerou que a definição de um limiar personalizado de escalões de descontos aumentava os custos de mudança de fornecedor por parte dos hospitais, resultando num efeito máximo de reforço de fidelização.

Acresce que a Roche procedia a descontos multi-produto, o que lhe permitia estender a posição dominante a mercados conexos, inviabilizando que fornecedores igualmente eficientes nesses mercados conexos conseguissem compensar os hospitais pela perda de descontos decorrente da mudança de fornecedor.

Podem ainda identificar-se práticas de abuso de posição dominante no âmbito, por exemplo, do recurso ao ajuste directo, quando a opção por este procedimento pré-contratual é feita com base em critérios materiais, com base nos artigos 24.º a 27.º do CCP.

Basta pensar no sector farmacêutico, onde inúmeras empresas dispõem de patentes sobre medicamentos podendo suceder que os preços de medicamentos propostos a entidades adjudicantes sejam claramente excessivos, estando em causa, neste caso, abusos por exploração.

Mas há ainda outras questões relacionadas com eventuais práticas de abuso de posição dominante no contexto da contratação pública, como seja saber se o fornecedor de um bem ou serviço pode apresentar-se em novos procedimentos pré-contratuais.

É que a empresa titular do contrato estará numa posição mais favorável para concorrer à renovação de um contrato público atendendo ao efeito de

25 Cfr. http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/lista.aspx.

incumbente (“*incumbency effect*”) e à vantagem inicial (“*first mover advantage*”) que possui.²⁶

A questão foi colocada, no passado, ao Tribunal de Justiça da União Europeia tendo este considerado, no acórdão GE/Honeywell que, nos contratos sujeitos a concurso, o facto de uma determinada empresa ter ganho os últimos concursos não implica, necessariamente, que um dos seus concorrentes não possa ganhar o seguinte.²⁷

Também no acórdão Evropaiki, o Tribunal Geral da União Europeia, reconheceu a existência de uma “*vantagem inerente de facto*” relativa à empresa titular do contrato, que não pode ser totalmente neutralizada.

No entanto, o TGUE afirmou que essa vantagem deve ser diluída na medida em que a neutralização seja tecnicamente fácil de operar, quando é economicamente aceitável e quando não viola os direitos do contratante actual ou do proponente.²⁸

Assim, num cenário em que a empresa titular do contrato se pode apresentar novamente, deve evitar-se utilizar a capacidade dos concorrentes como factor de densificação do critério de adjudicação sabendo-se que o artigo 75.º, n.º 2, alínea b) e n.º 6 permitem que, em abstracto, esses factores ou subfactores possam referir-se à organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato.

Neste ponto, deve referir-se que, em qualquer destes casos, quer as entidades adjudicantes, quer os concorrentes prejudicados, podem ser ressarcidos dos prejuízos causados questão que, no futuro, será seguramente suscitada, após a transposição da directiva sobre *private enforcement*.²⁹

Há, aliás, um caso curioso em que a Comissão Europeia sancionou o chamado cartel dos elevadores (formado pela Otis, ThyssenKrupp e Schindler) que lesou, também, a Comissão Europeia enquanto entidade adjudicante.

Consequentemente, a Comissão Europeia, enquanto lesada, propôs uma acção *follow-on* junto dos tribunais belgas, representando as instituições da União Europeia lesadas, onde reclamou os prejuízos sofridos em virtude do

26 Sobre a eliminação da vantagem do incumbente na teoria dos jogos, v. Cunha Rodrigues, 2013:84. Desenvolvendo a aplicação do artigo 102.º do TFUE a contratos públicos, v. Cunha Rodrigues, 2013:372-375.

27 Acórdão de 14 de Dezembro de 2005, proc. T-210/01, EU:T:2005:456, parágrafo 149.

28 Acórdão de 12 de Março de 2008, proc. T-345/03, EU:T:2015:168, parágrafo 76.

29 Cfr. a Directiva 2014/104/UE. Sobre a transposição para Portugal desta directiva, v. Sousa Ferro, 2018.

cartel tendo, para tal, a Comissão Europeia, enquanto lesada, solicitado à Comissão Europeia (como entidade investigadora) acesso aos documentos no processo que sancionou o cartel.

6. CONCLUSÃO

Com a entrada em vigor do CCP revisto, a defesa da concorrência na contratação pública e, bem-assim, a aplicação do direito da concorrência, será reforçada, uma vez que passa a ser feita por um conjunto diverso de operadores, tais como:

- i) As entidades adjudicantes que devem vigiar, em primeira linha, o respeito pelo Direito da Concorrência sabendo-se que o artigo 70.º, n.º 2, alínea g) do Código dos Contratos Públicos prevê a exclusão de propostas cuja análise revele a existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência e que o artigo 317.º, n.º 1, alínea c) proíbe a cessão da posição contratual e a subcontratação também quando existam esses fortes indícios.

Revela-se, por isso, essencial a estratégia de *advocacy* junto das entidades adjudicantes que tem sido seguida pela Autoridade da Concorrência, nomeadamente através da campanha de combate ao conluio na contratação pública que segue recomendações da OCDE neste domínio.³⁰

Verifica-se, aliás, que na maior parte dos Estados-membros, os processos de inquérito a práticas anti-concorrenciais no contexto da contratação pública iniciam-se com base em denúncias de entidades adjudicantes;

- ii) A Autoridade da Concorrência, que passa a ter acesso a toda a informação constante do *site* base.gov.pt, nos termos do artigo 454.º-C, do Código, podendo, a partir daqui, recorrer às conhecidas técnicas de *screening* para recolher indícios de práticas anti-concorrenciais na contratação pública o que, de alguma forma, permitirá atenuar a menor atractividade que o estatuto de clemência representa para empresas envolvidas em cartéis na contratação pública.

Esta menor atractividade explica-se rapidamente.

É sabido que o estatuto de clemência visa contornar um dos crónicos problemas da aplicação do direito da concorrência: a obtenção de prova.³¹

30 Sobre a necessidade de criação de acções pedagógicas junto de entidades adjudicantes, em articulação com as autoridades da concorrência locais, v. Cunha Rodrigues, 2013:353 e n. 1074.

31 A este propósito v. Cunha Rodrigues, 2013:377.

Acontece que está demonstrado que grande parte dos cartéis na contratação pública estão associados igualmente à prática de crimes de corrupção.

Aqui afirmar-se que a colusão e a corrupção na contratação pública estão de mãos dadas e não de costas voltadas.

Veja-se, por exemplo, o que sucedeu no caso Lava-jacto no Brasil.

A este propósito, um estudo da OCDE de 2014, o *Foreign Bribery Report*, conclui que cerca de 57% da corrupção verificada a nível mundial está relacionada com contratação pública³² (que representa, pelo menos, 15% a 20% do PIB nos países desenvolvidos e mais do que esta percentagem, nos países em vias de desenvolvimento³³).

Consequentemente uma empresa envolvida num cartel na contratação pública, em práticas de *bid-rigging*, poderá ser levada a reflectir, antes de recorrer ao estatuto de clemência, uma vez que a invocação deste estatuto não evita nem atenua a imputação do crime de corrupção.

Uma nota paradoxal deve ser suscitada: a transparência na contratação pública é fundamental para reduzir o risco de corrupção, mas o excesso de transparência pode incentivar fenómenos de colusão explícita.

- iii) Por fim, note-se que os próprios concorrentes passarão a vigiar-se reciprocamente, não apenas durante o procedimento pré-contratual mas mesmo durante a execução do contrato.

Pode ilustrar-se este entendimento com dois exemplos:

- a) As entidades adjudicantes abrangidas por sistemas de compra vinculada ao abrigo de um acordo-quadro ficam excecionadas dessa vinculação caso demonstrem que a utilização do acordo-quadro levaria ao pagamento de um preço, pelo menos, 10% superior ao preço demonstrado pela entidade adjudicante nos termos do artigo 256.º-A, n.º 1 do CCP (obtenção de um preço mais vantajoso fora do acordo-quadro).

Consequentemente, um concorrente que não faça parte de um acordo-quadro, poderá propor a venda de um bem ou serviço por um preço 10% inferior ao do acordo-quadro, deixando, neste caso, a entidade adjudicante de estar vinculada ao referido acordo-quadro;

32 Disponível em <http://www.oecd.org/corruption/oecd-foreign-bribery-report-9789264226616-en.htm>.

33 V. Cunha Rodrigues, 2017:135-137.

- b) Nos termos do artigo 318.º-A, n.º 1 do CCP, o contrato pode prever que, em caso de incumprimento, pelo co-contratante, das suas obrigações, que reúna os pressupostos para a resolução do contrato, o co-contratante ceda a sua posição contratual ao concorrente do procedimento pré-contratual na sequência do qual foi celebrado o contrato em execução, que venha a ser indicado pelo contraente público, pela ordem sequencial daquele procedimento. Ou seja, deixará de ser indiferente saber se o concorrente excluído ficou em segundo ou terceiro ou até quarto lugar, uma vez que, no decorrer da execução do contrato, este pode ser chamado a ocupar o lugar do vencedor havendo aqui um incentivo à vigilância da execução do contrato pelos concorrentes, uma vez que podem ser chamados a vir a executar o contrato em caso de incumprimento.

Podiam ainda ser tratadas outras áreas onde o direito da concorrência e o direito da contratação pública se cruzam, como no contexto do controlo prévio de concentrações³⁴ ou da aplicação do regime dos auxílios de Estado.³⁵

Ou ainda referir a sanção acessória prevista no artigo 71º, n.º 1, alínea b) da Lei da Concorrência, que prevê a possibilidade de a Autoridade da Concorrência determinar a aplicação, em simultâneo com a coima, da sanção acessória de privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos que, em alguns casos, pode ser contraproducente por levar à redução do número de concorrentes em futuros procedimentos pré-contratuais podendo conduzir, de forma paradoxal, à formação de oligopólios ou até duopólios.³⁶

Mas estes não são temas no âmbito deste artigo.

Termino, por isso, pela questão central: o direito da concorrência e o direito da contratação pública estão de mãos dadas ou de costas voltadas?

Ao longo deste texto foram descritos alguns dos pontos de contacto entre estes dois ramos de direito que, conclui-se, não estão de costas voltadas. Mas não se pode afirmar que estão de mãos dadas, como um casal de namorados.

No final, estamos face a dois bons amigos que frequentemente se encontram para trocar ideias e unir esforços.

34 A este propósito v. Cunha Rodrigues, 2012.

35 Sobre a relação entre o direito da contratação pública e o regime dos auxílios de Estado, v. Cunha Rodrigues, 2013:461-484.

36 Assim, v. Cunha Rodrigues, 2013:377.

BIBLIOGRAFIA

CLARKE, J. & EVENETT, S. J.

2003 “A multilateral framework for competition policy?”, State Secretariat of Economic Affairs & Simon J. Evenett (eds.), *The Singapore Issues and The World Trading System: the Road to Cancun and Beyond*, capítulo II, Berna, 2003, pp. 77-168.

CUNHA RODRIGUES, N.

2012 “A adjudicação de concessões na nova lei da concorrência”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, pp. 47-68.

2013 *A contratação pública como instrumento de política económica*, Almedina, Coimbra.

2016 “O principio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano V, n.º 19, pp. 213-224.

2017 “The Use of Public Procurement as a Non-Tariff Barrier: Relations between the EU and the BRICS in the Context of the New EU Trade and Investment Strategy”, in *Public Procurement Law Review*, Issue 3.

IDOT, L.

2008 “Commande publique et droit de la concurrence: un autre regard”, *Concurrences*, n.º 1, pp. 52-63.

MORAIS, L. & CUNHA RODRIGUES, N.

2013 “Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia: em especial acordos entre empresas”, in EIRÓ, V. & Trabuço, c. (org.), *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 85-116.

SOUSA FERRO, M.

2018 “The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States – Portugal”, in Rodger, B., Marcos, F. & Sousa Ferro, M. (eds.), *The EU Antitrust Damages Directive: Transposition in the Member States*, Oxford University Press, 2018 (Forthcoming), disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3077260.

OS EFEITOS DOS RECURSOS JUDICIAIS EM PROCESSOS DE CONTRAORDENAÇÕES DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA: UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

*Tânia Luísa Faria**

ABSTRACT: This article aims to make a critical balance of the judicial debate on the effects of judicial appeals in quasicriminal administrative offences procedures under the Portuguese Competition law, including, on one hand, judicial appeals of sanctioning decisions and, on the other, judicial appeals of interlocutory decisions. The legislative solution included in the Portuguese Competition Act, setting forth the general rule of the mere devolutive effect of appeals, has raised constitutionality issues that we will try to comprehensively address using a systematic approach.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O efeito meramente devolutivo dos recursos de decisões de aplicação de coimas. 2.1. A apreciação por parte dos Tribunais. 2.2. Balanço e apreciação crítica. 3. O Efeito dos Recursos de Decisões Interlocutórias da AdC. 3.1. A apreciação por parte dos Tribunais. 3.2. Balanço e apreciação crítica. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A lei da concorrência portuguesa, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (a “Lei da Concorrência”), introduziu alterações muito relevantes quanto aos efeitos dos recursos das decisões da Autoridade da Concorrência (“AdC”), com particular impacto no âmbito de processos de contraordenação, que constituirão o objeto deste artigo¹. Estas alterações, previstas na primeira secção do Capítulo IX da

* Advogada da Uría Menéndez – Proença de Carvalho e Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O entendimento incluído neste artigo corresponde à visão pessoal da autora.

1 Para mais desenvolvimentos em relação às alterações em sede de procedimentos administrativos, vide Espírito Santo Noronha, 2013.

Lei da Concorrência, suscitaram debate doutrinário e a sua aplicação prática, cinco anos após a entrada em vigor do referido enquadramento normativo, começa a ser uma realidade nos tribunais portugueses, tornando particularmente premente uma reflexão mais detida quanto a esta matéria.

O entendimento mais comum – veremos, ao longo desta análise, se acertado – é o de que o legislador nacional terá tentado, em 2012, prever um regime jurídico mais próximo do aplicável aos recursos das decisões da Comissão Europeia (“CE”), afastando-se dos efeitos típicos dos recursos no âmbito de procedimentos contraordenacionais em Portugal, bem como do enquadramento jurídico anteriormente vigente, no plano nacional, em matéria de concorrência.

Com efeito, o regime jurídico da concorrência revogado pela Lei da Concorrência, a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, previa, no artigo 50.º, um regime mais próximo da abordagem tipicamente aplicável ao direito sancionatório público em Portugal². Nos termos da referida disposição, os recursos relativos a decisões de aplicação de coimas tinham efeito suspensivo, sendo que, aos recursos interlocutórios seria aplicável o n.º 2 do referido artigo 50.º, que remetia, expressamente, para o regime do artigo 55.º, n.º 2, do RGCO, que limitava as decisões interlocutórias suscetíveis de impugnação àquelas que prejudicassem imediatamente direitos substantivos ou processuais de qualquer interveniente no processo, conferindo-lhes efeitos devolutivos em virtude da sua natureza não final.

Diferentemente, nos termos da Lei da Concorrência atualmente em vigor, o destinatário de uma decisão sancionatória da AdC, que tipicamente corresponderá à aplicação de uma coima, deve, em princípio, pagar a coima, ainda que recorra da decisão sancionatória junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (o “TCRS”). Consequentemente, nos termos do artigo 85.º, n.º 4 da Lei da Concorrência, o recurso judicial de anulação terá, nestes casos, efeito meramente devolutivo³.

A única exceção à natureza devolutiva do recurso de decisões sancionatórias de aplicação de coimas está prevista no artigo 85.º, n.º 5 da Lei da Concorrência,

2 O Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”) prevê a aplicação subsidiária do artigo 408.º, n.º 1, alínea a) do Código de Processo Penal (“CPP”), *ex vi* artigo 41.º, n.º 1, do RGCO e, consequentemente, o efeito suspensivo do recurso de decisões sancionatórias.

3 Esta disposição prevê a existência de efeito suspensivo no caso de decisões de aplicação de medidas de caráter estrutural, nos termos do n.º 4 do artigo 29.º da Lei da Concorrência. Estas medidas são de aplicação muito excecional, nunca tendo tido lugar no plano nacional, ao contrário do que sucede com a aplicação de coimas por parte da AdC.

que permite o afastamento da regra geral do efeito devolutivo pelo TCRS, desde que verificadas as condições previstas nesta disposição. Com efeito, o TCRS pode conferir efeito suspensivo ao recurso de decisões de aplicação de coimas, a solicitação da empresa sancionada, desde que esta demonstre que a implementação da decisão lhe causaria um prejuízo irreparável e desde que preste caução, no prazo estabelecido pelo TCRS (sem que se delimite, note-se, nesta disposição, os termos em que a caução será prestada).

Por outro lado, no que respeita às designadas decisões interlocutórias, o artigo 85.º, n.º 4 da Lei da Concorrência suscita as dificuldades interpretativas que detalharemos infra, não se extraindo da sua letra um regime específico em relação ao referido anteriormente para as decisões sancionatórias da AdC.

De notar ainda que, para além das alterações aos efeitos dos recursos, a Lei da Concorrência alargou o escopo potencial da revisão a ser empreendida pelo TCRS em sede de recurso. Com efeito, contrariamente ao que sucedia nos termos do enquadramento normativo anterior, o artigo 88.º, n.º 1 da Lei da Concorrência permite, diferentemente do que é típico no direito sancionatório público, a chamada *reformatio in pejus*, i.e., o TCRS pode agravar a sanção aplicada, em particular, incrementar o montante da coima.

Consequentemente, das disposições da Lei da Concorrência relativas a recursos judiciais, consideradas na sua globalidade, parece poder extrair-se um objetivo de desincentivo à apresentação de recursos judiciais injustificados, com propósitos meramente dilatatórios, procurando-se reforçar a efetividade e celeridade da implementação das normas de concorrência⁴.

Todavia, independentemente da legitimidade de um objetivo deste tipo, as disposições relativas aos efeitos dos recursos têm suscitado objeções, em particular de compatibilidade com a Constituição, que começaram, sensivelmente nos últimos dois anos, a ser objeto de apreciação judicial mais detida.

4 A convergência entre o direito da concorrência da União Europeia (“UE”) e o direito da concorrência nacional foi um dos objetivos incluídos no Programa de Assistência Económica e Financeira acordado, em maio de 2011, entre as autoridades portuguesas, a UE e o FMI, visando o restabelecimento da confiança nos mercados financeiros e o crescimento da economia portuguesa. No que concerne, em particular, ao abandono do efeito suspensivo do recurso e à possibilidade de agravamento das coimas, o objetivo de desincentivo da interposição de recursos com intuítos dilatatórios resulta, desde logo, do ponto 6 do Parecer da AdC sobre a Proposta de Lei n.º 45/XII, que se refere à introdução de “(...) incentivos que limitem a utilização do recurso como prática puramente dilatatória, tais como a eliminação do efeito suspensivo do recurso em termos de coimas” e à “(...) possibilidade de os tribunais agravarem as sanções aplicadas pela AdC e não apenas manter ou reduzir essas sanções”, como um instrumento de “maior equidade e eficiência no sistema de recursos judiciais”.

No que concerne o efeito meramente devolutivo do recurso de decisões sancionatórias, têm sido, como veremos mais detidamente infra, apontadas dificuldades de integração no quadro do direito sancionatório público e, em particular, de compatibilização com princípios constitucionais como a presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa – “CRP”) e o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva (artigos 20.º, n.º 1 e 268.º, n.º 4 da CRP). Esta questão foi, inclusivamente, objeto de apreciações recentes por parte do Tribunal Constitucional (“TC”), em termos não isentos de dúvidas, como veremos ao longo deste documento.

No que diz respeito à atribuição de efeitos meramente devolutivos aos recursos interlocutórios de decisões da AdC no âmbito de processos contraordenacionais, embora esta questão não tenha sido, tanto quanto é do nosso conhecimento, objeto de apreciação por parte do TC, foi já analisada e decidida pelo TCRS e pelo Tribunal da Relação de Lisboa (“TRL”), nem sempre de forma completamente coerente no que concerne, primacialmente, a compatibilidade da interpretação com o direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva (artigos 20.º, n.º 1 e 268.º, n.º 4 da CRP) e ao princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da CRP).

Em face do supra exposto, procuraremos, neste trabalho, traçar, em primeiro lugar, as abordagens em confronto em cada um destes pontos, apresentando, num segundo momento, a nossa perspetiva em relação à resolução da problemática em causa.

2. O EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS DE DECISÕES DE APLICAÇÃO DE COIMAS

Começaremos por analisar as dúvidas interpretativas de natureza constitucional que se têm colocado quanto ao efeito meramente devolutivo dos recursos de decisões de aplicação de coimas, tendo como fio condutor as decisões do TC em dois processos decorrentes de decisões sancionatórias da AdC.

2.1. A apreciação por parte dos Tribunais

Após a emissão das decisões sancionatórias por parte da AdC, que correspondiam a aplicação de coimas por prestação de respostas incompletas a pedidos de informação (o que constitui uma contraordenação nos termos da Lei da Concorrência), as empresas sancionadas impugnaram judicialmente as decisões perante o TCRS e requereram a atribuição de efeito suspensivo

aos seus recursos, alegando que o regime do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei da Concorrência era incompatível com a CRP⁵.

Em ambos os casos, o TCRS admitiu os recursos e recusou a aplicação conjugada do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei da Concorrência, com fundamento, não obstante algumas *nuances*, em inconstitucionalidade material, suspendendo os efeitos das decisões recorridas, com base no regime subsidiário do RGCO, sem exigir, para o efeito, a prestação de qualquer caução.

Estes despachos do TCRS foram, subsequentemente, apreciados pelo TC, na sequência dos recursos do Ministério Público e da AdC, com resultados distintos em cada um dos casos.

No primeiro caso, no Acórdão n.º 376/2016, de 8 de junho de 2016, a 3.ª Secção do TC concluiu que o artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei da Concorrência, não violava os direitos constitucionais invocados no despacho recorrido, em particular o direito de acesso aos tribunais e à proteção judicial efetiva⁶.

Com efeito, no entender do TC, o direito à proteção judicial efetiva não se traduziria numa regra geral segundo a qual as ações judiciais de anulação de decisões sancionatórias proferidas por entidades administrativas devem ter efeito suspensivo, dispondo o legislador de uma ampla margem de liberdade na regulação do procedimento de acesso aos tribunais, desde que não se verifiquem dificuldades excessivas ou iniquidades materiais.

De acordo com o TC, tendo em conta a referida margem de liberdade, a escolha legislativa, constante do artigo 84.º, n.º 4, da Lei da Concorrência, não poderia, ser considerada injusta ou irrazoável. Por um lado, prosseguia o interesse público no que concerne a efetividade das normas de concorrência, através do desincentivo à apresentação de ações judiciais infundadas e meramente dilatórias e, por outro, existia a possibilidade, prevista no n.º 5 desse artigo, de suspensão dos efeitos de uma decisão sancionatória, cuja execução causasse “prejuízo considerável” ao visado e mediante prestação de caução. Esta última possibilidade serviria, segundo o TC, como “válvula de escape”,

5 Cujos recursos deram origem ao Processo n.º 273/15.4YUSTR e ao Processo n.º 352/15.8YUSTR junto do TCRS, disponíveis em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contrordenacionais/Paginas/IDF201502.aspx e http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contrordenacionais/Paginas/IDF201504.aspx.

6 Acórdão da 3.ª Secção do TC, de 8 de junho de 2016, no Processo n.º 1094/2015, disponível em https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/74914923/details/maximized?serie=II&parte_filter=32&filtrar=Filtrar&dr_eld=74889545. Note-se que, neste caso, o TCRS tinha, apesar das alegações da recorrente nesse sentido, afastado como fundamento do juízo recorrido a violação do princípio da presunção da inocência, previsto no artigo 32.º, n.º 2 da CRP.

mitigando os riscos de violação do direito à proteção judicial efetiva sem comprometer a eficácia da coima⁷.

Consequentemente, a 3.^a Secção deste TC deferiu o recurso do Ministério Público e ordenou ao TCRS que procedesse à revisão da decisão recorrida.

Em aparente contraste com este entendimento, no Acórdão n.º 674/2016, de 13 de dezembro de 2016, a 1.^a Secção do TC concluiu que o regime do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, infringia efetivamente direitos constitucionalmente consagrados, em particular o direito ao acesso aos tribunais e à proteção judicial efetiva, bem como o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º CRP, na vertente da necessidade e da justa medida (tendo afastado a possível violação do princípio da presunção da inocência)⁸.

O TC considerou que o regime do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei da Concorrência, ao fazer depender a atribuição de efeito suspensivo da existência de um “prejuízo considerável” e da prestação de caução em substituição, está, essencialmente, a obrigar o visado a pagar (pelo menos parcialmente) a coima antes da impugnação judicial, obrigando-o, portanto, a incorrer (pelo menos parcialmente) num prejuízo considerável, restringindo, por isso, o direito de acesso aos tribunais e à proteção judicial efetiva.

Ademais, apesar de o TC reconhecer o objetivo desta disposição, no sentido de contribuir para a maior eficácia das regras jus-concorrenciais, considera que as limitações implementadas para a prossecução deste objetivo são desproporcionais. Com efeito, apesar de desincentivar a apresentação de ações judiciais infundadas com intuítos meramente dilatatórios, esta restrição não se limitava, segundo o TC, à medida do indispensável para a prossecução desse fim.

A excessividade desta medida resultava, no entender do TC, do facto de ter sido introduzida simultaneamente na Lei da Concorrência a possibilidade de *reformatio in pejus* em sede de recurso, uma disposição que tem, por si só, um impacto dissuasor de recursos dilatatórios, não se tendo ademais previsto a possibilidade de o juiz valorar as circunstâncias concretas da prestação da caução, em particular uma eventual insuficiência dos recursos financeiros das empresas visadas para prestação da própria caução.

7 O TC excluiu expressamente da sua análise a questão da (in)exigibilidade de prestação de caução em face da insuficiência de meios do visado, tendo em conta que a sociedade visada, com o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, se ofereceu para prestar a caução devida.

8 Acórdão da 1.^a Secção do TC, de 13 de dezembro de 2016, no Processo n.º 206/2016, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160674.html?impressao=1>.

Em resultado, a 1.^a Secção do TC confirmou a decisão do TCRS, considerando inconstitucional a aplicação desta disposição.

Aparentemente, as conclusões deste último acórdão contradiziam as do acórdão anterior. Todavia, este não foi o entendimento do TC, que rejeitou o recurso para o plenário deste tribunal, no sentido da uniformização da jurisprudência constitucional, por considerar que as decisões tratavam de diferentes dimensões normativas dos n.ºs 4 e 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012⁹.

O entendimento do TC, neste particular, parece ter sido o de que, enquanto o Acórdão n.º 376/2016 afastou expressamente do objeto de conhecimento do recurso a situação de um interessado que não disponha de meios económicos para prestar a caução imposta pelo artigo 84.º da Lei da Concorrência, por considerar que esta dimensão normativa não teve aplicação ao caso concreto, o Acórdão n.º 674/2016 integrou esta dimensão normativa no julgamento empreendido. De acordo com este raciocínio, o acórdão inicial admitiria a possibilidade de o tribunal fixar caução pela forma e montante julgados adequados ao caso concreto, o que considerava ser uma “*válvula de escape*”, retirando rigidez e automaticidade ao sistema, enquanto o acórdão posterior teria analisado as disposições em causa assente numa ideia de automaticidade na sua aplicação, sem espaço para um juízo de dispensa ou adequação em função do caso concreto.

Todavia, em nosso entender, apesar de o acórdão subsequente apresentar, no segmento decisório, um elemento (formalmente) diverso, tendo em conta a referência expressa à desconsideração da disponibilidade económica, a leitura das decisões por referência à sua efetiva materialidade afasta a relevância dessa diferença¹⁰.

9 Nos termos do artigo 79.º-D, n.º 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, a Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, “*Se o Tribunal Constitucional vier a julgar a questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade em sentido divergente do anteriormente adoptado quanto à mesma norma por qualquer das suas secções, dessa decisão cabe recurso para o plenário do Tribunal, obrigatório para o Ministério Público quando intervier no processo como recorrente ou recorrido*”. O indeferimento da reclamação corresponde ao Acórdão n.º 281/2017 do TC, de 6 de junho de 2017, Processo n.º 206/2016, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170281.html>.

10 Como entenderam dois dos juízes nos seus votos de vencido. Desde logo porque, apesar de, no processo que deu origem ao Acórdão n.º 674/2016, a questão de a insuficiência económica ser invocada pela sociedade arguida, na medida em que “[...] o efeito meramente devolutivo [...] decorrente do n.º 4 do artigo 84.º da LdC, agravaria a delicada situação financeira da Recorrente”, este aspeto não parece ter integrado a recusa de aplicação da norma pelo tribunal de primeira instância, nem mereceu desenvolvimento na argumentação subsequente.

A questão fundamental que ambos os acórdãos procuraram esclarecer prendia-se com a eventual restrição do direito de acesso à via judicial, previsto no artigo 20.º da CRP, em virtude da aplicação do artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei da Concorrência, tendo o TC, no Acórdão n.º 674/2016, entendido que esta solução legislativa era desproporcionada em relação a quaisquer objetivos de interesse público, ao contrário do decidido no Acórdão n.º 376/2016, no qual se entendeu que não ocorria uma restrição relevante da garantia prevista no artigo 20.º da CRP por parte das mesmas disposições¹¹.

Assim, apesar de a impossibilidade de atender à insuficiência económica poder ter reforçado o entendimento do TC, o Acórdão n.º 674/2016 centra a inconstitucionalidade das disposições em causa na circunstância de a fixação da caução não ser sujeita à apreciação judicial¹². Ademais, é precisamente a circunstância da interpretação deste ponto se afigurar contraditória em relação ao acórdão anterior que justifica a generalidade dos votos de vencido relativamente ao Acórdão n.º 674/2016¹³.

As distintas conclusões da 3.ª e da 1.ª Secção do TC parecem basear-se, não num diferente objeto da apreciação, mas numa interpretação divergente do n.º 5 do citado artigo 84.º. Enquanto a 3.ª Secção entendeu que esta norma permitia ao juiz estabelecer a forma e montante da caução a prestar (funcionando assim como “*válvula de escape*”), a 1.ª Secção considerou que a mesma norma era rígida e automática, retirando ao juiz qualquer discricionariedade neste âmbito. Em todo o caso, mesmo com base na interpretação original do artigo 84.º, n.º 5, da Lei da Concorrência pela 3.ª Secção do TC, não seria permitido atribuir efeito suspensivo nos casos de inexistência de “prejuízo considerável” ou, independentemente desse requisito, se o visado não prestasse

11 Este acórdão foi particularmente enfático “[...] não questionando que o arguido em processo de contraordenação tem, por força das normas conjugadas dos artigos 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 4, da Constituição, o direito de impugnar judicialmente a decisão administrativa contra si proferida, não se afigura que o regime consagrado no artigo 84.º, n.ºs. 4 e 5, da Lei da Concorrência, constitua, só por si, um obstáculo ao efetivo exercício desse direito”.

12 A ideia de necessidade e de justa medida são abordadas nos pontos 21 e 22 da fundamentação do Acórdão n.º 674/2016 e apenas no ponto 23 se refere que a norma recusada não acautela a possibilidade de verificação de insuficiência económica do arguido/recorrente.

13 O juiz do TC Teles Pereira declarou, no seu voto de vencido “Entendo que a norma apreciada nos presentes autos não é inconstitucional, à semelhança do que se concluiu no Acórdão n.º 376/2016, que não julgou inconstitucional a norma extraída do artigo 84.º, n.ºs. 4 e 5, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, segundo a qual a impugnação interposta de decisões da Autoridade da Concorrência que apliquem coimas tem, em regra, efeito devolutivo, apenas lhe podendo ser atribuído efeito suspensivo quando a execução da decisão cause ao visado prejuízo considerável e este preste caução”, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160674.html?impressao=1>.

caução, mesmo nos casos de manifesta ilegalidade da decisão da AdC, questão que, em nosso entender, contribui decisivamente para a referida inconstitucionalidade deste regime¹⁴.

2.2. Balanço e apreciação crítica

Antes da apreciação desta matéria pelos tribunais, a doutrina tinha já manifestado dúvidas quanto à compatibilidade desta disposição com a CRP, embora o debate compreendesse um conflito mais global, entre o efeito meramente devolutivo, o princípio da presunção da inocência e o direito à tutela jurisdicional efetiva¹⁵.

Na verdade, quanto ao primeiro ponto, apesar de ser incontroversa a aplicabilidade dos princípios do direito penal em sede contraordenacional, tendo em conta as finalidades punitivas e dissuasoras das sanções impostas, a jurisprudência do TC tem considerado que a extensão com que estes princípios são aplicados, fora do âmbito estrito das sanções com uma componente privativa da liberdade, seria mitigada¹⁶. Esta questão foi apreciada pelo referido segundo acórdão do TC, o Acórdão n.º 674/2016, que considerou que o princípio da presunção de inocência não era posto em causa pelo efeito devolutivo do recurso, na medida em que o arguido continuará a presumir-se inocente até se tornar definitiva a decisão judicial relativa à impugnação da sanção contra si proferida¹⁷.

Embora alguns autores tenham introduzido argumentos válidos no sentido de defender que o efeito devolutivo das coimas por infrações de concorrência

14 Não se pode extrair, em nosso entender, qualquer conclusão quanto ao nível de controvérsia do acórdão a partir do número de votos favoráveis recolhidos por este. O facto de o Acórdão n.º 376/2016 ter sido apoiado por todos os cinco juízes, ao passo que o Acórdão n.º 674/2016 resultou de uma decisão de maioria de três votos, não indica necessariamente um resultado indesejável, dado que três dos cinco juízes que apoiaram o Acórdão inicial foram substituídos subsequentemente após o termo dos seus mandatos.

15 Por exemplo, Cruz Vilaça & Melícias 2013: 816 e ss, Botelho Moniz, 2016: 738 e ss e Alves Moreira, 2015: 33 e ss.

16 Cfr, por exemplo, o Acórdão da 1.ª Secção do TC, de 15 de fevereiro, no Processo n.º 367/11, acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120085.html>, que considerou que “a diferente natureza do ilícito, da censura e das sanções entre o ilícito contraordenacional e o ilícito penal, o que justifica que os princípios que orientam o direito penal não sejam automaticamente aplicáveis ao direito de mera ordenação social. (...)”.

17 No parágrafo 12 do Acórdão n.º 674/2016, refere-se que o “regime delineado não se nega – antes é reconhecido – o direito de o arguido impugnar a decisão sancionatória proferida pela autoridade administrativa e, com o exercício desse direito, continuar a beneficiar do estatuto de inocente. Simplesmente, a suspensão da decisão sancionatória fica dependente do cumprimento de uma garantia imposta pelo legislador”.

corresponde a uma punição antecipada do visado, pondo em causa a presunção de inocência, em nosso entender o epicentro verdadeiro da discussão corresponde ao direito à tutela jurisdicional efetiva, como decorre das apreciações judiciais *supra* referidas¹⁸.

Em primeiro lugar, importa não perder de vista o contexto em que o artigo 84.º, n.ºs 4 e 5, da Lei da Concorrência vigora.

Por um lado, é de realçar que as infrações de direito da concorrência são o exemplo típico das grandes contraordenações, tendo em conta a magnitude das sanções previstas. Para além de poderem ser aplicadas sanções consideráveis a pessoas individuais, o limite máximo de até 10% do volume de negócios das empresas participantes na infração pode resultar, inclusivamente, em montantes superiores à pena de multa máxima abstratamente aplicável a pessoas coletivas pelo cometimento de crimes¹⁹.

Ademais, ao contrário do que a preocupação exacerbada com os alegados “efeitos dilatórios dos recursos” parece indicar, as coimas aplicadas pela AdC têm sido, frequentemente, anuladas ou reduzidas em sede judicial, sendo que um controlo judicial efetivo deverá, de resto, constituir a garantia necessária da adequada aplicação de direito da concorrência por parte da AdC²⁰.

Por outro lado, a decisão final sancionatória por parte de uma entidade administrativa, que acusa e também decide, corresponde, verdadeiramente, como já foi entendido pela jurisprudência, a uma acusação, sendo o seu potencial atentatório dos direitos de defesa mitigado apenas na medida em que exista e, acrescentamos nós, exista efetivamente, recurso judicial²¹.

Em nosso entender, a possibilidade de acesso efetivo ao recurso judicial é posta em causa pela total falta de previsão da norma quanto à possibilidade de dispensa ou redução da caução por parte do tribunal de recurso, ausência

18 Para mais desenvolvimentos, *vide* Alves Moreira, 2015: 27 e ss.

19 Tendo em conta a leitura conjugada do artigo 77.º, n.ºs 2 e 90.º B, como realçam Figueiredo Dias & Brandão, 2014: 452-453.

20 Já após a criação do TCRS, os dados disponíveis apontam para uma redução das coimas, em média, de 66,95%, em cinco casos de aplicação de coimas em processos contraordenacionais. Campos, 2018: 6.

21 Neste sentido, o Acórdão da 2.ª Secção do TC, de 14 de janeiro de 2004, no Proc. nº 519/2003, que refere que “*garantindo com efetividade e permanência o direito de impugnação judicial das decisões das autoridades administrativas aplicadoras de uma coima, há-de concluir-se no sentido de as normas sob análise não atentarem por qualquer forma contra o princípio da reserva da função jurisdicional aos tribunais consagrado no artigo 205.º da Constituição*”, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120085.html>. Alves Moreira, 2015: 34 e ss.

esta que é, ademais, claramente desproporcional, independentemente dos objetivos em causa.

O n.º 5 do artigo 85.º da Lei da Concorrência não pode constituir a “válvula de escape” que o TC procurou identificar, no acórdão inicial, por não ter as características necessárias para flexibilizar este sistema, desde logo pela exigência de preenchimento do conceito indeterminado de “prejuízo considerável”, em particular “prejuízo considerável” causado por coimas que podem ascender a dezenas (ou, em abstrato, até centenas) de milhões de euros²². Mais grave, a demonstração de “prejuízo considerável” não concede ao julgador a faculdade de autorizar a dispensa da “efetiva prestação de caução”, o que pode revelar-se, em certas circunstâncias, uma imposição desproporcionada e impossível de cumprir, porventura com consequências irremediáveis, tornado inútil uma eventual decisão favorável²³.

A excessividade destas disposições, em particular se conjugadas com a possibilidade de *reformatio in pejus*, é particularmente clara se as contextualizarmos no sistema de direito sancionatório público. Na verdade, como vimos, não só o RGCO prevê, em geral, a regra do efeito suspensivo de recursos de decisões sancionatórias, como a generalidade dos regimes setoriais que preveem coimas elevadas repete esta previsão. Na verdade, estão previstos regimes que admitem, de forma mais equilibrada, a atribuição de efeito suspensivo a decisões sancionatórias de aplicação de coimas nos domínios dos valores mobiliários, da regulação bancária e das telecomunicações, decisões que aplicam, tipicamente, sanções elevadas apesar de, em geral, corresponderem a montantes inferiores ao montante potencial das coimas no âmbito do direito da concorrência²⁴.

22 Podendo ainda ser discutível, acrescente-se, se a capacidade financeira global não afastaria, em qualquer caso, o critério do “prejuízo considerável”. Quanto à indeterminação deste critério Cruz Vilaça & Melícias, 2017; 961-962.

23 Não está também prevista qualquer regra quanto à devolução do montante que venha a ser reduzido ou anulado em sede judicial ou ao pagamento de juros indemnizatórios aos visados, a calcular sobre o montante indevidamente pago ou pago em excesso, até ao respetivo reembolso por parte da AdC.

24 O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, no seu artigo 228.º-A, admite a prestação e garantia como regra, num montante mais limitado, bem como a dispensa da prestação desta, ao dispor que “o recurso de impugnação de decisões proferidas pelo Banco de Portugal só tem efeito suspensivo se o recorrente prestar garantia, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, salvo se demonstrar, em igual prazo, que não a pode prestar, no todo ou em parte, por insuficiência de meios”, o regime quadro das contraordenações do setor das telecomunicações, aprovado pela Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro, conforme alterada, prevê no Artigo 32.º, n.º 3, que “A impugnação de quaisquer decisões proferidas pelo ICP-ANACOM que, no âmbito de processos de contra-ordenação, determinem a aplicação de coimas ou de sanções acessórias ou respeitem ao segredo de justiça têm efeito suspensivo”, enquanto

Mesmo no plano dos atos administrativos, em que a tutela do interesse público exige a sua execução imediata, tem de existir a possibilidade de suspensão da execução de uma decisão que possa causar um prejuízo de tal forma grave na esfera dos administrados que torne inútil uma decisão judicial total ou parcialmente favorável²⁵.

Na verdade, a Lei da Concorrência parece utilizar uma redação próxima da lei processual civil a propósito da atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, sendo particularmente surpreendente que se procure transpor, até na utilização do mecanismo da caução, uma lógica relativa a interesses patrimoniais puros na disponibilidade das partes, para decisões de natureza punitiva em que deverá prevalecer a salvaguarda das garantias de defesa das entidades visadas²⁶.

Além disso, a alegada aproximação deste regime ao regime do contencioso da UE, a que nos referimos anteriormente, não é, sequer, uma justificação válida, uma vez que não é verdadeira. Muito embora o recurso de anulação de uma decisão de aplicação de coima tenha, tecnicamente, efeito devolutivo, a prática da CE consiste em abster-se de promover a execução da sua decisão, mediante a prestação de garantia bancária pelos visados, sem necessidade de qualquer demonstração particular de “prejuízo”. Acresce que o Tribunal Geral da UE dispõe de poderes para dispensar a prestação de garantia, tal como para atribuir efeito suspensivo a um recurso de anulação, no âmbito de um processo de medidas cautelares²⁷.

Em termos de direito comparado, será relevante, em nosso entender, não perder de vista o regime dos recursos no âmbito do regime jurídico da concorrência alemão, em que a efetividade da aplicação das disposições de concorrência

o Código dos Valores Mobiliários remete, no artigo 407.º para o RGCO que por seu turno, como vimos, remete para o efeito suspensivo de decisões finais sancionatórias previsto no artigo 408.º do CPP.

25 Acórdão do 1.ª Secção do TC, de 11 de julho de 2002, no Processo n.º 813/01, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020340.html>.

26 No domínio das relações jurídicas civis e comerciais, a caução desempenha uma função de garantia reportada a uma relação obrigacional pré-existente, o que, manifestamente, não se verifica com a aplicação de uma coima pela AdC, uma vez que a obrigação de pagamento da coima só nasce depois de a respetiva decisão ter sido adotada. Para mais desenvolvimentos, *vide* Botelho Moriz, 2016: 738 e ss.

27 Decorre da leitura conjugada dos artigos 278.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE (“TFUE”) e 279.º do TFUE, por um lado, e do artigo 256.º, n.º 1, do TFUE, por outro, que o juiz das medidas provisórias pode, se considerar que as circunstâncias o exigem, decretar a suspensão da execução do ato impugnado no Tribunal Geral ou ordenar as medidas provisórias necessárias. *Vide* ainda o artigo 60.º do Protocolo n.º 3 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da UE. Para mais desenvolvimentos *vide* Van Bael, 2011: 255.

não tem sido prejudicada por um sistema equilibrado que permite a atribuição de efeito suspensivo a recursos de decisões de aplicação de coimas²⁸.

Por fim, o pressuposto de raciocínio que temos utilizado na argumentação expendida, à semelhança do que entendeu o TC nos acórdãos referidos, é o de que poderá existir um objetivo legítimo de celeridade processual na limitação de recursos alegadamente dilatatórios. Todavia, não podemos deixar de referir que não é consensual que a maior eficácia ou rapidez na aplicação de sanções de direito da concorrência seja um interesse suscetível de tutela, sendo que o próprio TC já reconheceu, embora em contextos distintos, que o ordenamento português dá prevalência à proteção das garantias de defesa sobre a celeridade na aplicação de coimas²⁹.

3. O EFEITO DOS RECURSOS DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DA ADC

Também os efeitos dos recursos interlocutórios de decisões da AdC proferidas durante processos de práticas restritivas de concorrência, têm ainda que em menor medida, sido alvo de debate e de apreciações, aparentemente divergentes, pelos tribunais que deles puderam já conhecer, embora, tanto quanto é do nosso conhecimento, esta matéria não tenha ainda sido apreciada pelo TC.

3.1. A apreciação por parte dos Tribunais

O TCRS considerou, em vários casos, que, uma vez que as decisões interlocutórias não configuram uma sanção para efeitos da aplicação do artigo 84.º, n.º 4 da Lei da Concorrência, não existia na Lei da Concorrência uma disposição específica para esta matéria, desencadeando-se a remissão sucessiva dos artigos 83.º da Lei da Concorrência e do artigo 41.º do RGCO para os artigos 407.º, n.º 1, e 408.º, n.º 3, do CPP³⁰.

Subsequentemente, o TCRS aprofundou a sua apreciação quanto a este ponto, no sentido de sustentar o entendimento de que a aplicação dos números 4.º e 5.º do artigo 84.º da Lei da Concorrência a recursos interlocutórios

28 Se existir confirmação judicial da decisão administrativa, haverá lugar ao pagamento de juros. Stöcker, 2018, Schnelle & Soyer, 2017.

29 Acórdão do Plenário do TC, de 18 de fevereiro de 2014, no Processo n.º 1297/2013, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140174.html>.

30 Por exemplo, na Sentença do TCRS, de 7 de fevereiro de 2016, no Processo n.º 1/16.7YUSTR, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_Judiciais/contraordenacionais/Documents/BPI_Sentença_TCRS_7.2.2016_IDI%202_15.pdf

seria, inclusivamente, inconstitucional em determinadas situações, pondo em causa o próprio direito ao recurso, pois torná-lo-ia absolutamente inútil, em infração do direito constitucional à tutela jurisdicional efetiva³¹.

Consequentemente, perante as insuficiências da Lei da Concorrência quanto aos recursos interlocutórios, teria aplicação a estes recursos o regime mais complexo do artigo 408.º do CPP, que admite o efeito suspensivo dos recursos quando deles depender a validade ou a eficácia dos atos subsequentes.

Todavia, nas ocasiões em que, tanto quanto é do nosso conhecimento, esta matéria foi apreciada pelo TLR, o entendimento deste tribunal foi diverso. Com efeito, entendeu o TRL que a Lei da Concorrência veio expressamente regulamentar, nos artigos 84.º e 85.º, os recursos das decisões interlocutórias, sem deixar margem para a aplicação subsidiária do RGCO. Nesse sentido, tendo em conta que o n.º 4 do artigo 84.º da Lei da Concorrência estabelece, como regra, o efeito meramente devolutivo dos recursos das decisões da AdC, mesmo das decisões que imponham coimas e deveres comportamentais, com exceção das que imponham medidas de carácter estrutural determinadas nos termos do n.º 4 do artigo 29.º, não haveria motivo para qualquer aplicação subsidiária do CPP, em particular o artigo 408.º, n.º 3, do CPP, em virtude da existência de norma expressa na Lei da Concorrência³².

Consequentemente, as teses atualmente em conflito, antes da existência de uma intervenção desejavelmente clarificadora do TC, são, por um lado, uma interpretação alegadamente literal da disposição, no sentido de considerar que a Lei da Concorrência prevê o efeito devolutivo para todos os recursos de decisões da AdC, incluindo recursos interlocutórios, e, por outro, uma interpretação conforme à Constituição, ou uma desaplicação da norma por inconstitucionalidade da mesma, tendo em conta a incompatibilidade desta com o direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva.

3.2. Balanço e apreciação crítica

Em nosso entender, sem prejuízo da importância do segundo ponto, relativo a inconstitucionalidade da “interpretação literal”, que desenvolveremos infra, a literalidade da aplicação do disposto no n.º 4 do artigo 84.º da Lei da

31 Tal terá sido o caso da atribuição de efeito suspensivo no Processo 194/16.3YUSTR, Campos, 2018: 11.

32 Acórdão do Tribunal da Relação, de 11 de outubro de 2016, no Processo n.º 20/16.3YUSTR-D.L1-5, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f579a848d5ea34f0802580c70032d770?OpenDocument>

Concorrência pode afigurar-se potencialmente precipitada. Na verdade, se o objetivo desta disposição, como referido anteriormente, seria, não obstante os equívocos que já referimos, replicar o modelo de contencioso da UE, no que diz respeito à decisão final sancionatória, este será o âmbito de aplicação desta disposição, estando excluídos da mesma os recursos de decisões interlocutórias.

Além disso, concorre também para esta conclusão a segunda parte do disposto no n.º 4 do artigo 84.º da Lei da Concorrência que execciona da regra do efeito meramente devolutivo de um recurso as “*decisões [finais sancionatórias] que apliquem medidas de carácter estrutural determinadas pelo n.º 4 do artigo 29.º, cujo efeito é suspensivo*”, tendo em conta que esta disposição designa genericamente como “decisão” as decisões finais sancionatórias, em relação às quais se delimita uma exceção.

Deste modo, não é absolutamente claro, em nosso entender, que exista norma específica na Lei da Concorrência relativamente aos recursos interlocutórios, pelo que haveria lugar à aplicação subsidiária do RGCO, que remete, como vimos, para o regime do CPP, que admite a fixação de efeito suspensivo em determinadas circunstâncias.

Ainda que assim não fosse, esta norma não pode ser interpretada desgarrada dos elementos teleológicos e, especialmente, sistemáticos, tendo em conta que choca que o legislador tivesse previsto um regime tão limitado, na medida em que nunca seria possível a atribuição de efeito suspensivo ao processo ou à decisão recorrida neste tipo de recursos, independentemente da materialidade subjacente ou da lesão na esfera jurídica do recorrente, que, neste caso, pode ser substancial, tendo em conta tudo o que dissemos quanto à gravidade das coimas para pessoas coletivas e singulares.

Na verdade, o direito contraordenacional, que remete para o regime processual penal, em particular o já referido artigo 408.º do CPP, prevê um regime complexo no que diz respeito à fixação dos efeitos dos recursos, fruto da constatação de que a concessão de efeito devolutivo, sem nenhuma salvaguarda para as situações em que os recursos nestas circunstâncias são totalmente inúteis, geraria uma contradição interna no próprio sistema, esvaziando de qualquer materialidade o direito ao recurso.

A contradição sistemática de uma interpretação deste tipo é particularmente clara se tivermos em conta os princípios constitucionais aplicáveis a esta matéria, em particular o já profusamente referido artigo 20.º da CRP, bem como o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18.º da CRP.

Deste modo, a aplicação do n.º 3 do artigo 408.º do CPP a decisões interlocutórias da AdC garante a coerência do sistema porque é a única interpretação conforme à CRP, assegurando, de forma equilibrada, a utilidade do recurso de decisões interlocutórias no âmbito de processos da AdC.

Ademais, em nosso entender, ainda que se procurasse, em qualquer caso, reconhecer, na aplicação do artigo 84.º, n.º 4, da Lei da Concorrência a recursos interlocutórios, um eventual objetivo de eficiência na promoção da concorrência – objetivo esse cuja legitimidade pode ser, como vimos, disputada –, é manifesto que esta abordagem seria desproporcional, em particular nas vertentes da necessidade e da justa medida.

Na verdade, a compatibilização dos interesses da investigação com os direitos das entidades investigadas impõe o efeito suspensivo sempre que se demonstre que os recursos seriam absolutamente inúteis se assim não fosse. No caso de recursos relativos à legalidade de decisões da AdC proferidas no decurso de processos contraordenacionais de práticas restritivas da concorrência, a eventual procedência do recurso, porque tipicamente tardia, não evitará, em muitos casos, a lesão efetiva do direito, nem garantirá a sua efetiva reintegração, o que equivale, em termos práticos, à denegação do acesso ao direito e aos tribunais³³.

Esta conclusão é particularmente clara se notarmos que as decisões interlocutórias da AdC dizem respeito, tipicamente, à realização de diligências de busca e apreensão eventualmente nulas, à integração no processo de documentos apreendidos, ao acesso ao processo por parte de terceiros ou a recusa de diligências complementares de prova requeridas pelos visados.

Note-se ainda, por fim, que a necessidade de assegurar o equilíbrio dos valores em equação em caso de recurso, prevendo-se uma “*válvula de segurança*” para situações geradoras de prejuízos cuja reintegração seria muito difícil, é uma característica típica e enformadora do sistema sancionatório público. Inclusivamente, tal característica é reconhecida em geral pela própria Lei da Concorrência, pese embora as insuficiências que apontámos supra, ao admitir, no artigo 84.º, n.º 5, o efeito suspensivo da decisão final condenatória (que, como vimos, constitui *stricto sensu* o âmbito de aplicação do artigo 84.º, n.º 4, da Lei da Concorrência), mediante a prestação de caução, caso a execução da decisão cause “prejuízo considerável” à entidade sancionada.

33 Em sentido contrário, realçando “*todas as indesejáveis consequências daí resultantes para a duração da investigação*”, sem referência suficiente, em nosso entender, com o devido respeito, à necessidade de permitir, em certas circunstâncias, a defesa dos direitos dos visados, *vide* Cruz Vilaça & Melícias, 2017: 956.

Acresce que o próprio artigo 278.º do TFUE prevê que, não obstante os recursos para o Tribunal de Justiça da UE não terem, em geral, efeito suspensivo, este tribunal “*pode ordenar a suspensão da execução do acto impugnado, se considerar que as circunstâncias o exigem*”.

Deste modo, não se compreenderia que uma ponderação deste tipo não fosse, em qualquer circunstância, possível no caso de recursos interlocutórios de decisões da AdC.

4. CONCLUSÃO

Em face do supra exposto, a situação atual em termos de debate jurisprudencial quanto aos efeitos dos recursos de decisões sancionatórias da AdC é pouco clara, em particular após a recusa por parte do TC no sentido de uniformizar jurisprudência anterior deste tribunal, aparentemente incompatível, tendo em conta que, no primeiro caso, o TC recusou a inconstitucionalidade do efeito meramente devolutivo e, no segundo caso, se pronunciou pela inconstitucionalidade deste por violação do direito à tutela jurisdicional efetiva, previsto no artigo 20.º da CRP, bem como do princípio da proporcionalidade, estabelecido no artigo 18.º da CRP. Esta recusa de apreciação por parte do TC introduziu, ademais, um elemento de confusão nesta matéria, uma vez que rejeitou, inclusivamente, o caráter contraditório destes acórdãos, não permitindo que se chegue a uma conclusão definitiva quanto à compatibilidade do artigo 84.º da Lei da Concorrência com a CRP.

Também a atribuição de efeito suspensivo aos recursos de decisões interlocutórias da AdC permanece pouco clara, com interpretações distintas por parte do TCRS e do TRL, interpretações essas que alternam entre a atribuição de efeito meramente devolutivo, quer a recursos de decisões finais sancionatórias, quer a recursos interlocutórios, e a aplicação subsidiária do RGCO (e consequentemente do CPP), em virtude da desaplicação da Lei da Concorrência por violação do direito à tutela jurisdicional efetiva.

Em nosso entender, a conclusão a retirar do supra exposto passa por recusar uma interpretação dos recursos em matéria de direito da concorrência como um corpo estranho ao sistema jurídico, em particular ao sistema sancionatório público no plano nacional.

Na verdade, o objetivo assumido pela AdC nos trabalhos preparatórios da Lei da Concorrência, no sentido de tornar o novo regime jurídico da concorrência mais autónomo, claro, inteligível e também mais célere, não pode desembocar em soluções anacrónicas e, em particular, inconstitucionais.

Com efeito, um enquadramento normativo que, por regra, permite a execução de coimas potencialmente muito penalizadoras antes da conclusão da apreciação judicial da decisão que a aplica, e que apenas permite a suspensão dessa execução se a mesma causar um “prejuízo considerável” ao visado e caso este preste caução, independentemente da suficiência dos seus recursos financeiros para o efeito, constitui uma restrição excessiva do direito à proteção judicial efetiva, em particular se considerado conjuntamente com a possibilidade agora prevista na Lei da Concorrência de *reformatio in pejus* por parte do tribunal de recurso.

Na verdade, o elemento dissuasor está já insito na possibilidade de uma apreciação de plena jurisdição por parte do tribunal de recurso, sendo que os dados empíricos demonstram, não a existência de recursos dilatórios, mas, ao invés, a existência de um conjunto significativo de decisões sancionatórias da AdC que têm sido parcial ou totalmente anuladas, em particular no que concerne o montante das coimas aplicadas. Além disso, devem ainda merecer tutela particular os direitos de defesa em processos sancionatórios contraordenacionais, em que a acusação e a decisão final estão a cargo da mesma entidade administrativa.

Ademais, mesmo o modelo que a Lei da Concorrência terá querido emular (pese embora, como vimos, as particularidades quanto à natureza das normas nacionais), o regime de recurso das decisões sancionatórias no plano da UE tem elementos de flexibilidade que não são reconhecidos no enquadramento normativo português, flexibilidade essa seguida ao nível de outros Estados Membros da UE, sem que a eficácia na aplicação do direito da concorrência seja prejudicada.

Nesse sentido, é também manifesta a inadequação sistemática da recusa intransigente, independentemente das circunstâncias do caso, da atribuição de efeito suspensivo aos recursos interlocutórios, tendo em conta que não encontra qualquer justificação atendível a não aplicação, em sede de processos de direito da concorrência, das ponderações de inutilidade do recurso que podem justificar o afastamento do efeito meramente devolutivo em sede contraordenacional.

Por fim, constitui, em nosso entender, um princípio estabelecido do direito sancionatório público português que a celeridade da aplicação de sanções terá de ser subalternizada em relação à proteção das garantias de defesa em processos de natureza parapenal, e esta terá de ser a chave sistemática para a apreciação das disposições em causa.

BIBLIOGRAFIA

ALVES MOREIRA, Teresa

2014 *A Desnecessidade da Exequibilidade Imediata da Coima no Novo Regime Jurídico da Concorrência à Luz do Princípio da Presunção de Inocência e do Direito de Acesso aos Tribunais*, 18 de junho de 2014, disponível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17148/1/TeresaMoreira_VF%2017.pdf.

ANASTÁCIO, Gonçalo & SAAVEDRA, Alberto

2012 *To Appeal or not under new Portuguese Competition Act*, disponível em <https://www.srslegal.pt/xms/files/PUBLICACOES/Cartel11-29-2012-3-2.pdf>.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

2012 *Proposta de Lei 45/XII Aprova o Novo Regime Jurídico da Concorrência*, revogando a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e a Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=36753>.

Cruz Vilaça, José Luís da & Melícias, Maria João

2017 “Comentário ao Artigo 84.º da Lei da Concorrência”, in Lopes Porto, Manuel, Cruz Vilaça, José Luís da, Cunha, Carolina, Gorjão-Henriques, Miguel, Anastácio, Gonçalo (coord.), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* Coimbra, Almedina, 2.ª Edição, pp. 949-962.

2013 “Comentário ao Artigo 84.º da Lei da Concorrência”, in Lopes Porto, Manuel, Cruz Vilaça, José Luís da, Cunha, Carolina, Gorjão-Henriques, Miguel, Anastácio, Gonçalo (coord.), *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* Coimbra, Almedina, 1.ª Edição, pp. 811-820.

Espírito Santo Noronha, João,

2013 *Impugnação de Decisões da Autoridade da Concorrência em Procedimento Administrativo*, RIDB, Ano 2 (2013), disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/01/2013_01_00759_00768.pdf.

Figueiredo Dias, Jorge & Brandão, Nuno

2014 “Práticas Restritivas da Concorrência pelo Objeto: Consumação e Prescrição – Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de janeiro de 2014”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, julho-setembro, pp. 452-453.

MELCHER, Philipp & IGREJAS MATOS, Nuno

2017 *Acórdão do Tribunal Constitucional Dividido Quanto ao Efeito não Suspensivo dos Recursos sobre Decisões Condenatórias da Autoridade da Concorrência*, dezembro 2016/janeiro 2017, disponível em <https://www.mlgs.pt/xms/>

files/Publicacoes/Newsletters_Boletins/2017/Newsletter_Europeu_e_Concorrencia_n.o_25_PT.pdf.

NOVERSA LOUREIRO, Flávia

2017 *Direito Penal da Concorrência*, Coimbra, Almedina.

PEREIRA MADEIRA, António

2014 *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra, Almedina.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo

2011 *Comentário ao Regime Geral das Contra-Ordenações*, Lisboa, Católica Editora.

SCHNELLE, Ulrich & SOYER, Volker

2017 *Germany – Cartels 2007*, disponível em <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/cartels/global-legal-insights---cartels-5th-ed./germany>.

STÖCKER, Mathias

2017 *Germany – Cartels and Leniency*, disponível em <https://iclg.com/practice-areas/cartels-and-leniency-laws-and-regulations/germany#chaptercontent7>.

VAN BAEL, Ivo

2011 *Due Process in EU Competition Proceedings*, Países Baixos, Kluwer Law.

VIEIRA PERES, Joaquim, MAIA CADETE, Eduardo, MACHADO BORGES, Gonçalo, GOUVEIA E MELO, Pedro, GOUVEIA, Inês, NASCIMENTO FERREIRA, Luís

2016 “Anotação ao Artigo 84.º”, in BOTELHO MONIZ, Carlos (coord.), *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra, Almedina, pp. 738-752.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência geral

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – OUTUBRO DE 2017 A DEZEMBRO DE 2017

Elaborado por Ricardo Bayão Horta

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 4.10.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 352/15.8YUSTR.

Recorrentes: *Ford Lusitana, S.A.*

Sumário: Julga totalmente improcedente o recurso e condena a Recorrente pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelo artigo 68.º, n.º 1, al. i), do Novo regime da Concorrência, numa coima de cento e cinquenta mil euros (€150.000,00).

Normas relevantes: arts. 68.º, n.º 1, al. j), 69.º, n.ºs 1 e 3 e 73.º, n.º 2, al. a) da LdC; art. 127.º do CPP; art. 71.º, n.º 2 do CP; arts. 32.º, 41.º, n.º 1, 42.º e 68., n.º 1 do RGCO.

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 641/17 (2.ª Secção), de 4.10.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 314/17 (Recurso vindo do Tribunal da Relação de Lisboa no âmbito do Processo n.º 102/15.9YUSTR. L1

Recorrentes: *Petróleos de Portugal – Petrogal, SA; Galp Madeira – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, SA e Galp Açores – Distribuição e Comercialização de Combustíveis e Lubrificantes, SA*

Sumário: Indefere a reclamação e mantém a decisão sumária reclamada.

Normas relevantes: arts. 69.º e 73.º, n.º 2 da LdC; art. 58.º do RGCO; arts. 70.º, n.º 1, al. b), 78.º-A, n.º 3 e 79.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

Despacho do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 20.10.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 322/17.1YUSTR

Recorrentes: *EDP – Energias de Portugal, SA e outro(s)*

Sumário: Recusa a aplicação plasmada no art. 84.º, n.º 5 do Regime Jurídico da Concorrência, com fundamento em inconstitucionalidade material, por violação dos artigos 20.º, n.º 1, 268.º, n.º 4, 32.º, n.º 10, 18.º, n.º 2 e 2.º, todos da Constituição da República Portuguesa.

Normas relevantes: arts. 83.º, 84.º, n.º 5 e 87.º, n.ºs 1 e 2 da LdC; arts. 2.º, 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 1, 32.º, n.º 10 e 268.º, n.º 4 da CRP; art. 408.º, n.º 1, al. *a)* do CPP; arts. 41.º, n.º 1, 59.º, 63.º e 88.º, n.º 1 do RGCO.

Decisão Sumária do Tribunal Constitucional, n.º 627/17 (3.ª Secção), de 26.10.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 1117/17 (Recurso vindo do Tribunal da Relação de Lisboa no âmbito do Processo n.º 36/17.2YUSTR. L1

Recorrentes: *FIRMO – Papéis e Papelarias, SA.*

Sumário: Decide (i) não conhecer do objeto do recurso quanto à questão relativa ao artigo 28.º, n.º1, al. b) do Regime Geral das Contra Ordenações, na dimensão normativa sindicada («norma contida na leitura do artigo 28.º, n.º1, al. b) do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), na interpretação de que, em processo de contraordenação por prática restritiva da concorrência, a tomada de declarações de coarguido que apresentou anteriormente um pedido de clemência válido e eficaz constitui diligência de prova idónea para interromper o prazo de prescrição do procedimento contraordenacional relativamente a outro coarguido;»); (ii) Não julgar inconstitucional a «norma do artigo 43.º, n.º 1, al. a), da Lei 18/2003 (na medida em que estabelece a aplicação de uma coima fixada com referência a um percentual do volume de negócios obtido no último ano pela empresa infratora)» e, em consequência, julgar improcedente o recurso nesta parte.

Normas relevantes: art. 69.º, n.º 2 da LdC; arts. 4.º, n.º 1, als. *a)* e *d)* e 43.º, n.º 1, al. *a)* da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 18.º, n.º 2, 29.º, n.º 1 e 3 e 30.º, n.º 1 da CRP; art. 101.º, n.º 1, als. *a)* e *c)* do TFUE; art. 28.º, n.º 1, al. *b)* do RGCO; arts. 70.º, n.º 1, al. *b)* e n.º 2, 72.º, n.º 2, 76.º, n.º 1, 78.º-A, n.ºs 1 e 3 e 79.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (Conferência), de 8.11.2017, proferido no âmbito do Processo n.º 291/16.5YUSTR.L1 – Recurso do TCRS de Santarém.

Recorrentes: *CTT – Correios de Portugal, SA e outro(s)*

Sumário: Decide negar provimento ao recurso interposto por CTT – Correios de Portugal, S.A..

Normas relevantes: arts. 7.º, n.º 1, 15.º, n.º 1, al. *c)*, 25.º, n.º 1, 30.º, 31.º, n.ºs 1, 2 e 3, 33.º, n.ºs 1 e 4, 81.º, n.º 2, 83.º e 89.º da LdC; arts. 11.º 15.º, 17.º, n.º 2 e 18, n.º 1, al. *b)* da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 18.º, n.º 2, 20, n.º 4, 32.º, n.º 10, 61.º, 62.º e 266.º, n.º 2 da CRP; art. 102.º do TFUE; art. 6.º, n.º 3, al. *a)* da CEDH; art. 9.º, n.º 3 do CC; arts. 119.º, al. *c)* e 608.º, n.º 2 do CPC; arts. 4.º, 399.º, 401.º, n.º 1, al. *b)*, 402.º, 406.º, n.º 2 e 407.º, n.º 1 do CPP; arts. 41.º, n.º 1 e 50.º do RGCO; art. 15.º do Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão; Comunicação 2005/C 325/07.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA
DA UNIÃO EUROPEIA — DE OUTUBRO A DEZEMBRO
DE 2017

Elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abuso de posição dominante

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de outubro de 2017, proferido no âmbito do Processo T431/16

Partes: VIMC – Vienna International Medical Clinic GmbH/ Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 23 de outubro de 2017, proferido no âmbito do Processo T712/14

Partes: Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs/ Comissão

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça 20 de dezembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C364/16 P,

Partes Trioplast Industrier AB/ Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de dezembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C487/16 P

Partes Riva Telefónica, S.A./Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça 6 de dezembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C230/16,

Partes Coty Germany GmbH/ Parfümerie Akzente GmbH

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de novembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C547/16

Partes: Gasorba SL e o./ Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.

Acórdão do Tribunal de Justiça 23 de novembro de 2017, proferido no âmbito dos Processos C427/16 e C428/16

Partes: CHEZ Elektro Bulgaria» **AD**/ Yordan Kotsev e o.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de novembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C671/15

Partes Président de l’Autorité de la concurrence/ Association des producteurs vendeurs d’endives e o.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de novembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C122/16 P

Partes British Airways plc/ Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 10 de novembro de 2017, proferido no âmbito do Processo T180/15

Partes Icap plc e o./ Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2017, proferido no âmbito dos Processos C457/16 P e C459/16 P a C461/16 P

Partes: Global Steel Wire SA e o./Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 2017, proferido no âmbito dos Processos C454/16 P e C456/16 P e C458/16 P

Partes: Global Steel Wire SA e o./Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 23 de outubro de 2017, proferido no âmbito do Processo T712/14

Partes: Confédération européenne des associations d’horlogers-réparateurs/ Comissão

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de dezembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C81/16 P

Partes: Espanha /Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de dezembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C70/16 P

Partes: Comunidade Autónoma da Galiza e o./ Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de dezembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C66/16 P a C69/16 P,

Partes: Comunidade Autónoma do País Basco e o./ Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 13 de dezembro de 2017, proferido no âmbito do Processo T314/15

Partes: Grécia/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de novembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C472/15 P

Partes: Servizi assicurativi del commercio estero SpA e o./Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de novembro de 2017, proferido no âmbito do Processo T263/15

Partes: Gmina Miasto Gdynia e o./Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C657/15 P

Partes: Viasat Broadcasting UK Ltd/ TV2/Danmark A/S e o.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C656/15 P

Partes: Comissão/TV2/Danmark A/S e o.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C649/15 P

Partes: TV2/Danmark A/S/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 2017, proferido no âmbito do Processo C481/16

Partes: Comissão/Grécia

Acórdão do Tribunal Geral de 28 de outubro de 2017, proferido no âmbito do Processo T254/16

Partes: Steel Invest & Finance (Luxembourg) S.A./Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de outubro de 2017, proferido no âmbito do Processo C467/15 P

Partes: Comissão/Itália

Concentrações

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de outubro de 2017, proferido no âmbito do Processo T704/14

Partes: Marine Harvest ASA/Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de outubro de 2017, proferido no âmbito do Processo T394/15

Partes: KPN BV/Comissão

NOTAS CURRICULARES

ALEXANDRE MIGUEL MESTRE

É atualmente consultor na Abreu Advogados (2014) nas áreas de prática de Concorrência, Regulação e União Europeia, Direito do Desporto, tendo sido anteriormente Secretário de Estado do Desporto e Juventude no XIX Governo Constitucional (2011-2012) e advogado associado na Sociedade de Advogados PLMJ (2005-2011). Foi também Adjunto Jurídico do Secretário de Estado da Juventude e Desportos e do Secretário de Estado do Desporto e Reabilitação (2002-2005), Jurista na Confederação dos Agricultores de Portugal (2001-2002), Investigador no Colégio da Europa, Bruges (2000) e Estagiário nos Serviços Jurídicos da Comissão Europeia, Bruxelas (1999-2000). Foi Docente convidado na Escola Superior de Educação Almeida Garrett, na Universidade de Évora, na Universidade Lusófona de Lisboa, na Universidade de Lucerna e na Universidade Autónoma de Lisboa e na Escola Superior de Desporto de Rio Maior (1999-2014), tendo sido assistente estagiário na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1998-1999). É Membro do Comité Científico da publicação *International Sports Law Review*, desde Novembro de 2013, do Conselho de Administração do Think Tank Sport and Citizenship, desde 2012, do Conselho de Fundadores da Agência Mundial Antidopagem, em representação da União Europeia (eleito) (2013), e do Grupo de Constituição do Tribunal Arbitral do Desporto, no âmbito do Comité Olímpico de Portugal (2011). Foi também Vice-Presidente (para a Europa do Sul) da *International Sports Law Association*, (2004–2008) e é autor e co-autor de várias publicações na área do Direito do Desporto, de entre as quais “*The Law of the Olympic Games*” (TMC Asser Press/Cambridge University Press, 2009), bem como de diversos artigos científicos publicados em revistas nacionais e internacionais nas áreas do Direito da União Europeia, do Direito do Desporto e do Olimpismo. É frequentemente orador em diversas conferências, nacionais e internacionais, sobre Direito da União Europeia, Direito do Desporto e Olimpismo. É licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1998) e Doutorado em Direito Europeu do Desporto, pela Edge Hill University, Liverpool (2015). É Mestre em Estudos Europeus (vertente

Jurídica), pela Universidade Católica de Lisboa (2008) e Pós-Graduado em Estudos Olímpicos, pela Academia Olímpica Internacional & Loughborough University (2005), em Legística, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2004) e em Estudos Jurídicos e Económicos da União Europeia, Université Paris I – Panthéon Sorbonne (1999)

Alexandre is currently of-counsel with Abreu Advogados since 2014 for the practice areas of Competition, Regulatory and EU Law and Sports Law. He was previously Secretary of State for Sport and Youth in the XIX Constitutional Government (2011–2012), Associate Lawyer with PLMJ (2005–2011), Legal Assistant of the Secretary of State for Youth and Sports and the Secretary of State for Sport and Rehabilitation (2002–2005) and Legal Advisor at the Portuguese Farmers Confederation (2001–2002). He was also a Researcher at the College of Europe, Bruges (2000), a Trainee at the legal services of the European Commission, Brussels (1999–2000), Trainee assistant at the University of Lisbon Law School (1998–1999) and guest teacher at Escola Superior de Educação Almeida Garrett (Lisbon); Universidade de Évora (Évora); Universidade Lusófona (Lisbon); University of Lucerne (Lucerne); Universidade Autónoma (Lisbon) and Escola Superior de Desporto de Rio Maior (Santarém) (1999–2014). Alexandre is also a member of the Scientific Committee of the International Sports Law Review since 2013, of the Management Board of Think Tank Sport and Citizenship since 2012, of the Council of Founders of World Anti-Doping Agency (WADA), representing the European Union (2013) and of the Founding group of the Court of Arbitration for Sport, regarding the Portuguese Olympic Committee (2011). He was Vice President (for the South Europe) of the International Sports Law Association, (2004 –2008) and is author and co-author of several publications in Sports Law area, including “The Law of the Olympic Games” (TMC Asser Press/Cambridge University Press, 2009), as well as of several scientific articles published in national and international magazines regarding European Union Law, Sports and Olympic Law. He has been a speaker at several national and international conferences regarding European Union Law, Sports and Olympic Law. Alexandre holds a Law Degree, from the University of Lisbon Law School (1998), a PhD in European Sports Law, from the Edge Hill University, Liverpool (2015) and a Master’s Degree on European Legal Studies, from the Portuguese Catholic University Law School (2008). He is also a postgraduate in Olympics Studies, Olympics Academy & Loughborough University (2005), in Legistics, University of Lisbon Law School (2004), and in Legal and Economic Studies of the European Union, Université Paris I – Panthéon Sorbonne (1999)

ENRICO RILHO SANSEVERINO

Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa (ULisboa). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (UC). Licenciado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado.

Doctoral student in Law from the University of Lisbon. Master Degree in Criminal Law from the University of Coimbra. Graduate in Law from the Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Lawyer.

LUÍS MIGUEL ROMÃO

É atualmente advogado e líder da área de prática de Direito da Concorrência e Direito da União Europeia da sociedade de advogados CMS Rui Pena & Arnaut (2014), tendo sido anteriormente membro do Departamento de Direito Europeu e Concorrência da sociedade de advogados PLMJ (1998-2012). Foi igualmente Legal Counsel da Siemens, onde foi Lead Lawyer dos Sectores da Saúde e Infraestruturas e Cidades e dos Centros Corporativos (2012-2014). Licenciado em Direito pela Universidade Lusíada de Lisboa, é titular de um LL.M em Estudos Legais Europeus da Universidade de Bristol, no Reino Unido, e de Cursos de Pós-graduação em Economics for Competition Law (King's College, Universidade de Londres) e em Direito Aéreo e Espacial (Universidade Nova de Lisboa), tendo frequentado programa de Doutoramento em Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Luis is currently a lawyer and the head of practice of the area of Competition & EU Law at the law firm CMS Rui Pena & Arnaut, having previously worked at the EU and Competition Law Department of the law firm PLMJ. He was also Lead Lawyer for the Infrastructure and Cities and Healthcare Sectors and Corporate Centres at Siemens Portugal. Luis is a graduate of the Law Faculty of Universidade Lusíada de Lisboa, Portugal, and holds an LL.M in European Legal Studies from the University of Bristol, UK, and Post-Graduate Courses in Economics for Competition Law (King's College, UK) and Air and Space Law (Lisbon University), and has attend the Doctorate in Law Programme of Lisbon University.

MANUEL CABUGUEIRA

Professor da Escola de Ciências Económicas e das Organizações da Universidade Lusófona; coordenador da Unidade de Avaliação de Impacto Legislativo do Centro de Competências Jurídicas do Estado; Economista sénior da Autoridade da Concorrência (2004-2016).

Professor at the School of Economic Sciences and Organizations – Lusófona University; Coordinator of the Unit for Legislative Impact Assessment; Senior Economist at the Portuguese Competition Authority (2004–2016).

MIGUEL MOURA E SILVA

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Investigador Principal do CIDEEFF e Advogado. Exerceu funções na Autoridade de Concorrência como Diretor do Departamento de Práticas Restritivas (2004–2013), Diretor da Unidade Especial de Avaliação de Políticas Públicas (2013–2016) e como Assessor Jurídico Principal (2016–2017). Foi Vogal do Conselho da Concorrência (1998–2003) e Diretor Assessor para as Relações Internacionais do INTF – Instituto Nacional do Transporte Ferroviário (1999–2004).

Professor, University of Lisbon Law School; Senior Researcher, CIDEEFF; Attorney-at-Law. Law PhD. He worked at the Portuguese Competition Authority as Director of the Restrictive Practices (Antitrust) Department (2004–2013), Director of the Special Unit for Competition Impact Assessment (2013–2016) and Senior Legal Advisor (2016–2017). Member of the Portuguese Competition Council (1998–2003) and Director of International Relations of the Portuguese Rail Regulator (1999–2004).

NUNO CUNHA RODRIGUES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente do Instituto Europeu. Vogal da Direção do IDEFF. Editor da Revista de Concorrência & Regulação e da Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal.

Professor at the Lisbon University Law School. Vice-President of the European Institute. Member of the Board of IDEFF. Editor of the Revista de Concorrência & Regulação and of the Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal.

TÂNIA LUÍSA FARIA

Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2004:2012). Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Associada Coordenadora da área de prática de Direito da União Europeia e da Concorrência da Uría Menéndez – Proença de Carvalho. Membro do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência.

Tânia Luísa Faria is graduated in Law and holds a Master's degree in Law from the University of Lisbon Law School (2004:2012). Guest lecturer at the University of Lisbon Law School. Managing Associate at the EU Law and Competition department of the law firm Uría Menéndez – Proença de Carvalho. Member of the Portuguese Competition Lawyers Association.

ÍNDICE CONSOLIDADO POR TEMAS

- 184 Concorrência – Questões gerais
- 184 *Questões processuais*
- 185 *Private enforcement*
- 187 *Nemo tenetur se ipsum accusare*
- 188 *Outros*
- 189 Concorrência – Práticas restritivas
- 189 *Geral*
- 189 *Abuso de posição dominante*
- 190 *Restrições verticais*
- 191 *Restrições horizontais*
- 192 Concorrência – Controlo de concentrações
- 193 Concorrência – Auxílios de Estado
- 194 Financeiro e bancário
- 196 Seguros
- 197 Comunicações eletrónicas
- 197 Energia
- 198 Saúde
- 198 Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
- 199 Regulação do comércio e concorrência desleal
- 199 Contratação pública
- 200 Direito contraordenacional e processual penal
- 202 Ambiente
- 202 Transportes
- 203 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 Capiau/ 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>
31	Patrícia Oliveira	<i>Acesso das visadas a documentação confidencial com potencial valor exculpatório nas contraordenações do Direito da Concorrência: análise jurisprudencial</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>
31	Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares & Tiago Monfort	<i>Sobre o prazo de prescrição e outros aspetos da Diretiva 2014/104/UE</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 infração 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 Alfafar	<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 Web c. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i>
31	Tiago Costa Andrade	<i>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</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 perspectivas 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 perspetivas</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>
31	Maria Teresa Capela	<i>Controlo de concentrações e o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF: uma exceção à obrigação de notificação prévia?</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: Aspetos 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>Imputacion objetiva en el derecho penal economico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares</i>
17	Joseph Dale Mathis	<i>European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions</i>
18	José Gonzaga Rosa	<i>Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light</i>
18	Pedro Lobo Xavier	<i>Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição</i>
18	Sofia Brito da Silva	<i>A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público</i>
20-21	Pablo Galain Palermo	<i>Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica</i>
20-21	Sérgio Varela Alves	<i>Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance</i>
20-21	Rute Saraiva	<i>Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau</i>
20-21	Luís Pedro Fernandes	<i>Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções</i>
20-21	Daniela Pessoa Tavares	<i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i>

20-21	Raluca Ghiurco	<i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i>
20-21	Francisco Mário	<i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i>
20-21	Catarina Balona/ João Pedro Russo	<i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspetos orgânicos e funcionais</i>
20-21	José Gonzaga Rosa	<i>União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre</i>
20-21	Tiago Larsen	<i>Regulação bancária na Guiné-Bissau</i>
23-24	Luís Guilherme Catarino	<i>“Fit and Proper”: o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro</i>
23-24	Margarida Reis	<i>A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito</i>
23-24	Inês Serrano de Matos	<i>“Debt finance”: as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele</i>
23-24	João Andrade Nunes	<i>Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospeto</i>
23-24	João Vieira dos Santos	<i>A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira</i>
27-28	Bruno Miguel Fernandes	<i>A garantia de depósitos bancários</i>
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>
31	Miguel da Câmara Machado	<i>Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais</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 e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

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	Luis 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 caírem 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	Luís Almeida	<i>A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE</i>
29	Isabel Andrade / Joaquim Miranda Sarmento	<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-Kharwaja e Tabery 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>

31	Nivaldo Machado Filho	<i>O agente infiltrado em duelo com o contraditório: aspectos críticos de seu relatório e depoimento</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@concorrenca.pt.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrenca.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting revista@concorrencia.pt.
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

Maria João Melícias/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 CIENTÍFICO

João E. Gata/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO REDATORIAL

Presidente: Mariana Tavares

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

